

SOMMARIO  
MUNUS 2/2022  
ISSN 2240-4732  
DOI 10.26321/MUNUS/2\_2022

**Editoriale**

LORENZO SALTARI, *A che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in Italia?*..... V

**Saggi**

SARA VALAGUZZA, *Pubblici servizi, interesse generale, privative e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*..... 293  
KLAUDIA KURCANI, *La gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo Stato?* ...323  
CECILIA SERENI LUCARELLI, *Riflessioni sul principio di concorrenza tra PNRR, affidamenti in house e libertà di impresa* ..... 353

**Articoli**

GIULIA G. CUSENZA, *I modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali. Il caso dell'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia*..... 391  
VALENTINA GIOMI, *Dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo e frammentazione delle tutele. Gli (auspicabili) spazi del giudice contabile nel rafforzamento della protezione di un bene giuridico comune* .....425  
ALESSIO MARTINI, *Sulla rilevanza giuridica delle attività funebri tra vecchie esigenze e nuove prospettive* .....475  
FRANCESCO MIDIRI, *Il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente* .....509  
FEDERICA MARCONI, *Golden power e geopolitica della protezione: primi orientamenti giurisprudenziali e futuri scenari* ..... 537  
NOTIZIE SUGLI AUTORI ..... 571



TABLE OF CONTENTS  
MUNUS 2/2022  
ISSN 2240-4732  
DOI 10.26321/MUNUS/2\_2022

**Editorial**

LORENZO SALTARI, *What is the electronic communications “single network” in Italy for?* ..... V

**Essays**

SARA VALAGUZZA, *Public services, general interest, legal monopoly and competing models (also in the light of the new Code on local public services)*..... 293  
KLAUDIA KURCANI, *Motorway management: what role for the State?* .....323  
CECILIA SERENI LUCARELLI, *Reflections on the principle of competition between NRRP, in-house providing and freedom of enterprise* ..... 353

**Articoli**

GIULIA G. CUSENZA, *Insurance risk management models in regional health services. The case of the health administration of Friuli-Venezia Giulia* ..... 391  
VALENTINA GIOMI, *The unitary dimension of the European financial interest and the fragmentation in the judicial protection. The (desirable) spaces of the accounting judge in strengthening the protection of a legal common good*..... 425  
ALESSIO MARTINI, *On the legal relevance of funeral activities between old needs and new perspectives* .....475  
FRANCESCO MIDIRI, *The right to education in recent administrative case-law*.....509  
FEDERICA MARCONI, *FDIs and geopolitics of protection: first jurisprudential guidelines and future scenarios* ..... 537  
NOTIZIE SUGLI AUTORI ..... 571



# EDITORIALE

LORENZO SALTARI

## A CHE SERVE LA “RETE UNICA” DI COMUNICAZIONI ELETTRONICHE IN ITALIA?\*

### **1. I limiti della regolazione asimmetrica nello sviluppo delle infrastrutture innovative**

Per l’auspicato completamento delle reti di comunicazioni elettroniche di nuova generazione in Italia (*Next Generation Access-Very High Capacity Networks*, di seguito NGA-VHCN) è necessario virare verso un assetto nel quale tutte le infrastrutture di rete fissa siano ricondotte ad un unico operatore controllato dallo Stato che non operi nell’offerta dei servizi?

Per meglio mettere a fuoco le implicazioni giuridiche di una risposta affermativa a questo interrogativo è utile premettere che la disciplina del mercato delle comunicazioni elettroniche è differente, ad esempio, rispetto a quella delle reti dell’energia (elettricità e gas) o dei trasporti ferroviari.

In queste due *public utilities*, usate come pietra di confronto, vige il rigido principio regolatorio europeo di separazione tra reti e servizi. Chi gestisce le infrastrutture, tanto più se è verticalmente integrato, cioè ha divisioni operanti nella collocazione dei servizi sul mercato, è regolato in modo pervasivo perché non vi siano condotte discriminatorie lesive della concorrenza nel mercato a valle. Questa impostazione discende da un elemento tecnico ed economico. Le reti ferroviarie, specie se ad alta velocità-capacità, o energetiche non sono duplicabili.

Questo vincolo, invece, non c’è nelle comunicazioni elettroniche. Lo afferma il diritto europeo a partire dal 2002 per il quale vige il principio di piena concorrenza tra servizi e reti di comunicazione elettronica. Per favorire lo sviluppo di reti alternative a quelle dell’*incumbent* si è seguita la logica della “regolazione asimmetrica” e della consequenziale “scala degli

\* La presente pubblicazione è stata realizzata tramite il finanziamento del Ministero dell’Università e della Ricerca nell’ambito del bando PRIN 2020 pubblicato con DD n. 1628 del 16-10-2020 e si inquadra all’interno del PRIN 2020 *RE.S.T.O.R.E. - Recovering the State Towards a Reformed Economy* - di cui è *Principal Investigator* il Prof. Aldo Sandulli.

investimenti” (*ladder of investment*). L’accesso alla rete dell’*incumbent* viene consentito a condizioni favorevoli per i *news comers* perché questi possano concretamente entrare nel mercato, erodere quote della domanda di servizi e sulla base dei conseguenti flussi finanziari avviare investimenti per la realizzazione di proprie infrastrutture alternative e in concorrenza con quelle dell’ex monopolista (M. Cave, *Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment*, in *Telecommunication Policy*, vol. 30, 2006, n. 4, 223-237).

L’approccio del pacchetto di direttive del 2002, tutto orientato sulla massima promozione della concorrenza, non considerava appieno le difficoltà nello sviluppo di reti di nuova generazione, quelle in fibra ottica, e la necessità che per supportare l’offerta di servizi innovativi ad alta capacità e velocità queste sostituiscano progressivamente ma integralmente la vecchia rete in rame. In considerazione della necessità di promuovere la realizzazione di queste nuove reti, l’approccio regolatorio prevalentemente pro-concorrenziale si è arricchito di una componente, per così dire, di politica industriale, tanto che lo sviluppo delle nuove reti e la promozione della concorrenza rappresentano ambedue interessi pubblici tutelati dal diritto europeo. Tanto che tra gli scopi attuali del diritto europeo viene enunciata la realizzazione di «un mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica che si traduca in realizzazione e diffusione di reti ad altissima capacità, concorrenza sostenibile, interoperabilità dei servizi di comunicazione elettronica, accessibilità, sicurezza delle reti e dei servizi e vantaggi per gli utenti finali» (art. 1, par. 2, lett. a), dir. 2018/1972/UE).

Prima ancora al riguardo la Comunicazione della Commissione europea del 26 gennaio 2013 recante gli «Orientamenti dell’Unione europea per l’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga» aveva dato un importante segno di un approccio attento allo sviluppo delle nuove reti. Ai fini della valutazione dell’ammissibilità di aiuti di Stato nel segmento delle infrastrutture di comunicazione elettronica, la Commissione europea ha colto il differente grado di sostenibilità degli investimenti suggerendo di suddividere il territorio in aree geografiche che presentano differenti condizioni di mercato. Di qui la distinzione in aree bianche, grigie e nere. Le prime sono quelle zone «in cui le infrastrutture a banda larga sono inesistenti e nelle quali è poco probabile che verranno sviluppate nel futuro prossimo». Le seconde sono quelle zone «in cui è presente un unico operatore di rete ed è improbabile che nel prossimo futuro venga installata un’altra rete»; le terze, infine, sono quelle zone in cui «operano o opereranno nel prossimo futuro almeno due diversi fornitori di servizi di rete a banda larga e la fornitura avviene in condizioni di concorrenza».

## **a che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in italia?**

Insomma, l’ordinamento europeo prende atto che possono esservi fallimenti del mercato che impediscono autonome scelte di investimento in nuove reti (secondo la logica *demand driven*). Nelle aree che presentano queste caratteristiche lo Stato può intervenire in modo sussidiario realizzando le reti con proprie risorse finanziarie. In realtà, l’osservazione delle scelte dei consumatori, almeno in Italia, suggerisce la loro scarsa propensione a pagare tariffe più alte per ricevere servizi innovativi per l’offerta dei quali occorrono reti ad alta velocità e capacità. Sicché, in generale, tende a prevalere l’idea per la quale l’obiettivo della sostituzione completa della rete metallica con quella in fibra nella architettura tecnicamente più congrua (*fiber to the home* e non già *fiber to the cabinet*) debba essere sospinto dalla logica *supply driven*.

Questo necessario cambio di paradigma, tuttavia, non appare completamente sostenibile per l’*incumbent*. TIM, infatti, a seguito della sua privatizzazione e delle vicende che hanno visto susseguirsi cambi nel controllo del capitale della società, è gravata di un rilevantissimo debito finanziario che ne limita il raggio degli investimenti sostenibili. Di qui si è imposta nel dibattito pubblico l’idea di una maggiore responsabilizzazione diretta dello Stato nel completamento delle nuove reti di comunicazione elettronica (G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022). Del resto, si tratta di una infrastruttura dalle valenze che trascendono la dimensione di un singolo mercato settoriale. Si pensi, per rimanere ad alcuni esempi maggiori, alle enormi potenzialità in termini di elevazione della qualità dei servizi e ai possibili risparmi connessi alla digitalizzazione dei servizi amministrativi cui possano accedere i cittadini o alla telemedicina per i pazienti. Per quanto siano aspetti controversi un adeguamento tecnologico delle reti è altresì indispensabile allo *smart working* oppure, qualora dovesse riemergere la necessità, alla didattica a distanza digitale che nonostante limiti ha consentito di non interrompere del tutto l’erogazione dell’istruzione nei momenti più severi della pandemia.

## **2. L’intervento pubblico per sopperire ai fallimenti di mercato**

Nel 2015, all’interno delle coordinate tracciate dall’ordinamento europeo, il Governo italiano ha approvato e promosso il piano di investimenti per la diffusione della banda ultra-larga, detto “BUL”.

In linea con la Comunicazione della Commissione europea, il territorio italiano è stato suddiviso in quattro *cluster*: a) aree nere; c) aree grigie; c) e d) aree bianche. Conseguentemente è stata bandita una gara per l’aggiudi-

cazione del finanziamento pubblico volto alla realizzazione della rete nelle aree bianche e la concessione dell'infrastruttura così realizzata per venti anni.

La gara è stata vinta dalla società in pubblico comando Open Fiber.

Nelle aree diverse dalle bianche questa società intraprende come un soggetto di mercato nella configurazione di operatore infrastrutturale *wholesale only* (non verticalmente integrato con l'offerta di servizi *retail*). Viceversa, diviene concessionario della rete banda ultra-larga in fibra ottica nelle aree bianche che sta realizzando grazie all'impiego delle risorse pubbliche ottenute con l'aggiudicazione della gara. Tale diritto concessorio ha una durata ventennale.

Più recentemente, nel corso dell'ultimo anno, nell'ambito degli investimenti correlati al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), è stato approvato il Piano Italia a 1 Giga per zone interstiziali a nuovo fallimento di mercato presenti nell'ambito di aree grigie o nere. Per lo sviluppo della rete in tali aree è previsto un cofinanziamento pubblico che può arrivare fino al settanta per cento. Diversamente dall'assetto disegnato nell'intervento pubblico per la promozione della BUL nelle aree bianche, dove l'aggiudicatario delle risorse statali diviene concessionario delle reti che installa, in questo modello "a incentivo" il realizzatore della rete consegue la sua proprietà nonostante il sussidio pubblico.

### **3. Il coordinamento per superare le ridondanze nella realizzazione delle reti**

Lo sviluppo delle reti di nuova generazione ha tratto impulso anche dalla conclusione di accordi di co-investimento tra operatori privati.

Nel 2016, prima ancora che il diritto europeo regolasse la fattispecie, TIM e Fastweb hanno avviato un progetto di co-investimento "non aperto" con la costituzione di una *joint venture* Flash Fiber, per la realizzazione di una rete di telecomunicazioni fisse in fibra ottica (FTTH). L'obiettivo dell'azione in sinergia è la copertura di ventinove tra le principali città italiane. L'operazione, che si configura nei termini di un'intesa sensibile sia per profili anti-trust sia regolatori, ha superato il vaglio dell'autorità di settore e dell'autorità a tutela della concorrenza.

Con la dir. 2018/1972/Ue, è stato adottato, il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (CECE), nel quale si affronta l'obiettivo di politica industriale dello sviluppo di reti di nuova generazione. Il CECE adotta un approccio regolatorio diverso nei confronti dell'operatore con significativo potere di mercato (SPM). Le imprese SPM possono, infatti, «offrire impegni



## **a che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in italia?**

in conformità della procedura di cui all’articolo 79 e fatto salvo il presente paragrafo, secondo comma, per aprire al coinvestimento la realizzazione di una nuova rete ad altissima capacità che consista di elementi in fibra ottica fino ai locali degli utenti finali o alla stazione di base, ad esempio proponendo la contitolarità o la condivisione del rischio a lungo termine attraverso cofinanziamento o accordi di acquisto che comportano diritti specifici di carattere strutturale da parte di altri fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica» (art. 76 CECE; c.d. co-investimento). Un regime di favore è previsto, poi, per l’impresa «assente dai mercati al dettaglio dei servizi di comunicazione elettronica [...] avente un significativo potere di mercato in uno o più mercati all’ingrosso» (art. 80 CECE; c.d. operatore *wholesale only*).

Nel 2021, proprio ai sensi dell’art. 76 del CECE, ha preso vita un altro modello di co-investimento, questa volta “aperto” in conformità alle prescrizioni comunitarie. Si tratta, in particolare, della *joint venture* FiberCop, che riunisce TIM, Fastweb, Tiscali e KKR per la realizzazione di reti secondarie in fibra ottica nelle aree nere e grigie (con l’esclusione del comune di Milano nel quale TIM non è qualificata come impresa SPM).

### **4. La frammentarietà anche giuridica delle nuove reti**

Nelle aree a fallimento di mercato (bianche) e a nuovo fallimento di mercato (interstiziali in nere e grigie) l’intervento pubblico ha seguito un modello duplice. Affidamento con gara dell’appalto per la realizzazione delle reti. Si tratta tuttavia di un affidamento peculiare nella misura in cui l’affidatario diviene anche concessionario della rete sostanzialmente per assicurarne la gestione oltre alla realizzazione. Inoltre, la gara è disegnata per favorire l’aggiudicazione non ad un qualsiasi operatore di comunicazioni elettroniche ma ad un’impresa che, non essendo verticalmente integrata, abbia le caratteristiche di *wholesale only*. Lo Stato attraverso due società controllate, Cassa depositi e prestiti (CDP) ed Enel, costituisce questa impresa, la società Open Fiber, che si aggiudica la infrastrutturazione delle aree bianche. Per cui al fine di correggere situazioni di fallimento del mercato assume il doppio ruolo di “finanziatore” ed “imprenditore” nelle NGA-VHCN.

Più di recente si è scelta la soluzione definita *gap founding* per la quale sostanzialmente lo Stato conferisce risorse a fondo perduto dal momento che il percettore del finanziamento pubblico realizza un’infrastruttura di cui acquisisce la proprietà. Ciò in segmenti geografici nei quali evidentemente la domanda non ha indotto nessun operatore ad investire in modo spontaneo.

Ne scaturisce nel complesso un quadro variegato i cui elementi portanti sono: a) la debolezza della domanda di servizi innovativi per i quali sono indispensabili le reti NGA-VHCN; b) scarsa (o comunque insufficiente rispetto all'obiettivo desiderato) propensione dell'operatore SPM ad assumere ingenti investimenti nelle nuove reti (questo anche in ragione della forte situazione debitoria dell'azienda più volte rilevata "a leva"); c) nelle aree nere – dove è più forte la domanda – vi è una certa ridondanza e sovrapposizione (però perfettamente coerente col diritto europeo che ammette la concorrenza tra reti) cui si è risposto con soluzioni di co-investimento; d) la diffusa consapevolezza per la quale lo sviluppo delle nuove reti debba seguire la logica della *supply driven* e che in questa azione lo Stato deve assumere un ruolo propulsivo (per compensare le due maggiori debolezze di mercato: la scarsa domanda, la fragilità finanziaria dell'incumbent).

Avendo sullo sfondo lo scenario sinteticamente tracciato, nel dibattito politico e industriale italiano emerge con sempre maggiore vigore il tema della realizzazione una "rete unica" nazionale di NGA-VHCN.

Ne è scaturita la sottoscrizione di un *Memorandum of Understanding* (MoU) tra CDP Equity, TIM, Open Fiber, KKR e Macquarie per «avviare un processo volto alla creazione di un solo operatore delle reti di telecomunicazioni, non verticalmente integrato, controllato da CDP Equity e partecipato da Macquarie e Kkr, che consenta di accelerare la diffusione della fibra ottica e delle infrastrutture VHCN (*Very High Capacity Networks*) sull'intero territorio nazionale». Il progetto si attuerebbe «mediante la separazione delle attività infrastrutturali di rete fissa da quelle commerciali di TIM, mediante un'operazione societaria o combinazione di operazioni societarie da definirsi, e l'integrazione delle prime con la rete controllata da Open Fiber con modalità da definirsi».

Più di recente, per la realizzazione della "rete unica" sono stati ripresi dalla stampa gli elementi portanti del c.d. "progetto Minerva", elaborato in sede politica, che porterebbe alla creazione di un monopolista della rete verticalmente integrato asseguito dell'acquisizione del controllo di TIM da parte di CDP che amplierebbe la quota di capitale già detenuta (la seconda in termini di consistenza dopo quella della società francese Vivendi) mediante il lancio di un'offerta pubblica di acquisto.

Al di là delle implicazioni finanziarie e politiche dei due distinti progetti, entrambi pongono rilevanti e complesse questioni di natura regolatoria e concorrenziale. Dal punto di vista regolatorio, nella prima ipotesi, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) dovrà verificare *ex ante* la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 80 CECE per l'operatività di un'impresa SPM sul mercato all'ingrosso e imporre gli obblighi regolatori previsti

## **a che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in italia?**

per questa tipologia di operatore; nella seconda, trattandosi di operatore SPM verticalmente integrato, esso sarà soggetto agli obblighi di accesso, interconnessione, trasparenza e non discriminazione di cui al capo IV del CECE.

Dal punto di vista del diritto *antitrust*, l’operazione per la “rete unica”, quale che sarà la soluzione tecnica prescelta, comunque è configurabile come una operazione di fusione aziendale e non potrà che essere valutata ai sensi dell’art. 101 TFUE o dell’art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287 dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) quali intese potenzialmente volte a «pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno». Sempre sotto il profilo *antitrust*, l’operazione in discorso potrebbe molto facilmente rilevare quale concentrazione di dimensione comunitaria, soggetta al regime autorizzatorio della Commissione europea, in specie della *DG Competition*.

L’*overlapping regulators*, oltre ad essere in sé un fattore di complessità, pone il problema della coerenza delle prescrizioni che saranno indicate dalle autorità *antitrust* e dalle autorità di regolazione quali condizioni per assentire l’operazione.

## **5. I necessari chiarimenti sulla “rete unica”**

Il 30 novembre 2022 scadrà il termine entro cui in base al MoU tra CDP Equity, Tim, Open Fiber, KKR e Macquarie è necessario che sia formulata un’offerta non vincolante a TIM sull’acquisizione del suo segmento infrastrutturale (NETCO). I soci di Open Fiber – la società pubblica CDP Equity ed il fondo di investimenti privato Macquarie – si trovano a gestire questo delicato passaggio in una fase in cui la transizione tra il vecchio e il nuovo governo non può considerarsi ancora pienamente esaurita.

Ne è un’eloquente dimostrazione il fatto che non siano ancora state definite le deleghe nel Ministero delle imprese e del made in Italy (ex MISE), né risulta delineato il perimetro attribuito alle competenze del sottosegretario per l’innovazione digitale e neppure risulta essere stato mai convocato il Comitato di coordinamento per la banda ultra-larga (COBUL). Nonostante le molteplici indiscrezioni che riempiono le pagine dei quotidiani e dei siti giornalistici specializzati non risulta affatto chiaro l’orientamento del governo presieduto da Giorgia Meloni. Del “progetto Minerva”, di cui manca la possibilità di poter approfondire un testo, si conosce solamente la sua difformità rispetto alla strategia operativa insita nel memorandum firmato in primavera da attuare nei prossimi giorni. Ciò lascia gli azionisti di Open

Fiber, quelli di TIM e di riflesso tutti i consumatori e utenti italiani in una condizione di indeterminatezza foriera di molteplici conseguenze negative.

La “rete unica” non è uno strumento regolatorio codificato di promozione di sviluppo senza inefficienti ridondanze delle NGA-VHCN né di difesa degli interessi strategici nazionali (lo ha chiarito con grande chiarezza A. Manganelli, *Co-investimento, Wholesale only e “Rete unica”: un’analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle telecomunicazioni*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2022). La prima esigenza è attualmente presidiata dagli istituti del co-investimento e dell’operatore *wholesale only* delineati dal codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rispettivamente agli artt. 76 e 80); la seconda necessità trova invece un potente strumento di difesa nella disciplina e nelle (potenziate) strutture del *golden power* (*I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, a cura di G. della Cananea e L. Fiorentino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020).

Nondimeno la “rete unica” può ritenersi un obiettivo desiderabile di politica industriale, qualora possa riuscire a correggere la peculiare condizione italiana per la quale, per ellisse estrema, la debolezza finanziaria dell’*incumbent* si è riverberata in un livello sub-ottimale di investimenti infrastrutturali innovativi (in tal senso E. Bruti Liberati, *Scelte di politica industriale e sociale, regolazione e mercato. Il caso della unificazione delle reti fisse di comunicazione elettronica*, in *Riv. reg. merc.* n. 1/2020).

Per arrivare alla “rete unica”, quale che sia la strada che si sceglierà di seguire, in ogni caso sarà necessaria l’attivazione di procedimenti *antitrust* e di regolazione molto articolati che vedranno le istituzioni italiane in profonda e complessa interazione con la Commissione europea e le altre autorità sovranazionali di regolazione delle comunicazioni elettroniche. Da un lato, è vero che CDP quale “*market unit*” ha il vincolo di agire come un investitore privato che impiega capitali di rischio senza farsi mero esecutore di comandi governativi che fossero alieni rispetto alle logiche di mercato. Se così non agisse, potrebbe corrersi il rischio delle pesanti conseguenze in termini di finanza pubblica dalla ricomprensione dei bilanci di CDP all’interno del conto consolidato dello Stato (*Storia della Cassa depositi e prestiti*, a cura di M. De Cecco e G. Toniolo, Laterza, Bari, 2013; A. Pisaneschi, *La Cassa depositi e prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2021). Dall’altro, occorre considerare che sarebbe irrealistico immaginare come lo sfidante obiettivo della “rete unica” possa essere raggiunto dall’Italia lasciando gli operatori coinvolti e le Autorità di regolazione prive di un vigoroso sostegno politico e tecnico del governo, protratto nel tempo, specie nelle sedi *antitrust* e regolatorie sovranazionali europee.

## a che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in italia?

*En passant* può osservarsi come su dossier che coinvolgono così profondamente l’interesse nazionale sarebbe utile pervenire ad approcci e strategie condivise almeno nelle linee di fondo, in spirito *bipartisan*, di modo che la strutturale instabilità dei governi italiani non costringa a continui cambi di strategia operativa che frammentano l’azione a detrimento dell’interesse nazionale.

Per uscire dall’*impasse* diviene allora necessario che l’esecutivo renda esplicite le proprie intenzioni. Propedeutico a ciò, due sono i primi passi che appaiono necessari: l’attribuzione delle deleghe (meglio se nel rispetto delle fisionomie dei soggetti amministrativi coinvolti: la Presidenza del Consiglio con compiti di indirizzo, impulso, coordinamento; il MIMIT con l’indivisa responsabilità di gestione e, in senso lato, regolazione) ed anche la riattivazione del COBUL per il coinvolgimento di tutte le amministrazioni portatrici di interessi coinvolti nella complessa operazione.

L’utilità di una “rete unica” in Italia può essere oggetto di una discussione che non necessariamente porta a conclusioni univoche (a valutazioni diverse pervengono ad esempio E. Bruti Liberati, *Scelte di politica industriale e sociale, regolazione e mercato. Il caso della unificazione delle reti fisse di comunicazione elettronica*, op. cit. e A. Manganelli, *Co-investimento, Wholesale only e “Rete unica”*, op. cit). Lo dimostra altresì la circostanza per la quale realisticamente sarebbe più corretto dire che, qualora fosse mai autorizzata la concentrazione tra Open Fiber e la NETCO di TIM, questa subirà prescrizioni che facilmente coincideranno con la separazione e lo scorporo dei segmenti di infrastruttura nelle aree dove il mercato funziona dinamicamente. Per cui dall’operazione di cui si sta trattando non discenderà verosimilmente una “rete unica” come lo sono per rimanere nell’esempio quella ferroviaria ad alta velocità e capacità o la rete di trasmissione dell’energia elettrica o del gas. In ogni caso, per convergere nella direzione della “rete unica” è indispensabile l’espressione in tal senso dell’indirizzo politico (tra i molti articoli di stampa, A. Biondi, *Tim, stretta del Governo sulla rete*, in *Il Sole 24ore*, 23 novembre 2022).

Ritardi in questo chiarimento indeboliscono ingiustamente il management degli operatori coinvolti (alcuni dei quali si ribadisce sono in mano pubblica), creano instabilità nei corsi azionari dei soggetti quotati lasciando margini alla speculazione (si pensi alla volatilità in borsa che sta registrando il titolo di TIM), rallentano soprattutto il raggiungimento di quel salto tecnologico nelle comunicazioni elettroniche da tutti, almeno verbalmente, condiviso, infirmando anche per la quota relativa il conseguimento di obiettivi PNRR.

Il modo nel quale sarà affrontata la partita della “rete unica” avrà signi-

ficativi riflessi sulla capacità del sistema Paese di attrarre investimenti, atteso il coinvolgimento rilevante di investitori privati. Il capitale di Open Fiber è per il quaranta per cento detenuto dall'australiano fondo Macquarie, quello di TIM è per il ventitré per cento nelle mani della società francese Vivendi, solo per rimanere alle partecipazioni straniere più significative.

Nella realizzazione della “rete unica”, azioni che possano essere giudicate dai mercati irragionevoli ed inique penalizzazioni di queste imprese, in disparte le conseguenze in termini di legittimità nazionale ed europea, avranno l'immediato effetto di disincentivare l'afflusso di altri investimenti in Italia (su questa problematica, sebbene rispetto ad un profilo solo in parte diverso, sono interessanti le considerazioni di S. Cassese, *Tim-Vivendi e il golden power? Attenzione ai nuovi nazionalismi*, in *Corriere della sera*, 28 agosto 2017).

Un peggioramento della reputazione *market friendly* del Paese non sarebbe una buona notizia per l'economia italiana in termini assoluti. Lo sarebbe ancora di meno in una fase congiunturale, come quella in cui si sta entrando, che tenderà alla forte contrazione della crescita, se non addirittura alla recessione.

SARA VALAGUZZA

## PUBBLICI SERVIZI, INTERESSE GENERALE, PRIVATIVE E MODELLI CONCORRENTI (ANCHE ALLA LUCE DEL NUOVO TESTO UNICO SUI SERVIZI PUBBLICI LOCALI)

SOMMARIO: 1. Europeizzazione e conseguente marginalizzazione della politicalità del servizio pubblico. – 2. Pubblici servizi e attività privata di interesse generale tra diritto nazionale e diritto europeo: separazione o integrazione? – 3. Pubblico servizio e attività privata di interesse generale: percorsi verso il superamento della riserva pubblica. – 4. La scelta per il pubblico servizio. – 5. Conclusione: le scelte di metodo nel diritto amministrativo.

### **1. Europeizzazione e conseguente marginalizzazione della politicalità del servizio pubblico**

Nelle classificazioni manualistiche, i servizi pubblici sono descritti come quell'insieme di attività che l'autorità svolge per rendere accessibile ai cittadini l'utilizzo di beni e servizi «a cui è stata associata l'idea di pubblicità»<sup>1</sup>.

In questo senso, il servizio pubblico è una manifestazione della presenza nell'ordinamento giuridico di enti istituzionalmente deputati alla cura degli interessi comuni, la cui operatività ha lo scopo di dotare la società di ciò che occorre perché le persone possano godere dei propri diritti civili e sociali.

In tale ottica i servizi pubblici appaiono come il mezzo tramite cui la Repubblica ottempera ai doveri inderogabili di solidarietà ed afferma la pari dignità di ciascuno, rimuovendo gli ostacoli che impediscano il pieno svi-

<sup>1</sup> Per tutti, D. Sorace e S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2021, 124, che osservano come questo tipo di funzioni «ha finito per essere considerato quello maggiormente caratterizzante il ruolo dello Stato, spesso infatti definito *welfare state*»; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, 397 ss.; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 407 ss.; G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police e M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, 417 ss.

luppo della persona e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori al sistema politico, economico e sociale del Paese<sup>2</sup>.

Di recente, il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, contenente il nuovo Testo Unico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riscritto a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251, ha introdotto una disciplina di servizio pubblico “ad intensità variabile”, graduando la specialità del regime in deroga alla concorrenza a partire da una forma leggera, senza restrizione del numero di soggetti abilitati ad operare ma con la previsione di obblighi per il soddisfacimento dei bisogni della comunità, e giungendo fino alla nota formula del servizio in titolarità pubblica, affidato ad un singolo operatore o a un numero limitato di operatori per ragioni legate alle caratteristiche tecniche ed economiche delle prestazioni da erogare. Come vedremo, la possibile coesistenza tra i diversi modelli, a guida pubblica o affidati al mercato, resta un tema da risolvere in via interpretativa.

In linea molto generale, i servizi pubblici rientrano all'interno delle funzioni di prestazione, distinte dalle funzioni autoritative in senso stretto, caratterizzate, queste ultime, per essere espresse attraverso la procedimentalizzazione e l'esercizio di modelli autoritativi<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Sul punto, per cominciare, F. Giglioni, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di “servizio pubblico”*, in *Foro amm.*, 1998, 2265 ss.; A. Di Capua, S. Panizza e E. Stradella, *I servizi pubblici e l'art. 43 della Costituzione*, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici*, a cura di A. Massera, Pisa, Plus, 2004, 63 ss. Si v. anche M.A. Cabiddu, *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in *Servizi pubblici*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu e P. De Carli, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss.; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, 262 ss.; V. De Gioia, *I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell'art. 117 della Costituzione*, in *Urb. app.*, 2004, 1395 ss.; F. Merloni, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2002, 17 ss.; G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010. Come è stato già ampiamente osservato in letteratura, i servizi pubblici sono posti a diretto presidio delle libertà costituzionali, nel contesto della realizzazione dei diritti sociali enunciati dalla Carta fondamentale. Così, di recente P. Lazzara, *Responsabilità pubblica e modelli di gestione dei servizi di interesse economico generale*, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, a cura di S. Torricelli, Napoli, Esit, 2020, 129 ss., richiamando anche D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2018, spec. 167. Si v. anche E. Bruti Liberati, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nelle riflessioni di Domenico Sorace*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2020, 533 ss.

<sup>3</sup> M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 193 ss.



## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

Tuttavia, lo spettro delle funzioni di prestazione è più ampio della categoria di nostro interesse, che suscita problemi definitori non trascurabili<sup>4</sup>, irrisolti, invero, pure alla luce del Testo Unico appena menzionato.

Ad ogni modo, entrambe le predette funzioni, autoritative e non, sono da ricondurre all'unitario ambiente giuridico nel quale si muovono, istituendo un regime di privata oppure anche imponendo obblighi di servizio pubblico, i soggetti titolari di potere pubblico. Tale ultima precisazione sarà sembrata ovvia; eppure, non è superfluo rammentarla ove si ritenga di non accogliere la teorizzazione, pur particolarmente articolata, che ascrive al regime del servizio pubblico anche le prestazioni rese dai privati, a prescindere da qualsivoglia legame con una decisione riconducibile ad un ente pubblico, operazione, questa, che richiederebbe di sganciare la categoria del pubblico servizio dalla funzione (di prestazione, autoritativa o finanche, secondo il nuovo regime del Testo Unico, regolatoria) pubblica<sup>5</sup>.

Peraltro, proprio il recente Testo Unico, sebbene consideri l'ipotesi che l'ente locale introduca obblighi definiti come "di servizio pubblico" a carico degli operatori economici, nella norma dedicata alle definizioni delimita l'espressione servizi pubblici locali di rilevanza economica esclusivamente al campo delle prestazioni erogate in titolarità pubblica.

Nel tempo, la sofisticazione delle teorie e il dibattito pro-concorrenziale hanno tenuto sotto traccia l'autentica (nel senso di originaria) nozione di servizio pubblico<sup>6</sup>, legata alle scelte derivanti dalle strategie di governo degli interessi della comunità amministrata e propriamente identitaria dell'espressione politica degli enti a sovranità territoriale, in particolare Stato e comuni.

<sup>4</sup> La cui ambiguità o polisemia è oggetto di numerosissimi studi dottrinali, come ricorda, da ultimo, M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2022, 1086 ss.

<sup>5</sup> Così nell'ampia teorizzazione contenuta nel contributo monografico di L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, valorizzando lo sviluppo della libertà di iniziativa privata, con una lettura rafforzata del principio di sussidiarietà orizzontale, si afferma che: «È pubblico servizio, quindi, l'attività economica il cui risultato è quello di apprestare le condizioni perché libertà e diritti divengano effettivi. Dal punto di vista del regime giuridico l'attività di pubblico servizio si svolgerà secondo tre diverse modalità, come attività libera, regolata o riservata», 302.

<sup>6</sup> L'autentica nozione di servizio pubblico viene diffusamente esposta, fin dalla prima edizione, nel volume di R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 1999, ripubblicato in cinque edizioni, tra il 1999 e il 2008, e da ultimo rielaborato in R. Villata e S. Valaguzza, *Pubblici Servizi*, Torino, Giappichelli, 2021. Si confessa immediatamente al lettore che, data la ormai sterminata quantità dei contributi dottrinali in tema di servizi pubblici, è stato ritenuto impossibile commentarli tutti nelle poche pagine di questo contributo; perciò, la selezione contenuta nelle note è frutto di scelte personali dell'Autrice, senza alcuna preclusione di completezza.

Al centro del dibattito sui servizi pubblici è venuta a trovarsi, invece, la questione dei nuovi significati introdotti dalle categorie euro-unitarie.

Sulla base di argomenti certamente non superficiali, si è preferito ricostruire la nozione di servizio pubblico, piuttosto che secondo il diritto nazionale, apparso incapace di offrire connotati definitivi certi, attraverso il diritto europeo<sup>7</sup>, muovendo da disposizioni dal tenore letterale più facilmente interpretabile, come gli artt. 14 e 106, par. 2, TFUE.

Così, autorevoli Maestri hanno elaborato studi per comprendere e contestualizzare i concetti introdotti dal diritto sovranazionale<sup>8</sup>, mettendo in rilievo che quest'ultimo osserva il tutto dal punto di vista della tutela delle istanze di protezione della concorrenza, in ragione delle quali si impone che non possano essere esentate dalle regole del mercato attività che costituiscono servizi pubblici "solo perché tali"<sup>9</sup>, e si fanno rientrare nel sindacato della

<sup>7</sup> Tra i contributi utili a comprendere l'impostazione euro-unitaria, cfr. M. Trimarchi, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 53, che ragiona di concorrenza e del perseguimento degli interessi della collettività non secondo una logica di contrapposizione o di alternativa, ma proponendo una lettura unitaria «Non solo perché il mercato è considerato il mezzo più efficiente per l'allocazione dei beni e servizi e, dunque, il dispositivo in tesi meglio attrezzato per soddisfare gli interessi della collettività; ma anche, e soprattutto, perché la stessa concorrenza non è considerata un assetto naturale del mercato (cui l'ordinamento eventualmente appresta tutela), bensì una costruzione artificiale: un prodotto del diritto», 95. Sempre con uno sguardo privilegiato per il modello sovranazionale, M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 193 ss.; F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. eu.*, 2006, 461; B. Sordi, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quad. fior.*, n. 31, t. II, 2002, Milano, Giuffrè, 2003, 577 ss.; G. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra reflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219 ss.; F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063 ss.; ID., *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 945 ss.; F. Merusi, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 1 ss.

<sup>8</sup> Ci si riferisce, naturalmente, agli studi di D. Sorace e, in particolare, a D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, ora in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, Giuffrè, II, 2002, 1377. La sensibilità del Maestro viene ulteriormente sviluppata in un percorso non identico, con coerente linea di pensiero, nel volume di S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2013.

<sup>9</sup> La necessità di consentire uno scrutinio sui presupposti della deliberazione di istituzione di un servizio pubblico appare rilevante anche nel recente Testo Unico al cui art. 10 si prevede l'obbligo di svolgere una istruttoria in merito al rapporto tra prestazioni rese sul mercato e organizzazione tramite servizio pubblico, proprio per consentire, in fase procedimentale, un dialogo pubblico e, eventualmente, il sindacato giurisdizionale sul corretto espletamento dell'azione amministrativa.

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

Corte di giustizia i presupposti che giustificano il regime privilegiato delle prestazioni in questione.

E così, viene detto che il diritto europeo ha condotto ad eliminare «quello che era uno dei tratti più caratteristici del *service public* nel suo significato pratico, ma in definitiva anche ideologico, cioè la esclusiva *politicalità* della decisione di considerare servizio pubblico una attività economica»<sup>10</sup>. Con ciò, si spiega anche la tendenza a ridurre i profili discrezionali relativi alla costituzione del servizio pubblico, percepiti come pericolosamente protettivi della sfera dell'intervento pubblico nell'economia a danno della libertà di iniziativa imprenditoriale (o solidale) privata.

Nella visuale della tutela della concorrenza, spinta in alcune prospettazioni fino ad ipotizzare una regola di prevalenza e di priorità dell'attività privata su quella pubblica, quest'ultima letta come residuale e subordinata all'assenza della prima<sup>11</sup>, la *politicalità*, intesa come portatrice di ambiguità, è stata considerata un potenziale freno alla propensione del mercato a portare valore aggiunto con beneficio degli utenti del servizio (pubblico) ed è stata archiviata come un concetto sociologico, non sufficientemente preciso per poter assurgere al rango delle nozioni giuridiche. Ci si limita ad annotare, per il momento, che la valutazione circa la necessità dell'intervento pubblico nell'economia certamente richiede di esaminare le circostanze del contesto, compresa la presenza di operatori di mercato in grado di offrire certi servizi alla comunità; questa, però, è la fisiologica espressione del generale dovere di istruire e motivare ogni azione amministrativa nel quadro della ragionevolezza dell'impiego di energie e denaro pubblici, ma non esprime necessariamente una valutazione di preferenza per un regime sull'altro, pubblico o privato che sia.

Invero, non vi è dubbio che, pur nell'adesione alle istanze euro-unitarie, se i «cardini concettuali»<sup>12</sup> del pubblico servizio sono «la funzionaliz-

<sup>10</sup> D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., 1395.

<sup>11</sup> Tematica ampiamente affrontata in chiave critica e con un approccio teorico che parte dalla ricostruzione del significato della concorrenza come “mezzo” dell'economia e ne osserva, sollevando diversi profili di incoerenza, la trasformazione in “fine” dell'ordinamento giuridico, da F. Trimarchi Banfi, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss. Di contro, si esprime da ultimo in senso favorevole alla residualità del servizio pubblico, sia pure con riferimento ai servizi pubblici locali, M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, cit., 1087, secondo cui «se infatti il mercato fosse in grado di provvedere adeguatamente alla soddisfazione di bisogni collettivi, sia sotto il profilo della diffusione dell'attività, sia sotto quello dei costi di accesso, l'intervento dell'ente locale non sarebbe di per sé sufficiente a qualificare l'attività alla stregua di un servizio pubblico in senso proprio».

<sup>12</sup> Espressione efficacemente introdotta da E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2011, 633.

zazione o la doverosità dell'attività, in relazione agli interessi tutelati, e la titolarità eminentemente pubblica del servizio, quale fattore di garanzia e di responsabilità nei confronti dei cittadini»<sup>13</sup>, il legame tra servizio pubblico e valutazioni politiche, che si voglia esplicitarlo o meno, è sempre e comunque immanente all'istituto. E, difatti, si precisa che «La titolarità del servizio costituisce dunque una funzione pubblica, *lato sensu* politica, che implica interpretare i bisogni della collettività e definire quali di essi siano meritevoli di soddisfazione e come»<sup>14</sup>. La funzione politica del servizio pubblico pare confermata anche nella nuova disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che include nei servizi pubblici quelli che non sarebbero erogati senza intervento pubblico o che sarebbero svolti in condizioni differenti di accessibilità, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, i servizi pubblici previsti per legge e i servizi che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengano necessari per assicurare i bisogni delle comunità locali, nell'ottica dello sviluppo e della coesione sociale; si tratta, cioè, in tutti i casi, di servizi definiti pubblici in ragione di una decisione che fa capo all'ente locale, o alla legge.

Perciò, tutt'oggi, la decisione di istituire un servizio affidandone (più o meno intensamente) la cura ad un ente pubblico è, sempre e comunque, oggettivamente una scelta intrisa di elementi e valutazioni attinenti all'esercizio della funzione di governo, nel suo senso proprio, in quanto dipendente dalle aspirazioni delle strategie politiche e da considerazioni inerenti alla vita sociale, economica e industriale che il diritto europeo non assorbe per intero e che spetta di determinare a chi esercita il potere pubblico.

Per quanto riguarda il servizio pubblico statale, l'importanza delle funzioni di prestazione ha cominciato ad essere percepita nella fase successiva a quella di stabilizzazione della forma organizzativa dello Stato all'interno del nuovo modello repubblicano quando, superata la Prima guerra mondiale, ci si cominciò a concentrare sul «suo *fare*»; fu allora, come ci ricorda Amorth commentando i lavori della Costituente<sup>15</sup>, che lo Stato dovette definire «il suo compito, il raggio della sua azione [...] perché esso ambì a stabilirsi come massima e più ancora esclusiva espressione della vita sociale»<sup>16</sup>, nella strumentalità con il perseguimento del bene comune<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, cit., 1089.

<sup>14</sup> E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, cit., 633.

<sup>15</sup> A. Amorth, *La concezione dello Stato*, in N. Antonetti, U. De Siervo e F. Malgeri, *A cinquant'anni dalla Costituzione, I cattolici democratici e la Costituzione*, I, Bologna, Il Mulino, 1998, 275 ss., spec. 281.

<sup>16</sup> A. Amorth, *La concezione dello Stato*, cit., 281.

<sup>17</sup> Ai tempi della Costituente, la teoria del bene comune, che spingeva a configurare

## pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti

Non è un caso che i momenti storici maggiormente cruciali per l'economia delle Nazioni siano stati accompagnati da una espansione delle aree del servizio pubblico, anche attraverso la diffusione del modello dell'impresa pubblica, a supporto della crescita economica e industriale<sup>18</sup>.

lo Stato anche come garante dei diritti sociali, veniva sviluppata specialmente nel contesto degli studi della dottrina cattolica, rappresentata da autorevoli giuristi che parteciparono alla redazione del testo della Costituzione, cfr. ancora A. Amorth, *La concezione dello Stato*, cit., 275 ss. Emerge chiaramente il legame tra la politica pubblica e i servizi resi alla comunità in A. Fanfani, *Economia orientata*, in N. Antonetti, U. De Siervo e F. Malgeri, *A cinquant'anni dalla Costituzione, I cattolici democratici e la Costituzione*, II, cit., 682 ss., spec. 683: «Chi presiede alle sorti della società ha poi il dovere di preoccuparsi affinché l'abbondanza dei beni e la adeguata ripartizione dei medesimi agevoli il raggiungimento di detta perfezione (nella realizzazione della persona umana, ndr.) da parte di ciascuna persona vivente in società».

<sup>18</sup> Si pensi, per esempio, alla nazionalizzazione di alcuni importanti settori dell'industria nazionale, per tutti, cfr. *Storia dell'IRI. 1949-1972. Il "miracolo" economico e il ruolo dell'IRI*, a cura di F. Amatori, Roma-Bari, Laterza, 2013; U. Menegazzi, *Intorno alla struttura giuridica dell'Ente Nazionale Idrocarburi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 116 ss.; S. Spaventa, *Lo Stato e le ferrovie. Scritti e discorsi sulle ferrovie come pubblico servizio* (marzo-giugno 1876), a cura di S. Marotta, Napoli, La scuola di Pitagora, 1997, 295 ss.; nel settore elettrico, G. Guarino, *L'elettricità e lo Stato* (1962), *L'impresa pubblica ENEL* (1963), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*<sup>2</sup>, Milano, Giuffrè, 1970; C. Lavagna, *Il trasferimento all'Enel delle imprese elettriche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 593 ss.; G. Landi, *Energia elettrica (nazionalizzazione)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965; F. Di Sabato, *Espropriazione di azienda e nazionalizzazione delle imprese elettriche*, Napoli, Morano, 1975. Da ultimo un accenno in P. Ciocca, *Nuove imprese pubbliche?*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. Cerulli Irelli e M. Libertini, Milano, Giuffrè, 2019, 1 ss.

Per chi voglia ripercorrere la storia dell'impresa pubblica in Italia, che rappresenta assieme al servizio pubblico, una forma di intervento pubblico (diretto) nell'economia, senza alcuna pretesa di esaustività, *ex multis* si v.: M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; Id., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss.; S. Valentini, *L'impresa pubblica*, Milano, Giuffrè, 1980, con recensione di V. Cerulli Irelli, in *Dir. impr.*, 1982, 183 ss.; S. Cassese, *Problemi delle imprese. Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, Jovene, 1972; Id., *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in *Econ. pubbl.*, 1985, 1-2, 3 ss.; G. Guarino, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970; A. Rossi, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, Giuffrè, 1977; S. Cassese e A. Massera, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Aa.Vv.*, *L'impresa pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977, 95 ss.; G. Von Humboldt, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1965; P. Saraceno, *Lo Stato e l'economia*, Roma, Cinque lune, 1963; F. Benvenuti, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. soc.*, 1962, 206 ss.; A.M. Sandulli, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Studi per Liebmann*, Milano, Giuffrè, 1979; M.T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1983. Più di recente e con una prospettiva più generale, S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 389 ss. Più specificamente sui servizi pubblici: sul tema, a mo' di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, si presenta al lettore un estratto dei contributi apparsi maggiormente interessanti per la prospettiva del presente

Per esempio, l'infrastruttura ferroviaria<sup>19</sup> ha costituito un importante banco di prova per il servizio pubblico statale ed ha avuto un preciso significato storico ed economico per il Paese, così come il sistema della pubblica istruzione<sup>20</sup>, che riflette la posizione dello Stato rispetto, tra l'altro, all'insegnamento, alla promozione della scienza e alla cultura.

Con riferimento, invece, ai servizi pubblici locali, il ruolo istituzionale del comune<sup>21</sup>, come ente dotato di fini generali, incaricato di destinare i pro-

contributo: G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in questa *Rivista*, 2016, V ss.; F. Saitta, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 549 ss.; F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 14, 2 ss.; D. Marrama, *Soggetti "legali" e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2012; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Studi in onore di G. Berti*, II, Napoli, Jovene, 2005, 1695 ss.; I. Pupolizio, *Per un modello teorico della "grande dicotomia" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 343 ss.; M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>19</sup> È risultato interessante consultare saggi che si sono occupati della politica dei trasporti, tra i quali M. Tebaldi, *La politica dei trasporti*, Bologna, Il Mulino, 1999; S. Maggi, *Storia dei trasporti in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2009; *Lo Stato e le ferrovie: scritti e discorsi sulle ferrovie come pubblico servizio (marzo-giugno 1876)*, Silvio Spaventa, a cura di S. Marotta, Milano, Giuffrè, 1997; G.C. Loraschi, *L'impresa pubblica: il caso delle Ferrovie dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>20</sup> Ne discutono M. Salazar, *Istruzione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2014, 19 ss.; A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, Il Mulino, 2003; *Istruzione e Stato sussidiario*, a cura di C. Marzuoli, in *Dir. pubbl.*, 2002; F. Donati, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *Regioni*, 1999, 537 ss.

<sup>21</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, sulle funzioni istituzionali del comune come l'ente a cui l'ordinamento attribuisce il compito di rappresentare la comunità locale, di curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo, si suggerisce la lettura di: *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, Il Mulino, 2007. Ivi, in particolare, si vedano i contributi di G. Piperata, *Il governo locale tra territorialità del diritto e spazio dell'economia*, 73 ss.; M. Abrescia, *Territorio e analisi economica del diritto. Amministrazione territoriale e delocalizzazione funzionale*, 343 ss.; C. Vitale, *Il territorio nella definizione e gestione del servizio pubblico locale*, 723 ss.; G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, Cedam, 1969; P. Virga, *L'amministrazione locale*, ult. ed., 2003; M. Cammelli, *Il raccordo tra i livelli istituzionali*, in *Ist. fed.*, 2001, 1079 ss.; F. Merloni, *Il destino degli ordinamenti degli enti locali (e del relativo Testo Unico) nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 409; G. Strozzi, *Gli enti locali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, 1337; G.D. Falcon, *Inattuazione a attuazione del nuovo titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 3 ss.; *La repubblica delle autonomie; regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino, Giappichelli, 2003; L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2004; G.A. Sala, *Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 11 ss.; G. De Martin, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 975 ss.; R. Cavallo Perin e A. Romano, *Commentario breve al Testo*

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

pri interventi in favore del territorio di cui è ente esponenziale, è una forte spinta ad erogare pubblici servizi<sup>22</sup>. Non va dimenticato a riguardo che la gestione dei servizi pubblici locali rappresenta, difatti, uno snodo fondamentale per raccogliere il consenso (o il dissenso) della comunità amministrata.

Non stupisce quindi che, in uno scritto dei primi anni Sessanta, Benvenuti abbia ravvisato una pretesa da parte della collettività verso servizi offerti dai governi locali: «non soltanto sono oggi le autonomie locali che pretendono di intervenire spontaneamente a dirigere o a incentivare le attività dei cittadini nell'ambito del proprio territorio, ma sono addirittura i cittadini che chiedono questi interventi, domandano l'aiuto o il concorso delle collettività locali che sono sempre più considerate dai cittadini "comunità di lavoratori o utenti" (l'espressione è nell'art. 43 della Costituzione); il che fa di esse, quindi, un elemento essenziale e insostituibile del contesto sociale localizzato in un territorio»<sup>23</sup>.

Dunque, la questione del servizio pubblico, pur diventata argomento rilevante per il diritto europeo, nondimeno è intrisa degli elementi caratteristici della funzione pubblica<sup>24</sup> in rapporto alla missione istituzionale che

*Unico sulle autonomie locali*, Padova, Cedam, 2006, 12 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, 290 ss.

Dedicò una parte importante delle sue ricerche al Comune anche Santi Romano, che ricordiamo nonostante parte delle riflessioni svolte non siano più attuali vista la riforma del Titolo V della Costituzione. Gli scritti sono ora raccolti nel volume, S. Romano, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2005, 419 ss.

<sup>22</sup> Ciò in quanto "a differenza delle mere attività economiche, i servizi pubblici locali si qualificano per essere una immediata e diretta risposta al soddisfacimento di un bisogno primario della collettività locale.", M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, cit., 1087 ss.

<sup>23</sup> E Benvenuti, *Le autonomie locali nello Stato moderno* (1962), ora in ID., *Amministrazione Pubblica Autonomie Locali*, Milano, Varese, 2010, 249. Anche ID., *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, con riferimento specifico ai servizi pubblici e propendendo per una concezione oggettiva del servizio pubblico cfr. pagine 334 ss., spec. 340, là dove specifica anche che il tema fondamentale alla base della questione è quello delle finalità perseguite dallo Stato «nel senso che si tratta di decidere se lo Stato debba sostituirsi alla iniziativa privata ovvero debba avere soltanto una funzione di sussidiarietà». Lo Studioso aggiunge anche che (250) «la funzione delle autonomie locali (...) non rappresenta più un momento estraneo o che proviene dall'esterno nell'ambito del lavoro della collettività, ma è accettato dagli stessi componenti della collettività come un elemento interno, come una società comune, in cui l'ente pubblico è considerato alla stregua di un socio d'affari, il quale apporta il proprio potere nell'interesse collettivo».

<sup>24</sup> E che non necessariamente postulano l'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, come ha ricordato, *ex multis* e per tutti, F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 668: «i fondamenti del diritto amministrativo si compongono in unità attorno al postulato del carattere funzionale dell'attività dell'amministrazione, qualunque sia la forma nella quale essa si manifesta».



l'ordinamento giuridico attribuisce alle autorità amministrative. Perciò, per ricostruire la nozione correttamente, non si può prescindere dai principi e dal sistema del rapporto tra azione pubblica e società, né dalle regole dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (oltre che dai vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale).

Lo studioso dei servizi pubblici “ha da essere” consapevole di questa trama<sup>25</sup> che costituisce il substrato concettuale della fattispecie in questione rendendola densa di significati, l'uno dei quali non può prescindere dall'altro.

La politicità del servizio pubblico non toglie, beninteso, che la priorità per la concorrenza, conseguenza delle libertà consacrate nei Trattati europei e specificate dalla normativa derivata, renda doveroso un temperamento preciso tra parametri di mercato e regime di servizio pubblico.

Nel prosieguo di questo scritto cercheremo di dimostrare che esiste una strada per conciliare la politicità del regime del servizio pubblico con la libertà di iniziativa economica privata, limitando la concorrenza nel mercato solo ove strettamente necessario e nel rispetto del principio di proporzionalità, a partire da una riflessione sul significato della privativa e del regime di esclusiva, per tradizione considerati immanenti al servizio pubblico<sup>26</sup>. Da qui, identificheremo come possibile la coesistenza tra metodi diversi – quello del servizio pubblico, da un lato, e quello dell'attività economica di interesse generale, dall'altro – con logiche proprie, non necessariamente antagoniste, ma anzi conciliabili e sinergiche.

<sup>25</sup> In questo contesto, lo studio dei servizi pubblici colloca anche lo studioso del diritto in un clima “politico”, nel senso di recente ricordato da R. Caponi, *Specialismo e politica nella scienza giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 351 ss., che ci rammenta come «gli studiosi dovrebbero periodicamente domandarsi perché e come coltivare i loro studi nella temperie di epoca in epoca prevalente, poiché i loro compiti, pur svolgendosi in domini specialistici, appartengono all'ambito del politico. Lo è stato sempre nel corso della storia dell'Occidente, in modi diversi. Nella *polis* dell'antica Grecia lo era perché la politica dava forma all'esistenza degli esseri umani liberi. Nella modernità gli specialismi tecnico-scientifici appartengono all'ambito del politico per un motivo più specifico, ma non per questo meno fondamentale: perché l'*augmentum scientiarum* (Bacone) entra a far parte del disegno di razionalizzazione e di disincantamento del mondo. Si tratta di un'appartenenza necessaria che deve ritornare a manifestarsi in modo saliente oggi (Dondi, Nieva-Fenoll), al cospetto di un orientamento corposo della società che pretende di attribuire un ruolo tecnico, neutrale, apolitico alle operazioni che gli scienziati compiono nei loro domini specialistici», 354-355. Si condivide il richiamo appena menzionato, a patto di considerare il contributo dello studioso del diritto primariamente tecnico e neutrale, e solo secondariamente, diremmo di rimbalzo, politico. Diversamente, torneremmo ad avallare l'approccio ideologico dalla cui critica questo scritto prende le mosse.

<sup>26</sup> Riassuntivamente, *ex multis*, E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, cit., 629 ss. e M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, cit., 1088.



## **2. Pubblici servizi e attività privata di interesse generale tra diritto nazionale e diritto europeo: separazione o integrazione?**

Le politiche di liberalizzazione e di privatizzazione hanno progressivamente ridimensionato l'iniziativa pubblica, eliminando l'idea che vi fosse un monopolio della pubblica amministrazione sulle *cose* di interesse pubblico<sup>27</sup>.

L'ingaggio di operatori economici, per loro iniziativa autonoma, in attività di interesse per la collettività consente, senza dubbio, di risparmiare risorse pubbliche e, secondo quanto assunto a premessa nelle teorie che valorizzano la concorrenza nel mercato e le strategie di privatizzazione piuttosto che modelli organizzativi pubblicistici, permette alla società di beneficiare di servizi innovativi, erogati con elevati parametri di qualità<sup>28</sup>.

Sulla scia della collaborazione tra pubblico e privato, l'interesse pubblico è stato ridefinito come interesse comune, appunto per emancipare il concetto dalla sua immanente e soggettiva definizione "per via di autorità"<sup>29</sup>.

La progressiva intersezione tra aspirazioni, programmi ed azioni, pubblici e privati, si è riflessa anche sulla tematica di nostro interesse: il concetto di servizio pubblico è stato nuovamente<sup>30,31</sup> messo in discussione e, tenendo sullo sfondo le categorie concettuali del diritto europeo, si è sottolineata la sostanziale differenza tra servizi che non includono prestazioni standardizza-

<sup>27</sup> Sul punto molto chiaramente A. Pioggia, *L'Amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "servizio pubblico" in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, 497 ss.

<sup>28</sup> Tanto che, come è stato correttamente osservato, il legislatore, e perfino una parte della giurisprudenza amministrativa, sono protesi ad affermare la prevalenza delle azioni economiche private, che si suppone possano garantire l'equilibrio allocativo ottimale. Così E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, cit., 634, che, a sua volta richiama F. Parisi, *Teorema di Arrow*; Id., *Teorema di Coase*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 1999, 287 e 296.

<sup>29</sup> Sul punto, per non ripeterci, S. Valaguzza e E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in questa *Rivista*, 2020, 1 ss., spec. parr. 5 e 6 e, diffusamente, S. Valaguzza e E. Parisi, *Public private partnerships. Governing common interests*, Cheltenham, Edward Elgar Pub, 2020, *passim*.

<sup>30</sup> Si scrive "nuovamente" per ricordare la ben nota teorizzazione di U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, Cedam, 1964, secondo il cui pensiero, in estrema sintesi, poiché la Costituzione consente, ma non impone, la riserva o il trasferimento nel settore pubblico di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, ne seguirebbe che detti servizi possono anche essere espliciti da imprese private e che pertanto la nozione di servizio pubblico non suppone la titolarità pubblica. Criticamente, R. Villata e S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, cit., 7 ss. (con annessi riferimenti bibliografici) e, *inter alia*, G.D. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2020, 190.

<sup>31</sup> Interessanti a riguardo le recenti riflessioni di P. Lazzara, *Responsabilità pubblica e modelli di gestione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 129 ss.

bili e che quindi non possono essere strutturati come servizi “di massa” né possono venire alimentati da criteri di remuneratività – non appetibili, dunque, per il mercato – e «servizi per i quali il carattere *pubblico* della prestazione non richiede necessariamente la titolarità in capo alla pubblica amministrazione, con la conseguenza che si hanno servizi (oggettivamente) pubblici in titolarità privata»<sup>32</sup>. Per quest’ultima categoria di prestazioni, parte della dottrina è tornata a preferire una concezione oggettiva del servizio pubblico, basata su una equivalenza tra prestazioni in titolarità pubblica e in titolarità privata e giustificata anche dal fatto che le norme europee sono applicabili ad entrambi i casi, a prescindere dal regime giuridico prescelto per l’affidamento del servizio (servizio pubblico, autorizzazione, concessione o altro)<sup>33</sup>.

La conseguenza della nuova linea interpretativa, che presenta indubbiamente alcuni punti di contatto con le soluzioni accettate nel d.lgs. n. 201/2022, è di aprire le maglie della definizione di servizio pubblico, per includervi servizi resi su iniziativa (e con titolarità) privata. La differenza tra la tesi appena riferita e l’impostazione del Testo Unico sta nel fatto che, secondo la prima, il servizio pubblico è un presupposto oggettivo che deriva dal tipo di attività poste in essere (di interesse generale) senza che sia necessaria alcuna interferenza o qualificazione da parte dell’autorità pubblica, mentre nella novella la valutazione circa la sussistenza o meno del servizio pubblico continua comunque ad essere espressione di una valutazione formale, motivata e sindacabile, di pertinenza del soggetto pubblico.

<sup>32</sup> P. Lazzara, *Responsabilità pubblica e modelli di gestione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 135.

<sup>33</sup> Sebbene la concezione soggettiva sia oggi ampiamente prevalente, non mancano in dottrina sostenitori di una nuova concezione oggettiva del servizio pubblico, tra cui, L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., che, come già si è ricordato, ha ritenuto possibile identificare tre tipologie di servizi pubblici: l’attività libera, quella regolata e quella riservata, spec. 302, che però così finisce per svilire la valenza normativa della definizione, come rilevato in R. Villata e S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, cit., 14 ss. Propugnano una nozione oggettiva di servizio pubblico anche P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004, *passim*; R. Di Raimo, *Contratto e gestione indiretta dei servizi pubblici*, Napoli, Esi, 2000, 45; G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell’unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. 99. In chiave critica della concezione oggettiva F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 950; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, 173. Molto articolata la linea argomentativa scelta da M. Trimarchi, che non indugia tanto sulla concezione oggettiva o soggettiva di servizio pubblico, preferendo mettere in luce che il diritto europeo ammette che anche il regime della concorrenza nel mercato possa essere foriero di prestazioni di interesse generale, dotate pure di valore sociale, M. Trimarchi, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, cit., *passim*.

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

A questo punto dell'elaborazione dottrinale, è utile perciò domandarsi se il diritto europeo abbia davvero interamente assorbito la categoria del servizio pubblico al suo interno, riclassificandola e cambiandone i connotati<sup>34</sup>, oppure se sia corretto ancora riferirsi al pubblico servizio in senso stretto, includendovi le sole prestazioni rese in titolarità pubblica.

Per affrontare l'interrogativo posto, appare logico prendere le mosse da una constatazione che difficilmente può essere messa in dubbio e cioè dal fatto che le previsioni di origine europea sono strutturate per affrontare una problematica specifica e non offrono definizioni se non allo scopo di dettare i limiti e le modalità di applicazione della normativa sulla concorrenza. Anzi, come è stato osservato in dottrina<sup>35</sup>, il diritto europeo della concorrenza presuppone la presenza di scelte e valutazioni che appartengono solo ai sistemi giuridici degli Stati membri, ammettendo che sia immune da sanzioni l'inosservanza delle regole concorrenziali quando ciò sia la conseguenza del perseguimento degli scopi che l'autorità pubblica si propone di raggiungere declinando le missioni di interesse generale affidate anche con il regime del servizio pubblico. Però «la specialità del regime dei *sieg* non presuppone che lo svolgimento di attività economica da parte del soggetto pubblico sia in sé una evenienza non ordinaria, bisognosa di particolari giustificazioni; la specialità emerge soltanto nell'eventualità che a tale obbligo si colleghi la deroga consentita dal comma 2 dell'art. 116»<sup>36</sup>.

Non viene scalfito né dalla rediviva teoria oggettiva né dalle previsioni della disciplina generale dei servizi pubblici locali il ragionamento che basa il regime autentico del servizio pubblico su aspettative e programmi inerenti alla missione istituzionale che gli enti pubblici, in quanto istituzioni costituite *ex lege* per fini comuni e secondo i canoni costituzionali, debbono assolvere, anzitutto all'interno dell'ordinamento nazionale. Nel perseguimento del bene comune si giustifica l'essenza dell'autorità e l'ingaggio in una forma di responsabilità diretta dei soggetti pubblici cui corrisponde la libertà della politica<sup>37</sup>; tale politicità è invece del tutto assente quando l'iniziativa economica o sociale è espressione di una diretta azione privata. Ne segue

<sup>34</sup> Come è accaduto, per un verso, con riferimento alla nozione di evidenza pubblica, il cui significato originario resta perlopiù un ricordo, data la dominanza indiscussa dell'interpretazione fornita dal diritto sovranazionale sulle norme e sui principi della concorsualità e, più in generale, sulle regole di accesso al mercato della domanda pubblica.

<sup>35</sup> F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit., *passim*.

<sup>36</sup> Osserva F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit., 39.

<sup>37</sup> Come emerge anche da importanti studi, tra i quali V. De Falco, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, Cedam, 2003, 45; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, 220; S. Pignataro, *I servizi pubblici locali*

che, secondo il concetto tradizionale, il servizio pubblico è il risultato della doverosa assunzione di responsabilità dei soggetti pubblici verso la comunità, carente ogni qualvolta un'attività di interesse generale sia attuata per volontà (non per dovere) di operatori privati.

Vi è dunque una diversità rilevante di tipo relazionale tra bene comune e soggetti pubblici, da un lato, e interesse generale e soggetti privati, dall'altro. Nel senso che solo il primo rapporto (bene comune-soggetti privati) rappresenta un legame obbligatorio e alimentato da un vincolo di doverosità, anche al di fuori dei parametri dell'economicità e della convenienza della gestione del servizio.

Coerentemente con lo *status* giuridico dei soggetti pubblici, il valore per la collettività del servizio pubblico può giustificare pure modelli di erogazione basati su criteri diversi da quelli imprenditoriali, in perdita o non profittevoli.

Ben inteso, riconoscere la politicità del servizio pubblico e il dovere che incombe sugli enti pubblici di attuare, tramite esso, le norme programmatiche contenute nella Costituzione, non toglie che a realizzare le finalità dell'ordinamento possano contribuire anche attori sociali e organizzazioni private; anzi, è fortemente auspicabile che ciò accada nella prospettiva del governo condiviso degli interessi comuni che implementa il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>38</sup>, caposaldo delle relazioni sociali ed economiche all'interno dell'ordinamento giuridico liberale di mercato. In questo spirito, il nuovo Testo Unico menziona espressamente proprio il principio di sussidiarietà orizzontale prevedendo che gli enti locali debbano favorire l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni.

Bisogna tuttavia tenere presente che l'affermazione del principio di sussidiarietà non comporta, nemmeno come conseguenza dell'esame del diritto positivo, una soggezione dell'iniziativa economica pubblica a quella privata che vieti la prima in presenza della seconda, implicando piuttosto

*nel nuovo sistema delle autonomie*, Padova, Cedam, 2004; E. Scotti, *Il pubblico servizio*, Padova, Cedam, 2003.

<sup>38</sup> Sulla valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, cfr., a livello generale e senza alcuna pretesa di esaustività, M.V. Loo Gutiérrez, *I principi di sussidiarietà e solidarietà nel partenariato pubblico-privato contrattuale*, Roma, Aracne, 2014; D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013; G. Pecoraro, *Il principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 u. Corte Cost. e il partenariato pubblico-privato nel settore delle opere pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001, n. 1, 13 ss.

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

una attenta e ponderata valutazione circa l'effettiva necessità che, in presenza di risposte del mercato a bisogni di interesse pubblico, sia opportuno avviare attività ulteriori con oneri a carico dei soggetti pubblici.

Peraltro, le implicazioni derivanti dall'affermazione del principio di sussidiarietà orizzontale, enunciato dall'art. 118, c. 4, Cost., sono state messe in luce di recente dalla Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 131 del 2020<sup>39</sup>, in cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale di alcune previsioni di una legge regionale umbra, attuative dell'art. 55, d.lgs. n. 117/2017. In quell'occasione, la Corte ha spiegato che la Costituzione «valorizzando l'originale socialità dell'uomo» ha inteso «superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una autonoma iniziativa dei cittadini che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese».

Sebbene la sentenza della Consulta si riferisca al settore delle iniziative private sociali, appartenenti al mondo del terzo settore<sup>40</sup>, essa esprime certamente un principio più generale, nella parte in cui accerta che la cura dell'interesse comune non è oggetto di alcun monopolio pubblico.

Tuttavia, se, anche alla luce dei chiarimenti resi nella sentenza appena menzionata, non vi è dubbio che le attività di interesse generale possano essere operate anche da soggetti privati, appartenenti indifferentemente al mondo del partenariato sociale o a quello schiettamente lucrativo, ciò non appare sufficiente per dedurre il superamento della nozione tradizionale di servizio

<sup>39</sup> Corte Costituzionale, 1° luglio 2020, n. 131, con note di G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1449 ss.; G. Boletto, *Il concorso alle spese pubbliche degli Enti del Terzo Settore (Nuove riflessioni alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020)*, in *Giur. imposte*, 2020, n. 3, 251 ss.; E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2020, 5, 1184 ss.; A. Galdani, *Il rapporto tra le P.A. e gli enti del terzo settore*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2021, n. 21, 113 ss.

<sup>40</sup> Identificato come un «ambito di organizzazione delle libertà sociali (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente (sentenza n. 309 del 2013)». Cfr., in argomento, G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, cit., 1449; L. Gori, *Riflessioni sui limiti costituzionali alle misure promozionali del Terzo settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 3017.

pubblico né per ritenere che il diritto europeo avrebbe reso secondaria e meramente suppletiva l'attività economica pubblica rispetto a quella privata, modificando il perimetro dei pubblici servizi ai sensi del diritto interno.

Per queste ragioni non appare convincente prospettare che gli enti pubblici siano legittimati ad agire tramite servizi pubblici solo ove non vi sia affatto alcuna iniziativa privata, perché, tramite questa via, si finisce con l'attribuire al principio di sussidiarietà una valenza che va oltre il testo della Costituzione, secondo cui gli enti pubblici «favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale»; il che non vuol dire, nemmeno nelle parole recenti del Giudice delle Leggi, che l'intervento pubblico debba restare subordinato a quello privato, ma anzi significa ammettere una coesistenza (non gerarchica) tra i due mondi<sup>41</sup>.

Del resto, attenta dottrina ci aveva già messo in guardia, sul fatto che «Applicato alla sfera dell'economia, il principio di sussidiarietà orizzontale vorrebbe aggiungere autorità costituzionale agli argomenti di carattere tecnico-economico che vengono addotti in favore del ricorso all'impresa per la provvista dei servizi pubblici»<sup>42</sup>, nel quadro teorico della amministrazione oggettivata.

Nemmeno il richiamo frequente alla concorrenza, intesa ormai come mezzo di promozione della crescita economica e, dunque, funzionale alla prosperità collettiva, può far dimenticare quanto appena constatato<sup>43</sup>.

Concludendo sul punto, l'operazione interpretativa di assorbimento, nella nozione di servizio pubblico, *bonne à tout faire*, delle attività private di interesse generale assimila un impegno – quello dell'operatore privato –

<sup>41</sup> Importanti osservazioni in chiave critica sono sviluppate da F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss., che osserva come il principio di sussidiarietà, il cui fondamento normativo non è ricercato in quanto viene come dato per scontato, finisce impropriamente per diventare il connotato della forma di Stato, che diviene appunto Stato *sussidiario*: «Dalla libertà della persona nelle formazioni sociali si passa alla libertà delle formazioni sociali. E, soprattutto, cambia la ragione della garanzia: l'autonomia delle formazioni sociali non è mera libertà di perseguire i propri fini, e vuole essere riconoscimento dell'attitudine ad operare per obiettivi che interessano la collettività. (...) L'aspetto singolare di questa trasformazione del ruolo delle formazioni sociali è che essa si compie attraverso formule suggestive (...), senza passare per la dimostrazione del fondamento costituzionale dell'operazione interpretativa», 5 ss.

<sup>42</sup> F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 6.

<sup>43</sup> Osserva F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit., 10, che «In questo quadro culturale, alla superiorità del metodo della concorrenza, derivante dal carattere oggettivo e naturale delle sue regole, corrisponde la sconfitta della politica quale arte di provvedere ai bisogni sociali».

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

esente da responsabilità istituzionale e libero dalla continuità del dovere, con un concetto giuridico concepito per accogliere un'altra fattispecie – quella dell'azione pubblica – diversamente caratterizzata dalla necessità di fornire prestazioni di interesse generale, a fronte di un preciso onere politico e amministrativo.

Appurata l'esistenza di diversità di *ratio* tra azioni in titolarità pubblica e privata, il concetto di servizio pubblico, riqualificato in chiave oggettiva, rischia di essere smontato non proficuamente, creando, tra l'altro, un *vulnus* alla certezza del diritto che dovrebbe invece illuminare le regole dell'ermeneutica.

Si verrebbe così a perdere gran parte della specificità del concetto, accettando di sminuire il significato della divisione per categorie nel campo giuridico<sup>44</sup>, che è quello di ottenere la maggiore precisione possibile degli oggetti da classificare e disciplinare, cogliendone le peculiarità rilevanti.

Le valutazioni che precedono spiegano anche il perché della nostra preferenza<sup>45</sup> per l'espressione "pubblici servizi", utilizzata per rimarcare il fatto che l'elemento caratterizzante della nozione non è tanto l'oggetto delle prestazioni rese in favore della comunità (appunto, il servizio), quanto il soggetto che si assume l'onere di garantirlo (il pubblico). E così, l'aggettivazione "pubblico" ha capacità trainante sul concetto.

### **3. Pubblico servizio e attività privata di interesse generale: percorsi verso il superamento della riserva pubblica**

Prima di procedere oltre, sia consentito ricapitolare, sia pure per sommi capi, le assunzioni principali che consentiranno di comprendere meglio il ragionamento che si sta per prospettare.

Come noto, nel dibattito intorno alla nozione oggetto del nostro esa-

<sup>44</sup> Significato che, invece, è stato valorizzato anche negli studi dedicati a riconoscere al diritto la qualità delle scienze, nell'ambito dei quali si ritiene che le classificazioni non abbiano semplicemente una funzione archivistica «ma tendono a realizzazione quello scopo scientifico, cui mira sempre il metodo induttivo che, invece di essere un fondamentale metodo scientifico, sarebbe una infruttuosa attività se fosse vero che nella realtà vi sono soli gli individui e non i caratteri generali, che sarebbero pure astrazioni. Vero è invece che i concetti, che con quei caratteri generali si formano, sono astrazioni solo nel senso in cui sono astrazioni tutti i concetti, come sintesi di una certa parte della realtà prima analizzata, ma, in quanto attinti a quella realtà, hanno piena concretezza e quindi piena legittimità di aspirare alla qualifica di valori scientifici», L. Mosco, *Scienza giuridica e metodologia giuridica*, Napoli, Jovene, 1954, 86-87.

<sup>45</sup> R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, cit., *passim*.

me, almeno in dottrina, la concezione c.d. “soggettiva temperata”<sup>46</sup>, che presuppone una netta distinzione tra titolarità pubblica<sup>47</sup> e gestione, pubblica o privata, del servizio. Secondo il paradigma appena menzionato, ai fini della qualificazione come pubblico servizio, è ritenuta necessaria una decisione dell’amministrazione che valuti di attrarre a sé determinate attività; perlopiù, si completa l’affermazione con l’aggiunta che tale regime comporta necessariamente lo schema della riserva pubblica, cioè la sottrazione delle attività oggetto di pubblico servizio dal libero mercato<sup>48</sup>.

Tuttavia, come cercheremo di far emergere in questo paragrafo, “titolarità” del servizio<sup>49</sup>, in capo all’amministrazione, e “riserva pubblica” esprimono due concetti differenti e non per forza consequenziali, nel senso che la gestione del servizio pubblico e la contemporanea presenza di servizi analoghi (privati) offerti in regime di concorrenza ci pare non incompatibile con una teorizzazione che voglia conciliare le spinte del mercato e le esigenze di gestione, anche sociale, di bisogni di interesse generale<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Cfr., *ex multis*, R. Cavallo Perin, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993, 33 ss.; M. Nigro, *L’edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, spec. 192; F. Zuelli, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, Giuffrè, 1973, 23 ss.; A. Romano, *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano e V. Spagnuolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995, 11 ss.; F.G. Scoca, *La concessione e gli altri strumenti di gestione dei servizi pubblici*, in *La concessione di servizi pubblici*, a cura di G. Turco Liveri, Rimini, Maggioli, 1988, 26 ss.; I. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1986; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, 51 ss.

<sup>47</sup> Sulla definizione del concetto di titolarità del servizio, si deve senz’altro far riferimento agli studi che hanno sviscerato la nozione soggettiva di servizio pubblico, che non è certamente messa in crisi dall’affidamento a terzi, dato che “non si ha servizio pubblico senza imputazione all’Amministrazione pubblica, pur se l’attività viene concretamente svolta da un privato secondo un modulo di tipo concessorio, da sempre conosciuto anche dalla impostazione soggettivistica più tradizionale”, R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, 6. Sul tema, molto chiaramente, E. Scotti, *Il pubblico servizio*, cit., 49 ss. e *passim*.

<sup>48</sup> Per tutti, M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, cit., 1088.

<sup>49</sup> Sul quale ancora di recente si è precisato efficacemente che «titolare del servizio è innanzitutto colui che istituisce il servizio; che, nel contempo, ne definisce il “programma” e, cioè, il livello e le modalità delle prestazioni da rendere ai cittadini; che definisce le forme organizzative del servizio; che affida l’incarico di rendere il servizio al gestore; e che, infine, garantisce l’attuazione del programma di servizio da parte del gestore, pubblico o, come sempre più frequentemente accade, privato, con poteri di controllo, di revoca e sanzionatori», E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, cit., 633.

<sup>50</sup> La riconfigurazione proposta è in linea con la necessità di trovare un nuovo assetto nei rapporti tra titolarità pubblica del servizio ed esigenze di mercato, a fronte di un sistema che, come rileva E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, cit., 631, è in fase di «transizione verso un approdo ancora non ben delineato».



## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

Chiariti questi presupposti, ci domanderemo quindi ora se, dal punto di vista teorico e a prescindere per un momento dall'assetto del diritto positivo, accanto ad una prestazione resa secondo lo schema giuridico del pubblico servizio in senso stretto possa coesistere una, dall'oggetto medesimo o analogo, svolta da operatori privati, con caratteristiche simili ma sottratta al regime del servizio pubblico, oppure se, viceversa, la scelta del servizio pubblico comporti davvero una privativa dell'intera attività economica che si vorrebbe rendere secondo il meccanismo della libera iniziativa privata e con parametri concorrenziali. Naturalmente, per aderire alla prima tesi così esposta, occorrerà superare l'ostacolo della immedesimazione tra titolarità pubblica e regime di privativa che, come già è stato anticipato, la dottrina considera però scontato<sup>51</sup>.

Alcuni casi pratici dimostrano che la questione della necessità della riserva pubblica come elemento costitutivo del pubblico servizio è oggetto di richieste di ripensamento: emblematico è il quesito di recente posto dalla Regione Piemonte al Ministero della Transizione Ecologica, in relazione alla raccolta dei rifiuti solidi urbani, sulla possibilità per gli utenti domestici di incaricare imprese di recupero diverse dal gestore concessionario del pubblico servizio<sup>52</sup>. La risposta ministeriale negativa, che ha bloccato l'opportunità commerciale per gli operatori del settore di offrirsi, per esempio, per raccogliere la plastica porta a porta, si è assestata sulla tesi prevalente, ritenendo che dal pubblico servizio derivasse il regime di esclusiva (e la connessa privativa) e dunque, nel caso di specie, è stata riconosciuta l'impossibilità, per gli utenti, di scegliere in via autonoma imprese di ritiro dei rifiuti diverse dal gestore selezionato dai comuni o dall'Ente Gestore dell'Ambito. Le motivazioni di tale conclusione sono state basate sulla normativa di settore, che affida ai comuni e alle autorità di ambito la gestione integrata dell'intero ciclo dei rifiuti urbani, in "regime di privativa", per consentirne l'ottimizzazione<sup>53</sup>. Dunque, la privativa non è stata

<sup>51</sup> Cfr., riassuntivamente, M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, cit., 1088.

<sup>52</sup> Direzione generale economia circolare, 5 marzo 2022, riscontro interpello ex art. 3-septies del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 relativo al ritiro di rifiuti urbani prodotti da utenze domestiche da parte di imprese di recupero che agiscono al di fuori del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti urbani.

In particolare, la Regione, formulando un interpello, ha domandato un chiarimento sulla possibilità per le imprese di raccolta o di recupero di materia, non operanti all'interno del servizio di gestione dei rifiuti urbani, di ritirare rifiuti urbani di origine domestica. Si trattava di capire se i cittadini potessero liberamente decidere di consegnare tali rifiuti ad imprese diverse dall'affidataria o se ciò fosse inibito per la presenza del servizio pubblico.

<sup>53</sup> Cfr. art. 198, d.lgs. n. 152/2006.

dedotta da principi generali, ma piuttosto inquadrata come conseguenza prevista dalla legge.

Più in generale, a sostegno della tesi secondo la quale l'introduzione di un pubblico servizio comporterebbe necessariamente una privativa – nel senso che, una volta optato per la titolarità pubblica, l'attività non può essere oggetto di iniziativa privata – è logico addurre ragioni connesse ai criteri di economicità ed efficacia del servizio pubblico. Se, infatti, il servizio pubblico, che impegna la responsabilità dell'amministrazione, oltre che l'utilizzo di denaro pubblico, si giustifica con la necessità di fornire risposta a bisogni della comunità secondo criteri non necessariamente imprenditoriali, ne dovrebbe seguire che l'attività in questione deve poter contare su determinate economie di scala e, dunque, sull'intera marginalità positiva (ove presente) derivante dai servizi resi in favore dell'utenza.

Una seconda motivazione potrebbe anche ricavarsi dalla teoria della residualità del servizio pubblico, da prevedersi solo ove le prestazioni in questione non possono essere rese utilmente attraverso meccanismi di mercato. Detto altrimenti, ove vi sia un mercato per un determinato servizio, non vi sarebbero ragioni adeguate per introdurre il regime del servizio pubblico. In quest'ottica, di converso, pubblico servizio e mercato sarebbero alternativi l'uno all'altro.

Senonché, l'immedesimazione tra servizio pubblico e regime di esclusiva non convince a fondo. Infatti, là dove non vi sia una norma che stabilisca espressamente il regime di privativa per determinate ragioni di interesse pubblico, escludere la libertà dell'attività economica privata, tutelata dalla Costituzione, per il solo fatto che vi sia una iniziativa pubblica, appare lesivo del principio di proporzionalità.

Infatti, una volta appurata l'assenza di una gerarchia (discendente dai principi costituzionali o da altre norme fondative dell'ordinamento) tra intervento privato e intervento pubblico nell'economia, ma accertata anche la necessità di promuovere e tutelare la concorrenza nel mercato, si potrebbe giustificare un diverso epilogo, permettendo cioè la contestuale offerta di servizi, pubblici e privati, a prezzi e condizioni anche differenti. Questa tesi risulta in linea con le previsioni del Testo Unico sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, che si ripromette di assicurare «la tutela e la promozione della concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi per gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse economico generale di livello locale» e, nel perseguire tali finalità, non esclude la coesistenza tra servizio pubblico (tradizionale) in titolarità pubblica e attività analoghe gestite sul mercato in regime di concorrenza. Non è escluso, infatti, che il servizio pubblico affidato tramite gara o con il

## pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti

meccanismo dell'*in house providing* possa convivere con prestazioni analoghe, offerte dal mercato, ma inadeguate a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, purché vi siano valide ragioni per ritenere necessario anche l'ingaggio diretto dell'ente politico.

In altri termini, così come non appare corretto, dal punto di vista logico, l'argomento che trae dal diritto europeo la necessità di leggere l'art. 41 Cost. come se implicasse un impegno dello Stato a recedere dal mercato<sup>54</sup> o, più in generale, come se introducesse un obbligo per i soggetti pubblici di riconoscere la priorità dell'iniziativa privata<sup>55</sup>, al contempo si ritiene improprio prospettare un regime di esclusiva pubblica in assenza di una norma che ciò imponga, a fronte della necessità di consentire il godimento della libertà costituzionale di cui al comma 1 dell'art. 41 Cost., eventualmente programmata o limitata (con atti aventi forza di legge) a fini sociali o ambientali.

La prospettata interpretazione, pur suggerendo di conservare la nozione soggettiva temperata di servizio pubblico per amore di precisione e di classificazione, tradurrebbe in pratica il principio generale secondo cui la cura dell'interesse comune non è oggetto di monopolio pubblico, permettendo l'affermazione della concorrenza senza in alcun modo limitare o comprimere la scelta politica delle istituzioni pubbliche incaricate della cura di interessi generali.

Peraltro, la contemporanea presenza di concessionari di pubblico servizio e di operatori privati di servizi analoghi o affini è già un dato di fatto consolidato in alcuni settori.

Rappresenta un esempio interessante il campo dei servizi sanitari. Studiando questo comparto, la dottrina<sup>56</sup> ha già ampiamente dimostrato l'esi-

<sup>54</sup> Infatti «L'idea di conferire effettività alla libertà d'impresa privata rendendo l'attività economica pubblica sussidiaria rispetto alle iniziative dei privati, nega alla radice il principio stesso di concorrenza (alle cui distorsioni si afferma di voler porre riparo) togliendo senz'altro di mezzo il concorrente. Questa via è forse più spiccia di quella che passa attraverso adeguate misure di controllo sul comportamento del competitore pubblico, senonché nel quadro costituzionale attuale essa trova un insuperabile ostacolo nell'art. 41 Cost., il cui significato quanto alla coesistenza dell'attività economica pubblica e di quella dei privati non è modificato dal diritto europeo», F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit., 18.

<sup>55</sup> Se non altro perché non vi sono disposizioni europee che richiedano di limitare la presenza dell'iniziativa pubblica nell'economia e, anzi, è noto che l'art. 345 TFUE, replicando la previsione contenuta fin dal primo Trattato CE, afferma l'irrelevanza, per il diritto dell'Unione, della proprietà pubblica o privata. In questo senso ci si basa ancora sul condivisibile giudizio di F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit., par. 7 e 9.

<sup>56</sup> Ci si riferisce all'interessante e articolato lavoro monografico di M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., che offre sul punto numerosi spunti di ragionamento, grazie ad una precisa e meditata esposizione che segue lo sviluppo normativo delle varie possibili

stenza di diverse combinazioni che consentono di integrare le prestazioni rese dal pubblico e quelle fornite dal privato secondo logiche sia di alternanza sia di integrazione che puntano a migliorare l'offerta di prestazioni, cumulativamente considerata, e ad alleggerire il carico sulla spesa pubblica.

Nel mondo della sanità, il ruolo di diversi operatori privati si integra con la presenza di regole pubblicistiche per la fornitura del servizio: esiste quella che è stata definita come l'offerta privata «pura»<sup>57</sup>, cioè inserita nell'ambito del servizio pubblico e retta dalle medesime regole di costo, organizzazione e programmazione di quella pubblica, e vi è anche quella «mista», in cui le prestazioni private non sono rese all'interno del servizio sanitario nazionale e non concorrono a garantire la continuità e l'omogeneità del servizio, pur essendo soggette alla regolazione pubblicistica.

Le peculiarità proprie del servizio pubblico sanitario mettono in luce (non che il servizio pubblico possa essere tale anche in assenza di titolarità pubblica, ma piuttosto) che la coesistenza di azione pubblica e privata può essere, per così dire, «coerenziata» nell'interesse comune.

Vi sono poi altri ambiti in cui la convivenza di regimi, per il medesimo tipo di prestazioni, quella soggetta al servizio pubblico e quella retta dalle dinamiche concorrenziali, è un dato di realtà che però non corrisponde ad una adeguata sistemazione normativa né teorico-concettuale. È il caso, per esempio, degli interventi relativi alle politiche abitative.

L'evoluzione delle politiche pubbliche sulla casa ha fatto emergere la necessità di introdurre, accanto al tradizionale sistema dell'edilizia residenziale pubblica, un modello più flessibile, denominato *housing* sociale, che viene realizzato attraverso l'iniziativa pubblica ma anche grazie al convenzionamento di interventi di edilizia privata, autorizzati a condizione che offrano alla comunità la possibilità di accedere agli alloggi a prezzi o condizioni particolari, determinati dal bisogno sociale<sup>58</sup>.

Un esempio potrà aiutare a chiarire i termini della questione rispetto al tema oggetto di nostra indagine. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in una importante decisione non troppo commentata<sup>59</sup>, ha ritenuto di qualificare come concessione di pubblico servizio l'affidamento disposto dal

combinazioni tra pubblico e privato nel sistema sanitario, anche alla luce delle implicazioni di natura organizzativa e sulla tutela dei diritti costituzionalmente sanciti.

<sup>57</sup> Sempre M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., 52 ss.

<sup>58</sup> V. Domenichelli, *Dall'edilizia popolare ed economica all'edilizia residenziale pubblica*, Padova, Cedam, 1984; ID., *Edilizia residenziale pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, 411 ss.; M. Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, cit., 118 ss.

<sup>59</sup> Cons. St., ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, con nota di G. Balocco, *Il Social Housing e la concessione di servizi: la connotazione giuridica dell'istituto*, in *Urb. app.*, 2014, 672 ss.

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

Comune di Roma ad un operatore economico per (progettare, costruire e) gestire un intero quartiere residenziale destinato ad ospitare edilizia residenziale pubblica e sociale a prezzi convenzionati.

Il ragionamento svolto si è concentrato principalmente sull'oggetto delle prestazioni affidate a terzi e sulla loro utilità sociale, facendo emergere il rilevante vantaggio generale derivante dal servizio di *social housing* e il suo collegamento con il principio solidaristico e l'onere (pubblico) di promuovere azioni che consentano a tutti di godere dei propri diritti civili e politici in condizioni di eguaglianza sostanziale. Da questo punto di vista, ragionando secondo le categorie concettuali dell'autentico servizio pubblico, sono stati ravvisati i presupposti della concessione di pubblico servizio<sup>60</sup>.

Senonché, pur ove si configuri – come nel caso menzionato – l'iniziativa del comune come servizio pubblico, dovrebbe precisarsi che si tratta di un servizio pubblico che però non viene svolto in esclusiva, perché, come si è detto, i servizi di edilizia residenziale sociale vengono offerti anche dai privati, in regime di convenzione, nel territorio di qualsiasi comune.

Ci pare dunque di poter concludere che il regime di privativa non è sempre implicito nella presenza del servizio pubblico e che la tutela della concorrenza può essere promossa anche grazie alla compresenza tra modelli economici e giuridici ispirati da logiche in parte assimilabili e in parte differenti. Senza che ciò debba comportare la riconduzione ad unicità, sotto la categoria del servizio pubblico, di forme di cura del bene comune tra loro decisamente eterogenee.

### **4. La scelta per il pubblico servizio**

Vi è, a questo punto, un ultimo aspetto da indagare per comprendere a fondo il concetto di servizio pubblico, anche alla luce della compresenza tra

<sup>60</sup> Nella seguente affermazione della Plenaria si coglie chiaramente quel legame tra il servizio oggetto di concessione e la natura pubblica del soggetto concedente, coerente con l'ingaggio di quest'ultimo in azioni che ridondano con effetti positivi sulla comunità amministrata e con la tipica funzionalizzazione del potere agli interessi generali: «La finalità dell'*housing* sociale è di migliorare la condizione di queste persone, favorendo la formazione di un contesto abitativo e sociale dignitoso all'interno del quale sia possibile, non solo accedere ad un alloggio adeguato, ma anche a relazioni umane ricche e significative. [...]. L'*housing* sociale si sostanzia in un programma attraverso il quale si progetta di realizzare un insieme di alloggi e servizi, di eseguire azioni e strumenti, tutti rivolti a coloro che non riescono a soddisfare sul mercato il proprio bisogno abitativo, per ragioni economiche o per l'assenza di un'offerta adeguata».

servizio pubblico e attività private di interesse generale per come configurata al paragrafo precedente.

In particolare, occorre domandarsi che cosa possa giustificare l'assunzione in titolarità pubblica di determinate prestazioni, rese con diretta responsabilità dell'amministrazione come titolare del servizio, a maggior ragione ove nel campo interessato siano già presenti attività economiche private o possano svilupparsi nel tempo.

Che cosa sia pubblico servizio non dipende, in effetti, da un catalogo chiuso di attività che devono essere per forza rese in regime pubblicistico, ma è la conseguenza di previsioni normative e di determinazioni amministrative che eventualmente assegnino determinate missioni a certi enti o di scelte politiche adottate con l'obiettivo di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico.

Qualora sia il soggetto pubblico ad ingaggiarsi in un servizio assumendone la titolarità, questo identifica necessariamente determinate prestazioni come funzionali al bene comune; in questo senso, infatti, come si scriveva, l'autentico servizio pubblico si lega al principio solidaristico e al principio di uguaglianza sostanziale, ossia a quell'insieme di azioni positive che consentono alla Repubblica, per il tramite delle organizzazioni di cui consiste, di attuare i programmi previsti in Costituzione.

Ovviamente, il problema di ragionare sui confini di ammissibilità e ragionevolezza del servizio pubblico si pone solo dove non vi sia una norma di legge che espressamente affidi il compito di erogare certi servizi a determinati soggetti pubblici, come avviene invece, per esempio, nel già citato caso del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani secondo la previsione di cui all'art. 198 del testo unico dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Ebbene, se si condivide l'elevata connotazione politica della scelta di operare tramite pubblico servizio, si sarà d'accordo pure sul fatto che il momento della decisione di assumere la titolarità pubblica di un servizio qualificato come pubblico, in assenza di una norma che renda obbligatorio procedere in quel senso, deve necessariamente corrispondere con l'adozione di un atto dal quale si possano evincere, ed eventualmente sindacare, le ragioni di interesse generale sottese alla decisione in questione. È chiaro che la questione riguarda principalmente gli enti locali, posto che, se si tratta di un servizio pubblico nazionale, la via maestra per istituirlo è quella della legislazione primaria. Potrebbe trattarsi, dunque, di una delibera del Consiglio comunale.

La normativa che riguarda la possibilità di istituire servizi pubblici locali dà la prevalenza alle "intenzioni" dell'ente, il quale si determina, nell'ambito delle sue competenze (generali), a provvedere nella gestione di quei

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

servizi che «abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»<sup>61</sup>.

È per questo che il testo unico degli enti locali, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 attribuisce al Consiglio comunale gli atti inerenti alla materia dell'organizzazione dei pubblici servizi, venendo in rilievo scelte fondamentali attinenti alla vita sociale e civile della comunità locale.

Dunque, i margini del sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo di un ente locale che decida di istituire un nuovo servizio pubblico, nella parte in cui abbia valutato la sussistenza delle ragioni di opportunità che inducono ad assumere la titolarità del tale servizio, dovrebbero essere limitati nei termini della sola irragionevolezza. Si osserva, per inciso, che non a caso la casistica giurisprudenziale riguarda prevalentemente impugnazioni (non della costituzione del servizio pubblico, ma) delle modalità di affidamento.

Chi ritiene, valorizzando i vincoli derivanti dal diritto europeo e dai principi di liberalizzazione, che la determinazione di istituire un nuovo pubblico servizio sia espressione di discrezionalità amministrativa<sup>62</sup>, ammette un sindacato limitato a tre parametri: la necessità del servizio, giustificata in situazioni di fallimento del mercato o in assenza di attività rese dal privato; la proporzionalità, dovendosi prevedere regimi che escludano la concorrenza nel mercato solo ove ciò sia inevitabile; e l'effettiva esistenza dell'interesse generale.

Va però osservato che, alla luce della riqualificazione che si è tentato di proporre in questo scritto, che conserva intatta la separazione tra pubblici servizi e servizi privati di interesse generale ma circoscrive i casi di privativa, verrebbe a mutare il significato sia del primo (necessità) sia del secondo (proporzionalità) parametro appena menzionati. Infatti, da un lato, la necessità di istituire un pubblico servizio non dovrebbe necessariamente essere una conseguenza di situazioni di fallimento o di assenza di mercato, potendo ergersi su argomentazioni di carattere politico in senso proprio (e dunque non per forza assecondando la dinamica dell'alternanza – o della gerarchizzazione – tra iniziativa pubblica e privata) e, dall'altro, la possibile (e

<sup>61</sup> Il d.lgs. n. 267/2000 riprende sul punto la disciplina previgente, prevedendo che “gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” (art. 112 del TUEL).

<sup>62</sup> In questi termini si è espresso, ad esempio, F. Merloni, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 623 ss.

finanche auspicabile) coesistenza tra pubblico servizio e attività economiche modificherebbe l'intensità del controllo di proporzionalità.

Con riferimento, invece, ai parametri di costituzionalità della legislazione che preveda di ascrivere certe prestazioni nel rango dei pubblici servizi, la Corte costituzionale ha già chiarito, nella recente sentenza n. 103 del 2020<sup>63</sup>, in relazione ad una legge della provincia autonoma di Bolzano in merito agli impianti di risalita a fune, che cosa possa essere legittimamente assorbito nella logica del servizio pubblico.

Nel caso esaminato, la normativa prevedeva due categorie di funivie, una assoggettata al regime del servizio pubblico, l'altra ricompresa nella libera attività economica privata, per la quale occorre che gli operatori privati richiedessero solo una apposita autorizzazione.

Più in particolare, secondo la normativa applicabile, le funivie, genericamente indicate come «in servizio pubblico», si distinguevano in tre categorie: «impianti a fune in servizio di trasporto pubblico generale che costituiscono, da soli o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi, e che sono realizzati con veicoli chiusi aventi le caratteristiche fissate con regolamento di esecuzione»; «impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo», a loro volta suddivisi in subcategorie; «sciovie ad uso sportivo e turistico-ricreativo» che non facevano parte di un sistema di linee collegate o interdipendenti tra loro.

Approfondendo il trattamento normativo di queste categorie, nel giudizio della Corte è emerso che mentre le funivie «in servizio pubblico» di prima categoria potevano coincidere coi servizi di trasporto locale e facevano parte dei servizi integrati provinciali, con conseguente necessaria indicazione delle procedure di evidenza pubblica per la selezione del concessionario, le funivie di seconda e terza categoria (impianti ad uso turistico e sportivo) non erano trattate come autentici servizi pubblici, difettando il requisito della titolarità pubblica e potendo essere gestite semplicemente grazie all'ottenimento di una autorizzazione.

Dunque, la Corte ha dedotto dall'analisi delle fattispecie previste dalla normativa e dalla *ratio* sottostante che non tutti gli impianti a fune destinati, secondo la terminologia impiegata dalla legge regionale, «al pubblico esercizio» potevano essere qualificati come pubblici servizi. Infatti, mentre tutti gli interventi previsti erano assoggettati a pregnanti controlli sull'esercizio a

<sup>63</sup> Corte Costituzionale, 3 giugno 2020, n. 103, con nota di S. Foà, S. Carlucci, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 6, 326 ss.



## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

tutela della pubblica incolumità (ora in regime di concessione, ora in regime di autorizzazione), solo alcuni avevano le caratteristiche della doverosità, capace di giustificare un onere e una responsabilità del soggetto pubblico.

Si noti che, nella operazione di *finium regundorum* operata dalla Consulta, non è stata considerata decisiva l'espressione contenuta nella normativa analizzata, che racchiudeva la gestione di tutti gli impianti a fune all'interno della categoria dei «servizi pubblici svolti nell'interesse generale». A riguardo, la Corte ha indagato lo scopo sotteso alla previsione di tale unica categoria, ravvisandolo nell'intenzione di ammettere i contributi finanziari assicurati dalla provincia per tutti gli impianti a fune, a prescindere dalla titolarità pubblica o privata. In quest'ottica, ha precisato sempre la Corte, ove tali contributi fossero stati destinati ad attività private, essi dovevano essere interpretati come misure di sostegno economico ad una iniziativa imprenditoriale, considerata di interesse per l'economia, anche al di fuori del regime del pubblico servizio.

Al di là delle parole impiegate dalla normativa esaminata, che la Corte ha qualificato come «equivoci indicatori terminologici», la valutazione del giudice costituzionale ha indagato, applicando alla lettera i criteri della interpretazione soggettiva, in quali ambiti l'ente locale considerasse il trasporto di persone mediante impianti a fune «come un proprio compito, da realizzare per mezzo di imprese legate [...] da contratti di concessione».

In linea generale, possiamo ora concludere sulla questione sollevata in questo paragrafo ritenendo che la strategia politica, incarnata nella legge o in altro atto a rilevanza generale che attragga un insieme di prestazioni nella cerchia del servizio pubblico e, di conseguenza, in quella delle responsabilità istituzionali dell'ente che ha avallato le politiche che portano all'interno della sfera dei doveri di chi governa il bene comune, esclude che esista un servizio pubblico “in natura”. Al contrario, esiste quel servizio pubblico che risulti “dal diritto”, appunto inteso come quadro normativo o regolamentare che definisce i confini delle funzioni dell'ente dotato di rappresentatività politica.

E, difatti, come ricorda la Corte costituzionale nel caso appena citato, «la qualificazione in termini di servizio pubblico locale di rilevanza economica ai sensi della legislazione nazionale [...] non dipend[e] tanto dalla natura dell'attività svolta, quanto dalla circostanza che l'ente pubblico abbia in concreto inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati; responsabilità che poi potrà essere svolta in proprio, ovvero attraverso affidamenti cosiddetti *in house*, o ancora delegandone l'esercizio a imprese private mediante contratti di concessione».

Ne segue che il compito dell'interprete non è sostituire le proprie

valutazioni a quelle dell'ente pubblico, oppure verificare se prestazioni analoghe siano presenti sul mercato in concorrenza, ma consiste nel rintracciare la volontà del titolare della funzione pubblica, senza (possibilmente) frantumare le distinzioni che esistono nel diritto pubblico dell'economia.

## 5. Conclusione: le scelte di metodo nel diritto amministrativo

Tutti i problemi a cui sinora si è fatto cenno derivano dal fatto che trattare il tema dei servizi pubblici non significa solo interpretare una norma, o un insieme di norme, che ci offrano una definizione attorno alla quale speculare.

Peraltro, il concetto è dato come per presupposto in una serie di previsioni che declinano procedure, facoltà, diritti e vincoli per l'affidamento e l'esercizio di prestazioni che possano qualificarsi come tali.

Emblematica, a tale riguardo, la tecnica utilizzata dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nel quale l'espressione di servizio pubblico locale compare diverse volte, con la sfumatura dei servizi «a rilevanza economica» all'art. 113, con quella dei servizi «indispensabili» all'art. 149, ma non in una norma che precisi la nozione. Così, per esempio, l'art. 113 declina le modalità di affidamento dei «servizi pubblici locali» senza precisare quando ci si trovi di fronte ad un'attività qualificabile in siffatti termini.

I confini terminologici del pubblico servizio restano dunque affidati all'interpretazione giuridica e la nozione di cui ci stiamo occupando è “mobile” e comporta che ci si accordi sul contenuto che, via via, ad essa si decida convenzionalmente di attribuire<sup>64</sup>.

Per la verità, non è che l'assenza di una compiuta definizione del concetto di servizio pubblico e, insieme, l'utilizzo della categoria, pur nella sua indefinitezza, all'interno delle norme vigenti, siano insolite al diritto amministrativo.

La cosa non dovrebbe stupire più di tanto, essendo coerente con le peculiarità della materia, nel senso che, nell'ambito di nostro interesse, la codificazione è prevalentemente di tipo procedurale, mentre i pilastri concettuali assiologici sono perlopiù lasciati ad espressioni libere di evolversi all'interno del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non incastonate nel

<sup>64</sup> Ragiona attorno ad una nuova dogmatica del diritto amministrativo, L. Torchia, *Studiare il diritto amministrativo oggi*, in *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2017, 7 ss.

## **pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti**

diritto positivo. È così, per esempio, per l'interesse legittimo, per la discrezionalità amministrativa, per l'interesse pubblico.

Del resto, in ciò sta la capacità del diritto amministrativo di resistere ai cambiamenti nelle modalità di gestione del potere pubblico e della società, senza dover mutare la propria grammatica di base, ma sviluppandola, a livello dogmatico, coerentemente con il variare del contesto e sulla base dell'esperienza della pratica giuridica. Così, la longevità dell'istituto di cui ci siamo occupati deriva dal fatto che esso viene prima delle norme che ne disciplinano il regime, restando nella teorica della scienza giuridica anche dopo che quelle norme verranno abrogate o modificate.

In ogni caso, la laconicità dei riferimenti normativi rende inevitabile, per lo studioso, compiere una scelta sul metodo del proprio approccio.

A riguardo, si confessa di non ritenere corretto tirare in campo il diritto europeo come sostituto dogmatico dei concetti propri dei sistemi giuridici nazionali, semplicemente perché nemmeno ne avrebbe la legittimazione istituzionale; la frammentazione di situazioni regolate in parte dal diritto interno e in parte dal diritto sovranazionale non autorizza, in altri termini, a scambiare i pilastri concettuali di un ordinamento con quelli dell'altro<sup>65</sup>. Quanto alla tutela della concorrenza, trasformata da mezzo a fine dell'ordinamento – in un processo reso quasi ovvio, mentre ovvio non è affatto – si ritiene necessario rammentare che le linee dell'intervento pubblico nell'economia non devono essere rappresentate come antagoniste al mercato perché riguardano un oggetto differente (ben più ampio e con maggiori implicazioni).

Quanto alle preferenze interpretative, si ammette di prediligere una catalogazione che sappia premiare il dettaglio e così la precisione.

Settato il metodo e chiarito l'approccio, allo studioso che voglia trattare dei pubblici servizi locali non mancherà più una trama normativa con la quale cimentarsi, cercando significati espressi, ricostruendo logiche implicite e svelando coerenze od incoerenze. Ogni lavoro sarà tempo ben speso, perché dedicato a ricostruire un sistema che rappresenta un modello di azione per l'affermazione dei principi di solidarietà che caratterizzano la nostra Repubblica, oltre che la cultura e la politica europea.

<sup>65</sup> Sia consentito rinviare a S.Valaguzza, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 281 ss.

*Abstract*

*The contribution can be considered part of the broader scientific debate on the definition of public service. This essay aims at reconciling the political nature inherent in the public service regime with the freedom of private economic initiative. In doing so, the paper starts with a reflection on the meaning of legal monopoly and exclusive rights, that are traditionally considered immanent to public service. This way, the contribution intends to demonstrate the possible coexistence of different methods: that of public service and that of economic activity of general interest. In fact, the latter, although their own logics, are not necessarily antagonistic, but rather reconcilable and synergic.*

KLAUDIA KURCANI

## LA GESTIONE DELLA RETE AUTOSTRADALE: QUALE RUOLO PER LO STATO?\*

SOMMARIO: 1. La rete autostradale: un inquadramento generale. – 2. La concessione autostradale come strumento di gestione delle autostrade tra diritto comune e specialità. – 3. Le forme di gestione della rete autostradale. – 3.1. L'affidamento della concessione previa gara pubblica: profili strategici e problemi applicativi. – 3.2. La gestione *in house*: una vera alternativa alla gara? – 4. Il ruolo dello Stato nella gestione della rete autostradale: ciclico ritorno o eterna presenza? – 5. Alcune considerazioni conclusive sul ruolo dello Stato.

### 1. La rete autostradale: un inquadramento generale

Quando si pensa alle autostrade l'attenzione si concentra per lo più sul servizio che queste offrono alla collettività, ovvero quello di trasporto di merci e persone, mentre passa in secondo piano il profilo gestorio che governa il settore<sup>1</sup>. Si tende cioè a focalizzarsi a valle del sistema, piuttosto che a monte di questo.

Le previsioni adottate in materia di infrastrutture autostradali sono molte e si sono negli anni succedute, rendendo quello che avrebbe potuto

\* L'articolo è stato redatto in data antecedente alla adozione dello schema del codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato e trasmesso al governo il 7 dicembre 2022, in attuazione dell'art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al governo in materia di contratti pubblici».

<sup>1</sup> La letteratura in tema è copiosa. Si rinvia, senza pretese di esaustività, a: A.M. Sandulli, *Autostrada*, in *Enc. dir.*, ad vocem, Milano, Giuffrè, 1959, 525 ss.; C. Talice, *Strade*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 1111 ss.; M. Ragozzino, *Strade e autostrade*, in *Enc. giur.*, ad vocem, Roma, 1993, 1 ss.; G. Pasquini, *Strade e circolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2006, 5782 ss.; L. Orusa, *Strade e autostrade*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, Utet, 2008, 124 ss.; G. Ragozzini, *I signori delle autostrade*, Bologna, il Mulino, 2008; *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, a cura di L. Saltari e A. Tonetti, Milano, Giuffrè, 2017; *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, a cura di G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Gianì e A. Police, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; G. Pipherata, *Infrastrutture, strade e mobilità*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2022, 685 ss.

(e, forse, dovuto) essere un impianto normativo chiaro in un panorama caratterizzato da una pluralità di previsioni che tra loro si intrecciano<sup>2</sup>.

Le autostrade sono una infrastruttura di trasporto che consente lo spostamento e l'interconnessione tra posti diversi e di merci e persone<sup>3</sup>. Presenta contorni ancora ad oggi attuali la definizione offerta dalla dottrina del secolo scorso, la quale le descriveva come «vie di comunicazione riservate al traffico automobilistico. Esse occupano ormai un posto di primissimo ordine nel sistema dei trasporti dei Paesi civili»<sup>4</sup>.

In questo contesto, un ruolo fondamentale riveste la gestione delle reti, la quale oltre a presentare nodi problematici e ancora molte incognite<sup>5</sup>, si caratterizza per il fatto che pubblico e privato coesistono con indubbie criticità<sup>6</sup>. Risulta infatti ancora ad oggi difficile comprendere se la gestione

<sup>2</sup> Per una accurata ricostruzione dell'evoluzione storica e normativa del settore autostradale si v. L. Saltari e A. Tonetti, *Origine e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., 24 ss.

<sup>3</sup> La rete autostradale in Italia ha un'estensione di circa 7.000 km. Più in generale sulle infrastrutture, con specifico riferimento a quelle di trasporto: N. Rangone, *Trasporti di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*<sup>2</sup>, *Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2275 ss.; A. Mari, *Le infrastrutture*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., II, 1861 ss.; A. Boitani, *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Bologna, il Mulino, 2006, 185 ss.; *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, Bologna, il Mulino, 2009; Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione, Seminari e convegni*, n. 7, Roma, 2011. Sul rapporto tra infrastrutture e crescita economica, si v. *L'ammodernamento delle grandi reti. Risorse, strumenti e procedure*, a cura di S. Cassese e A. Grassini, Roma, Editore SIPI, 1990; G. Marzi, L. Prosperetti e G. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, il Mulino, 2001; E. Picozza, *Le concessioni di trasporti tra identità nazionale e regole comunitarie*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 191 ss.; G. Piperata, *Infrastrutture e crescita economica. Alla ricerca di nuovi modelli*, in questa *Rivista*, 2013, III ss.; A. Police, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del project financing e dei project bonds*, in questa *Rivista*, 2013, 221 ss. Sul profilo dei finanziamenti, M. Committeri, *Investire in Italia? Risultati di una recente indagine empirica*, Banca d'Italia, Temi di discussione, 2004, n. 491; A. Tonetti, *Il finanziamento delle infrastrutture*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 249 ss.; Rapporto Assonime, *Politica delle infrastrutture e degli investimenti: come migliorare il contesto italiano*, 2018.

<sup>4</sup> Così A.M. Sandulli, *Autostrada*, cit., 525.

<sup>5</sup> Le autostrade sono una infrastruttura a rete. Sulle caratteristiche delle infrastrutture a rete, cfr. P.M. Manacorda e C. De Vincenti, *Introduzione*, in *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, a cura di P.M. Manacorda, Firenze, Passigli Editori, 2010, 23 ss.; F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005; F. di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008; G. della Cananea, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in questa *Rivista*, 2011, 103 ss.; G. Piperata, *Infrastrutture, strade, mobilità*, cit., 685 ss.

<sup>6</sup> Sulla presenza pubblica e privata si v. G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto am-*

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

della rete autostradale sia in mano al pubblico o al privato e questo, come si vedrà, per una pluralità di ragioni.

Il presente lavoro intende così ricostruire il regime gestorio delle reti autostradali, partendo da un inquadramento della concessione autostradale e giungendo a delimitare la presenza pubblica e privata nel settore. L'attuale codice dei contratti pubblici contiene peraltro una apposita disciplina sulle concessioni autostradali, la quale si premura di cristallizzare quelle che erano regole già affermatesi nella prassi, promuovendo una maggiore apertura del mercato alla concorrenza ed introducendo un espresso divieto di proroga<sup>7</sup>: è così che accanto alla possibilità di aggiudicare la concessione previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica si pone la possibilità di procedere con l'affidamento *in house*. L'ordinamento delinea in questo modo due differenti modalità di gestione, le quali presentano contorni peculiari e tra loro molto diversi: in un caso, infatti, si decide di affidare la gestione (e, in taluni casi, anche la realizzazione) della rete a seguito di una valutazione comparativa e ad un operatore economico (tendenzialmente) privato; nell'altro, invece, è l'amministrazione ad occuparsi del servizio, internalizzandone la gestione.

Apparentemente sembra che non vi siano ragioni che portino a scegliere l'una o l'altra modalità: proprio per questo motivo, si esamineranno i limiti e le opportunità nel propendere per una o l'altra forma di gestione.

Al contempo, però, non potranno essere sottaciute le evidenti criticità del sistema, il quale sembra ancora restio ad applicare i principi euro-unitari e, segnatamente, il principio di concorrenza, e ciò è evidente se si considera che le concessioni in corso sono state affidate senza l'espletamento di una gara e che quelle in procinto di scadere continuano ad essere indebitamente prorogate. Si registra, così, una sorta di tensione tra pratiche tradizionali e spinte innovative.

Una cosa, però, è certa: il settore autostradale rappresenta il banco di prova che consente di tratteggiare i (mobili<sup>8</sup>) confini tra pubblico e privato

*ministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003. Più in generale, sul concetto di pubblico, O. Ranelletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 327 ss.

<sup>7</sup> Nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, predisposto in attuazione dell'art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici», e che dovrebbe entrare in vigore il 1 aprile 2023 non si rinviene invece alcuna norma relativa alle concessioni autostradali.

<sup>8</sup> Sovviene il riferimento al ricorrente «smottamento della faglia sui cui è poggiato il rapporto diritto pubblico/diritto privato nel regime dei contratti pubblici» a cui fa riferimento A. Massera in *Notarelle sui contratti come modalità e strumento di amministrazione*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di B. Marchetti e G. Falcon, Padova, Cedam, 249 ss., spec. 266-267.

e di cogliere il ciclico ritorno (o, forse, la perenne presenza) dello Stato nella gestione delle infrastrutture di trasporto.

## 2. La concessione autostradale come strumento di gestione delle autostrade tra diritto comune e specialità

Punto imprescindibile da cui conviene prendere le mosse consiste nell'inquadrare lo strumento impiegato per la gestione della rete autostradale (quello concessorio), ponendo l'accento su alcuni profili peculiari delle concessioni autostradali, dai quali emerge la loro natura "ibrida"<sup>9</sup>.

La concessione nasce come un atto di benevolenza sovrana, ovvero un atto con carattere ampiamente discrezionale rispetto al quale il privato non può vantare alcun diritto in senso proprio e da cui derivano, in capo a questo, facoltà compenstrate con l'interesse pubblico<sup>10</sup>.

Nel settore autostradale, la concessione ha rappresentato il principale strumento di gestione<sup>11</sup>, il quale si è sviluppato nel corso degli anni Venti del secolo scorso, sulla falsariga delle concessioni ferroviarie<sup>12</sup>. Le concessioni

<sup>9</sup> Questa l'espressione impiegata da L. Saltari nel suo contributo *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1129. L'a. sottolinea come l'istituto delle concessioni autostradali «si caratterizzi per la loro sfuggente natura giuridica tra pubblico e privato: cangiante dietro la sua apparente continuità».

<sup>10</sup> Sull'istituto delle concessioni, si rinvia a O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 25 ss.; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, *passim*; M. D'Alberti, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 2 ss.; D. Sorace e C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, 280 ss. Cfr. anche R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998; B. Mamelì, *Concessioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, cit., 1111 ss.; F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 250 ss.; B. Tonetti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008. Per un'accurata ricostruzione del regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio si v. A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss.

<sup>11</sup> Sulle concessioni autostradali si v. G. Torregrossa, *La concessione autostradale nel sistema generale della concessione*, in *Dir. soc.*, 1987, 1 ss. e, più recentemente, A. Carbone, *La gestione delle infrastrutture stradali e autostradali*, in *giustamm.*, 2016, 13 ss.; L. Saltari, *Nelle autostrade si può fare a meno delle concessioni?*, in questa *Rivista*, 2018, V ss.; S. Cimini, *Il regime giuridico delle concessioni autostradali*, in *Nuove autonomie*, 2018, 237 ss.; G. Profeta, *La fisionomia delle concessioni autostradali: un pendolo tra pubblico e privato*, in *federalismi.it*, 2020, 210 ss.; M. Macchia, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, in *federalismi.it*, 2020, 49 ss.

<sup>12</sup> La prima concessione, avente ad oggetto la costruzione e l'esercizio dell'autostrada, è stata affidata nel 1923 dall'allora Ministro dei lavori pubblici ad una società privata, la



## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

hanno consentito l'afflusso di capitali di investimento, al fine di fare fronte ai limiti del bilancio dello Stato e alle gestioni pubbliche, rivelatesi problematiche<sup>13</sup>. In questo modo, ci si è avvalsi «dell'operatività di imprese private in luogo di gestioni pubbliche meno efficienti, senza dover rinunciare alla difesa di interessi pubblici»<sup>14</sup>. Il privato si impegna, infatti, a mettere a disposizione le risorse finanziarie, assumendosi l'obbligo di assicurare un servizio alla collettività e ricevendo come contropartita i pedaggi degli utenti.

I processi di privatizzazione<sup>15</sup> e liberalizzazione<sup>16</sup> promossi a livello sovranazionale, prima, e nazionale, poi, hanno profondamente inciso sui caratteri delle concessioni, e a seguito di questi i profili pubblicistici sembrano sbiadire e quelli privatistici rinvigorire<sup>17</sup>.

A livello sovranazionale, è stata la dir. 2014/23/Ue a codificare in modo compiuto lo strumento concessorio; in precedenza, infatti, il legislatore sovranazionale aveva adottato previsioni per lo più parcellizzate e non unitarie<sup>18</sup>. Un riferimento a queste si rinviene in una comunicazione interpretativa della Commissione europea, la quale, però, ha impostato la questione assumendo quale angolo prospettico quello relativo all'applicazione degli istituti pro-concorrenziali, senza approfondire il profilo relativo alla natura

Società anonima autostrade (SAA). Per una ricostruzione in tali termini si v. L. Saltari e A. Tonetti, *Origine e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in *Il regime giuridico delle autostrade.*, cit., 24 ss.

<sup>13</sup> L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit., 1128.

<sup>14</sup> Queste le parole di L. Saltari, *Un quadro d'insieme*, in *Il regime giuridico delle concessioni autostradali*, cit., 301-302.

<sup>15</sup> Sui processi di privatizzazione: S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2 ss.; M. d'Alberti, *Possibili destini delle privatizzazioni in Italia*, in *Pol. ec.*, 1993, 34 ss.; M. Clarich, *Privatizzazione e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 250 ss.; A. Boitani e A. Petretto, *Privatizzazione e autorità di regolazione dei servizi di pubblicità utilità*, in *Pol. ec.*, 1999, 271 ss.; *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, a cura di M. Cammelli e G. Scullo, Rimini, Santarcangelo di Romagna, 2004; F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.

<sup>16</sup> Sui processi di liberalizzazione, M. d'Alberti, *La liberalizzazione dei servizi. Passi successivi*, in *Econ. serv.*, 2007, 9 ss.; M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, 516 ss.; *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi: atti del 17° Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013.

<sup>17</sup> Sul punto si rinvia a S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 1996, 5 ss. e G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 629 ss.

<sup>18</sup> Le dir. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce hanno avuto il merito di individuare, accanto ai contratti di appalto, la figura del contratto di concessione di lavori e servizi. Cfr. in particolare l'art. 1, par. 4, dir. 2004/18/Ce.

giuridica delle concessioni<sup>19</sup>. Ancora meno attenzione è stata poi prestata al settore autostradale, il quale «è solo lambito dall'ordinamento europeo che non si è mai proposto di armonizzarne il regime giuridico»<sup>20</sup>. È lo stesso legislatore a riconoscere l'assenza di «una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione»<sup>21</sup>.

Le concessioni (anche quelle autostradali) vengono pertanto ricondotte nel novero dei contratti<sup>22</sup> e così facendo muta la *ratio* dell'istituto concessorio. Il concedente ed il concessionario, infatti, sono posti (almeno formalmente) sullo stesso piano e la concessione viene affidata previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica. Si assiste, così, ad un superamento «della tradizionale e storica collocazione delle concessioni nel quadro dei profili pubblicistici, connessi alla sua natura di mezzo idoneo a trasferire al privato poteri e facoltà dell'amministrazione, (che) ha fatto di esse uno strumento penetrante di intervento pubblico nell'economia»<sup>23</sup>.

Senonché la riconduzione della concessione (e segnatamente di quella autostradale), nel novero contrattuale sembra apparire eccessivamente semplicistica e questo per più ordini di ragioni. In primo luogo, non tiene conto della imprescindibile funzionalizzazione del rapporto concessorio e del necessario ed inevitabile perseguimento dell'interesse pubblico<sup>24</sup>. Tale ricostruzione, poi, sembra ricollegare la natura privata della concessione, da un

<sup>19</sup> C. Guccione, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1253 ss.

<sup>20</sup> L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo*, cit., 1129. Si v. anche L. Saltari e A. Tonetti, *Concessioni autostradali*, in M.A. Sandulli e R. de Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, V, *Concessioni di lavori e servizi. Partenariati. Precontenzioso e contenzioso*, Milano, Giuffrè, 2019, 166 ss.

<sup>21</sup> Considerando n. 1 della dir. 2014/23/Ue. Più in generale, sulla direttiva concessioni, M. Ricchi, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 741 ss.

<sup>22</sup> Su tale inversione di tendenza si v. S. Cassese, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 303 ss., spec. 306, il quale sottolinea come «l'atto unilaterale per eccellenza, la concessione, diventa contratto di concessione e viene affidato sulla base di una procedura di evidenza pubblica, invece che con procedure unilaterali. Ne risulta diminuita la discrezionalità amministrativa, ma cambia anche la natura stessa dell'atto, da provvedimento sovrano a modulo contrattuale. Il potere dello Stato di organizzare i servizi pubblici resta, ma va esercitato mediante procedure trasparenti che rispettano la libertà di accesso. Si passa dall'autoritatività alla *light regulation*».

<sup>23</sup> Così, A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127 ss.

<sup>24</sup> Sul tema della funzionalizzazione: M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; S. Vinti, *Limiti funzio-*

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

lato, alle modalità di individuazione del concessionario (l'evidenza pubblica) più che alla natura dell'attività affidata per il suo tramite, che nella maggior parte dei casi permane pubblica<sup>25</sup>, e, dall'altro, alla sostanziale equiparazione delle posizioni di concedente e concessionario, pur con le loro fisiologiche differenze di ruolo. Ebbene, se in questa nuova figura i profili pubblicistici sembrano sbiadire, arrivando finanche a scomparire, lo stesso non può dirsi per le concessioni attualmente in corso. Queste, infatti, sono state affidate molti anni fa, senza l'esplicitamento di una procedura ad evidenza pubblica e rappresentano scelte autoritative del potere pubblico<sup>26</sup>.

Ma, a parere di chi scrive, vi sono degli elementi delle concessioni autostradali che rendono incompressibile l'impronta pubblicistica, non potendo questa essere cancellata dall'involucro privatistico che lo racchiude. In primo luogo, questa affermazione si giustifica considerando la peculiarità dell'oggetto della concessione: il concessionario è infatti chiamato ad operare in un mercato che presenta i contorni di un monopolio naturale e ad erogare un servizio pubblico di mobilità. La concessione attribuisce così un diritto esclusivo ad un operatore economico, a cui viene affidato il compito di realizzare e gestire l'opera in condizioni di monopolio. Ciò comporta, necessariamente, il trasferimento in capo al privato di poteri e facoltà riconducibili a quelli di una amministrazione: il concessionario deve sottostare «a specifici obblighi analoghi a quelli del pubblico, come la certificazione di bilancio, i requisiti di solidità patrimoniale, di onorabilità, professionalità e indipendenza per gli amministratori, così come soggiacere ai poteri ispettivi dell'apparato ministeriale»<sup>27</sup>.

Così inquadrata la questione, è evidente come questo potrebbe a tutti gli effetti equipararsi ad una amministrazione, che opera in un mercato mo-

*nali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008.

<sup>25</sup> Tale profilo è evidente nel settore autostradale, nel quale i concessionari sono chiamati ad erogare un servizio pubblico di mobilità. La giurisprudenza ha infatti osservato come la società concessionaria «pur avendo natura di diritto privato, svolge un'attività, nell'ambito di un regime di concessione amministrativa, che si connota per il raggiungimento di finalità oggettivamente pubbliche quali sono quelle della costruzione e gestione delle autostrade» (TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 maggio 2016, n. 5737). Più recentemente, il TAR Toscana, con sentenza del 16 giugno 2022, n. 804, ha osservato che «i concessionari autostradali sono sia concessionari di costruzione e gestione di opere pubbliche, sia concessionari di un servizio pubblico [...]».

<sup>26</sup> Sul punto si v. G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.

<sup>27</sup> M. Macchia, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, cit., 51.

nopolistico e a cui è trasferito sia il rischio di impresa (*rectius*, rischio traffico<sup>28</sup>), sia il dovere di creare artificialmente un mercato concorrenziale. Si pensi, ad esempio, alle procedure di evidenza pubblica che il concessionario deve organizzare per l'affidamento della gestione delle aree di servizio per le attività *oil*<sup>29</sup> e *non oil* (ossia i servizi di ristorazione) pertinenti all'infrastruttura<sup>30</sup>.

La giurisprudenza ha sul punto chiarito come l'affidamento da parte del concessionario a terzi della gestione dei servizi di ristoro e rifornimento nelle aree di servizio «costituisce “affidamento di un pubblico servizio” in quanto consustanziale al potere (e ai relativi oneri) di gestione del bene pubblico e dei connessi servizi a favore dell'utenza derivanti al concessionario autostradale dal provvedimento concessorio e dalla conseguente convenzio-

<sup>28</sup> Il considerando n. 17 della dir. 2014/23/UE prevede che «il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio». Sul rischio di gestione economica si v. C. giust. CE, sez. III, 27 ottobre 2005, in C-234/2003, nella quale i giudici sottolineano che «Il rischio di gestione economica, che caratterizza la concessione di servizi, deve essere inteso come esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio». Tale rischio, però, si presenta in concreto molto basso e questo perché il concessionario è tenuto a gestire un servizio pubblico di mobilità.

<sup>29</sup> Cfr. atto di indirizzo del MIT e del MISE del 29 marzo 2013 sull'«Individuazione di criteri per l'affidamento di servizi di distribuzione di carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio della rete autostradale».

<sup>30</sup> L'art. 2, c. 2, d.l. 10 settembre 2021, n. 121, ha disposto che «In considerazione del calo di traffico registrato sulle autostrade italiane derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 e dalle relative misure di limitazione del contagio adottate dallo Stato e dalle regioni, al fine di contenere i conseguenti effetti economici e di salvaguardare i livelli occupazionali, è prorogata di due anni la durata delle concessioni in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, relative ai servizi di distribuzione di carbolubrificanti e ai servizi di ristoro sulla rete autostradale». Più in generale, sull'obbligo di esternalizzare i servizi si ricorda come la Consulta, nella sent. 23 novembre 2021, n. 218, abbia osservato che «la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione – mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società in house o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento – costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11 del 2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.».

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

ne di concessione»<sup>31</sup>. In un rapporto privatistico, un tale obbligo non sarebbe pensabile.

La Corte di cassazione ha poi distinto l'affidamento dei servizi *oil* da quelli *non oil*, sottolineando come i primi siano «necessariamente collegati con la funzione pubblica dell'efficienza e della sicurezza della circolazione sui tratti autostradali», mentre i secondi rappresentino «una vicenda in tutto privatistica e di natura prettamente commerciale, indubbiamente accessoria rispetto all'attività di erogazione del servizio autostradale, ma altrettanto certamente estranea allo specifico oggetto pubblicistico della concessione che di esso costituiva mero presupposto»<sup>32</sup>. L'oggetto della concessione non perde così i suoi connotati pubblicistici. Verrebbe quindi spontaneo chiedersi se la concessione autostradale «non reca una incomprimibile dimensione pubblicistica da ricondursi alla regolazione dell'attività svolta dal concessionario-monopolista di un servizio pubblico»<sup>33</sup>, con la conseguenza che la sua riconduzione nel novero dei contratti rischia di apparire eccessivamente semplicistica e di non tenere in adeguata considerazione i profili pubblicistici che fisiologicamente sono propri di tale strumento.

In questa cornice, le concessioni autostradali sembrano porsi al crocevia tra diritto comune e specialità, assumendo i contorni di un istituto dai tratti peculiari che non consentono di ricondurlo né in una né nell'altra categoria, finendo queste per rappresentare un *genus* dotato di una propria autonomia. Alla medesima sorte sembra andare incontro anche la convenzione che accede alla concessione; sul punto è stato infatti osservato che «la convenzione è un contratto ma non perde i connotati di un provvedimento “a formazione progressiva”, in parte negoziato col destinatario. Essa è più l'espressione dell'esercizio di poteri amministrativi che la manifestazione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione concedente»<sup>34</sup>. Ciò, del resto, non sembra che confermare la specialità del settore autostradale.

<sup>31</sup> Cons. St., sez. V, 20 settembre 2021, 6402.

<sup>32</sup> Cass., sez. un., 30 aprile 2019, n. 11508, la quale si è pronunciata su un ricorso per cassazione in materia di giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato 13 luglio 2017, n. 3446.

<sup>33</sup> L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit., 1130. L'a. si chiede se le tecniche privatistiche riescano «ad incidere nelle scelte delle concessionarie assicurando la cura degli interessi collettivi oppure si mostrano insufficienti rispetto all'obiettivo di giungere al migliore equilibrio tra l'affidamento del privato e il conseguimento degli obiettivi pubblicistici» (1146).

<sup>34</sup> In questi termini L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit., 1135, il quale osserva come «sebbene la convenzione sia un contratto negoziato e sottoscritto tra due parti (il concedente e il concessionario), la volontà del soggetto pubblico si perfeziona a seguito di un procedimento di particolare complessità in cui molteplici organi pubblici

### 3. Le forme di gestione della rete autostradale

#### 3.1. L'affidamento della concessione previa gara pubblica: profili strategici e problemi applicativi

Dopo aver esaminato lo strumento impiegato per la gestione del settore, appare ora opportuno soffermarsi sul regime gestorio delle reti autostradali.

I profili gestori trovano ora una compiuta disciplina nel codice dei contratti pubblici: il legislatore nazionale, infatti, in recepimento delle dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE<sup>35</sup>, ha adottato il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale, a differenza del passato, introduce una apposita disposizione sulle concessioni autostradali.

È in questo panorama che si inserisce l'art. 178, d.lgs. n. 50/2016, che delinea «una disciplina di nuovo conio dedicata ai concessionari autostradali»<sup>36</sup>, individuando due modalità di gestione: la procedura ad evidenza pubblica e l'affidamento *in house*. Se l'amministrazione intende esternalizzare la prestazione e rivolgersi al mercato, deve procedere all'affidamento della concessione mediante gara pubblica; in alternativa, il concedente procede con l'affidamento *in house*<sup>37</sup>. Dal dato normativo, non emerge alcuna predilezione per la gestione pubblica o privata: l'amministrazione concedente è pertanto libera di propendere per l'una o l'altra forma gestoria.

Per quanto riguarda le procedure di scelta del concessionario, queste variano a seconda che la costruzione dell'opera sia avvenuta o meno. Per la sola gestione dell'opera, le procedure sono disciplinate dall'art. 178<sup>38</sup>, il quale

intervengono integrando o modificando unilateralmente aspetti del rapporto contrattuale». Sul punto, si rinvia alle considerazioni effettuate dall'a. sulla specialità delle concessioni autostradali.

<sup>35</sup> Per una analisi delle direttive del 2014, con specifico riguardo alla direttiva concessioni, si v. F. Martines, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 3 giugno 2015; G. Greco, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 741 ss.; V. Ferraro, *La concessione e il diritto europeo. Il complesso equilibrio tra tutela della concorrenza e la "specialità" del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 259 ss. e, ancora, U. Realfonzo, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016, 4.

<sup>36</sup> Così, M. Macchia, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, cit., 58.

<sup>37</sup> L'art. 178, c. 1, riconosce in ogni caso la possibilità di procedere con l'affidamento *in house* e in questo ultimo caso si applicano le previsioni di cui all'art. 5, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>38</sup> Come sottolineato da Cons. St., sez. V, ord. 6 novembre 2019, n. 7587, «L'art. 178, del d.lgs. n. 50/2016 è disposizione che non trova immediato riscontro nella dir. 2014/23/

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

distingue tra regime ordinario e regime transitorio e prospetta tre differenti casi: concessioni scadute, concessioni in scadenza nei ventiquattro mesi successivi all'entrata in vigore del codice e concessioni dalla durata superiore ai ventiquattro mesi.

Nel caso delle concessioni scadute, il concedente predispone il bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica; viene così favorito l'utilizzo di meccanismi competitivi di gara, in una logica di concorrenza per il mercato, e viene espressamente introdotto il divieto di proroga delle concessioni autostradali. Per le concessioni autostradali in scadenza nei ventiquattro mesi successivi all'entrata in vigore del codice, il concedente avvia la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante mediante gara pubblica. Per le concessioni in corso, la cui durata è superiore ai ventiquattro mesi, viene disposto che il concedente avvii, entro ventiquattro mesi dalla scadenza, le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione.

Qualora l'oggetto della prestazione ricomprenda anche la costruzione e non unicamente la gestione delle autostrade, l'affidamento è invece regolato dalle disposizioni in materia di concessioni di lavori pubblici o servizi (artt. 164-178) e dalla finanza di progetto (art. 183).

Il c. 5 dell'art. 178 specifica che, qualora la procedura di gara non si concluda entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resta comunque obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione sino al trasferimento della gestione. Con riferimento a questa fase, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come «scaduto il termine di efficacia della convenzione, si apre una nuova fase che si può definire post-contrattuale in cui le parti continuano a essere in rapporto tra loro poiché permangono reciproci interessi (derivanti dal contratto scaduto ma il cui assetto non è direttamente regolato da questo), la cui realizzazione è possibile solo mediante la reciproca collaborazione»<sup>39</sup>.

Ue, ma rappresenta l'attuazione del criterio di delega dell'art. 1, c. 1, lett. mmm) della l. 28 gennaio 2016, n. 11, così come del criterio di cui alla precedente lett. ll), per il quale con il decreto delegato si sarebbe dovuto prevedere l'avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di ventiquattro mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni autostradali, con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga, in conformità alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione».

<sup>39</sup> Cons. St., 10 novembre 2021, n. 7478. I giudici evidenziano come «detta fase, destinata a durare dalla scadenza della concessione e fino alla individuazione del concessionario subentrante, è disciplinata, anzitutto, dalla clausola racchiusa nell'art. 5.1 della convenzione, secondo cui «[a]lla scadenza del periodo di durata della concessione, il Concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio dell'autostrada

Almeno due anni prima della scadenza della concessione, il concedente deve effettuare tutte le verifiche mediante cui valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura e, per le opere che sono state assentite e che il concessionario ha già eseguito ma che non sono ancora state ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo<sup>40</sup>.

Per l'affidamento dei contratti di concessione, si può in ogni caso ricorrere alle forme di partenariato pubblico-privato disciplinate dall'art. 180, d.lgs. n. 50/2016<sup>41</sup>.

La previsione codicistica delinea così un quadro nel quale la gara rappresenta la regola, in recepimento delle previsioni eurounitarie sul punto, le quali propendono per un'apertura del settore alle logiche concorrenziali.

L'impianto normativo sembra chiaro ed esente da nodi critici, eppure così non è. La regola dell'evidenza pubblica sconta infatti alcuni limiti strutturali ed applicativi e questo per più ordini di ragioni.

Un primo problema attiene alla tendenza a ricorrere alla proroga delle concessioni autostradali, istituto ampiamente utilizzato nel nostro ordinamento.

Il ricorso a questa si rinviene già a partire dal secolo scorso: una prima proroga si è infatti avuta nel 1997, quando nella sottoscrizione di una nuova convenzione tra l'ANAS (allora concedente) e la società Autostrade, si è prevista una proroga ventennale della precedente convenzione. I motivi posti a fondamento di tale scelta si ricollegavano al fatto di «meglio disciplinare la

assentita in concessione e delle relative pertinenze fino al trasferimento della gestione stessa»; ribadita dalla nota del 20 dicembre 2012 con la quale il MIT – nelle more della procedura per l'affidamento della concessione – ha richiesto a SAM «di proseguire, a far data dal 1° gennaio 2013, nella gestione della Concessione secondo i termini e le modalità previste dalla Convenzione vigente» e «di porre in essere tutte le azioni necessarie al mantenimento del livello di servizio, con particolare riferimento alla messa in sicurezza, per l'utenza, della struttura autostradale».

<sup>40</sup> Il c. 6 introduce l'obbligo, per il concedente, di effettuare, almeno due anni prima della data di scadenza della concessione, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordinare, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente. Per le opere assentite che il concessionario ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati.

<sup>41</sup> L'art. 180, c. 8, prevede che in tale categoria debbano ricomprendersi la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità.



## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

complessità dei rapporti maturati nel tempo, anche alla luce della normativa intervenuta in materia di opere pubbliche»<sup>42</sup>. Tale decisione non è peraltro rimasta esente da censure, in quanto tanto il giudice contabile<sup>43</sup> quanto l'autorità antitrust<sup>44</sup> hanno posto in luce i nodi critici di tale soluzione, la quale avrebbe alterato le condizioni di equilibrio, risolvendosi in un beneficio ingiustificato in capo alla concessionaria. Ciò, però, non ha fatto cambiare idea all'autorità ministeriale, la quale ha fissato un nuovo termine di scadenza della concessione.

Il ricorso alla proroga non ha rappresentato un caso isolato e limitato al secolo scorso: anche recentemente, infatti, sono state disposte proroghe delle concessioni in corso<sup>45</sup>. Si pensi, ad esempio, alla concessione relativa al tratto autostradale Torino-Piacenza, scaduta il 30 giugno 2017 e a seguito della quale si sarebbe dovuto organizzare una gara, la quale invece è stata oggetto di proroga per il completamento del tratto Asti-Cuneo. Un'altra proroga è stata prevista per la concessione relativa all'autostrada A12 Livorno-Civitavecchia, prorogata dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046 senza pubblicare alcun bando di gara: tale operazione è stata peraltro sottoposta anche all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la quale ne ha ritenuto l'illegittimità, osservando che l'Italia, così facendo, «è venuta

<sup>42</sup> Questo profilo è stato ricostruito nella deliberazione della Corte dei conti, nella quale è stato evidenziato come la base legislativa di tale operazione «fu rinvenuta nell'art. 14 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, che prevedeva, nella prospettiva della privatizzazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali, che le attività attribuite o riservate per legge o con atti amministrativi ad amministrazioni diverse da quelle istituzionalmente competenti, a enti pubblici ovvero a società a partecipazione statale restassero attribuite a titolo di concessione ai medesimi soggetti attualmente titolari».

<sup>43</sup> C. conti, sez. riunite, delib. n. 20/E/1998. «E', pertanto, non conforme a legge, nel quadro della legislazione che disciplina le concessioni di costruzione e di esercizio di autostrade, aver invertito l'ordine del sistema di revisione della convenzione, non essendo la proroga ventennale della concessione, accordata (sino al 31 dicembre 2038) alla società Autostrade, il risultato dell'elaborazione prioritaria del piano finanziario (in ragione di tutte le sue componenti, normativamente previste), risultato che rende legittima la stessa proroga, secondo la legislazione».

<sup>44</sup> Segnalazione al Parlamento e al Governo del 22 maggio 1998. L'autorità ha osservato come «la proroga ventennale concessa alla società Autostrade con il d.m. n. 314 del 14 agosto 1997 appare incompatibile con i principi della l. n. 287/1990. Infatti, l'automatismo della proroga della concessione ha l'effetto di sottrarre la concessione della gestione di una parte considerevole della rete autostradale al meccanismo concorrenziale che avrebbe trovato applicazione con il ricorso a procedure a evidenza pubblica».

<sup>45</sup> Le concessioni delle tratte autostradali Brescia-Padova e CISA sono state prorogate in ragione della decisione di costruire nuove tratte. Più in generale, sull'impiego della proroga, F. Fracchia, *Legge sui lavori pubblici e proroga delle concessioni*, in *Foro it.*, 2001, 361 ss.

meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18»<sup>46</sup>.

I profili negativi di tali pratiche sono stati posti in luce anche dall'AGCM, la quale ha osservato che «l'eccessiva ampiezza e durata delle concessioni esistenti, dovuta anche al frequente ricorso a proroghe o rinnovi automatici, ha comportato un inevitabile ingessamento degli assetti di mercato esistenti, a vantaggio degli attuali concessionari»<sup>47</sup>.

Sussistono, poi, difficoltà anche quando si decide di ricorrere all'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica. In molti casi è infatti accaduto che venisse indetta una gara, senza che a questa poi seguisse l'aggiudicazione a causa di difficoltà nell'individuazione dell'operatore economico<sup>48</sup>.

Emblematica sotto tale profilo è la gara indetta nel 2012 dal MIT, avente ad oggetto «l'affidamento in concessione delle attività di gestione e manutenzione dell'Autostrada A3 Napoli-Pompei-Salerno», all'esito della quale l'amministrazione concedente ha ritenuto tutte le offerte presentate irregolari e inammissibili e non ha pertanto proceduto ad alcuna aggiudicazione<sup>49</sup>. Nel 2019 il Ministero ha così avviato una nuova procedura, nel corso della quale entrambi i concorrenti, esclusi nella prima gara, sono stati invitati a presentare una nuova offerta nei medesimi termini e alle medesime

<sup>46</sup> C. giust. UE, causa C-526/17. I giudici hanno sul punto evidenziato che l'Italia, avendo prorogato la durata della concessione dell'Autostrada A12, fosse «venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, p. 114), come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione». Nel 2021 la Commissione Europea, sempre a seguito della proroga della durata delle concessioni, ha inviato una lettera di messa in mora all'Italia, al fine di conformarsi alla normativa europea in materia di concessioni.

<sup>47</sup> AGCM, *Concessioni e criticità concorrenziali*, S3470, 12 dicembre 2018, 5 Ativa S.p.a. Anche in precedenza l'autorità antitrust aveva segnalato le criticità di tale pratica, ponendo l'accento sulla necessità di introdurre disposizioni che privilegino meccanismi di attribuzione delle concessioni secondo procedure di selezione competitiva. Cfr. anche AGCM, AS988 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 2013, punto 5.

<sup>48</sup> Si pensi, ad esempio, alla gara relativa all'affidamento della A22, Modena-Brennero, che il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza del 13 marzo 2014, n. 1243 ha dichiarato illegittima, annullando l'affidamento della concessione di costruzione e gestione. L'annullamento è intervenuto poiché l'individuazione delle opere infrastrutturali complementari, la cui realizzazione, anche mediante ricorso alla finanza di progetto, era stata effettuata dall'ANAS, mentre il c. 2-bis dell'art. 8-*duodecies* del d.l. 8 aprile 2008, n. 59 affidava tale compito al MIT d'intesa con il MEF. Un altro caso emblematico è la gara dell'autostrada A21 Piacenza-Cremona-Brescia, anche essa rimasta bloccata.

<sup>49</sup> Sul punto si vedano le pronunce Cons. St., V, 25 febbraio 2019, n. 1247 e n. 1248.

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

condizioni contenute nella precedente lettera di invito e, questa volta, la gara si è conclusa con l'aggiudicazione del servizio<sup>50</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte restituiscono un quadro giuridico del settore abbastanza frastagliato: se da un lato si pone la regola dell'evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni autostradali, la quale consente di applicare i principi euro-unitari di tutela della concorrenza e *par condicio competitorum*, al fine così di aprire un settore, che presenta i contorni di monopolio naturale, alle logiche concorrenziali, dall'altro lato non possono ignorarsi i numerosi nodi problematici e le criticità applicative cui il sistema deve e dovrà fare fronte.

Primo fra tutti, l'impiego dell'istituto della proroga delle concessioni in corso: errori non solo del passato, ma che vengono periodicamente ricomessi, al punto che l'Italia è stata anche di recente condannata dai giudici europei. Anche quando l'intenzione è quella di procedere all'affidamento previa gara, si pongono ulteriori problemi applicativi nel corso dell'esperimento della procedura ad evidenza pubblica, i quali sono connessi non solo ad irregolarità commesse nel corso della gara, ma anche alla difficoltà di selezionare un operatore economico adeguato alla gestione ed esecuzione del servizio.

I profili evidenziati rivelano la particolare complessità che caratterizza il settore autostradale che non pare risolvibile unicamente con l'individuazione di una regola generale (com'è l'art. 178, d.lgs. n. 50/2016), soprattutto se quella previsione non tiene debitamente conto delle specificità del settore. Come rilevato in dottrina, infatti, non è sufficiente indicare «la direzione verso cui muoversi e pensare che ciò sia sufficiente a generare negli attori pubblici e privati coinvolti un processo di autocorrezione idoneo a consentire l'adeguamento al nuovo quadro giuridico di riferimento»<sup>51</sup>. Ne sono una prova tanto il continuo ricorso alla proroga della durata delle concessioni quanto le difficoltà riscontrate nell'aggiudicare le concessioni. Nonostante l'obiettivo fosse quello di creare un quadro giuridico che consentisse l'apertura del settore alla logica concorrenziale, il legislatore, nei fatti, non sembra avere posto le basi per realizzare la concorrenza, nemmeno nella versione «per il mercato».

Si assiste così ad un generale ingessamento del sistema ed il settore

<sup>50</sup> Il provvedimento di aggiudicazione, peraltro, è stato impugnato da un altro concorrente (società Autostrade Meridionali), ma sia il ricorso di primo grado sia l'appello dinanzi al Consiglio di Stato sono stati rigettati, avendo i giudici ritenuto legittima la gara e l'aggiudicazione a favore del Consorzio Stabile Sis s.c.p.a.

<sup>51</sup> In questi termini G. Piperata, *I servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato*, in questa *Rivista*, 2011, 60.

autostradale sembra porsi al crocevia tra profili di strategicità, connessi indubbiamente all'impiego dell'evidenza pubblica per affidare la concessione, e problemi applicativi di particolare importanza, che sembrano vanificare (e non di poco) la portata e l'efficacia delle previsioni normative.

### 3.2. *La gestione in house: una vera alternativa alla gara?*

Come osservato nel paragrafo precedente, accanto all'affidamento della gestione autostradale mediante gara pubblica, si pone la possibilità di procedere con la gestione *in house*<sup>52</sup>: in questo caso, il potere pubblico decidere di non esternalizzare la prestazione e, quindi, non viene in rilievo alcun mercato.

L'istituto dell'*in house providing* è frutto di una elaborazione giurisprudenziale<sup>53</sup> e questo è stata definito come una «particolare forma di delegazione interorganica in presenza della quale, eccezionalmente, si ammette la deroga all'applicazione del principio e del metodo competitivo nei casi di affidamento di lavori, forniture o servizi da parte di un soggetto pubblico o di un organismo di diritto pubblico»<sup>54</sup>. Come osservato anche dalla giurisprudenza amministrativa «non si tratta di un ricorso al mercato (outsourcing), ma di una forma di “autoproduzione” o, comunque, di erogazione di servizi pubblici “direttamente” ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti “propri” (*in house providing*)»<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Più recentemente, G. Ruberto, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2021; G. Caia, *Le società “in house”: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, 457 ss. Sul punto preme evidenziare come l'art. 2, c. 2-sexies, d.l. n. 121/2021 ha introdotto una previsione in virtù della quale «Per l'esercizio dell'attività di gestione delle autostrade statali in regime di concessione mediante affidamenti in house ex art. 5 d.lgs. n. 50/2016, è autorizzata la costituzione di una nuova società, interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze e soggetta al controllo analogo del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili»; in caso di affidamento *in house*, quindi, sarà tale società ad occuparsi della gestione autostradale.

<sup>53</sup> C. giust. CE 18 novembre 1999, C-107/98 Teckal. Sull'origine di tale istituto, si v.: C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495 ss.; G. Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1461 ss. e M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Ue*, 2001, 537 ss.

<sup>54</sup> Così G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005, 279, il quale esamina il modello alternativo di gestione attraverso affidamento diretto ad una società *in house*, nel settore dei servizi pubblici locali.

<sup>55</sup> Cons. St., 20 luglio 2018, parere n. 1645. I giudici sottolineano come «l'in house segna, dunque, una delicata linea di confine tra i casi in cui non occorre applicare le direttive

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

Nel settore autostradale, l'art. 178 delinea due differenti modalità di gestione, tra loro del tutto alternative<sup>56</sup>. In dottrina è stato peraltro osservato che ciò «sembra sconfessare la liturgia frequentemente ripetuta di una filosofia europea ispirata al massiccio ricorso al mercato, all'esternalizzazione e alle regole della concorrenza»<sup>57</sup>.

Ebbene, tale alternativa modalità gestoria sconta, in concreto, alcuni problemi applicativi e questo per più ragioni. In primo luogo, poiché l'unica forma di gestione *in house*, nel settore autostradale, è quello statale, in quanto solo il MIMS è titolare della funzione di concedente e solo lui può esercitare il controllo analogo. Sino al 2011, il concedente era ANAS, che svolgeva funzioni tanto di concedente quanto di concessionario: era concedente nazionale e aveva al contempo in concessione la rete autostradale di interesse nazionale direttamente gestita dallo Stato per il suo tramite. Nel 2012 tale assetto è mutato ed il MIT (ora MIMS) è subentrato ad ANAS nel ruolo di concedente<sup>58</sup>.

Allo stato attuale, quindi, essendo il concedente un organo ministeriale, l'unica forma di *in house* possibile è quella statale e gli enti territoriali rischiano così di venire estromessi da una possibile gestione *in house*, potendo questi assumere unicamente il ruolo di concessionari ma non di concedenti: sono evidenti, pertanto, i problemi applicativi che ne derivano.

Al fine di cercare di limitare le conseguenze negative derivanti da tale quadro giuridico, il legislatore ha inserito, con il primo correttivo al codice, nell'art. 178, il c. 8-ter, il quale dispone che «le concessioni autostradali

appalti e concessioni, e la relativa normativa nazionale di trasposizione, ed i casi in cui invece è necessaria l'applicazione».

<sup>56</sup> La previsione precisa inoltre che, in caso di affidamento *in house*, le previsioni codicistiche non si applicano; più in particolare, tali previsioni non si applicano ai concessionari sui quali l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; oltre l'80% dell'attività dei quali è effettuata nello svolgimento di compiti ad essi affidati dall'amministrazione controllante e in cui non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati.

<sup>57</sup> M. Macchia, *La disciplina delle concessioni market oriented dettata dall'Unione Europea*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., 282.

<sup>58</sup> Il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, ha portato alla dismissione in capo ad ANAS tanto delle sue funzioni di concedente della rete autostradale, quanto di quelle di vigilanza. Nel 2012 si è superato tale assetto e le funzioni di concedente sono state trasferite al MIT (ora MIMS). L'art. 36, d.l. n. 98/2011 ha infatti previsto che ANAS conservi solo il ruolo di concessionaria, rimanendo titolare della gestione diretta di tratte autostradali non pedaggiate, per circa 1.300 km. Ancora più recentemente, l'art. 2, c. 2-decies del d.l. n. 121/2021 ha disposto che le funzioni e le attività di cui è attualmente titolare ANAS vengano trasferite alla società prevista dall'art. 2, c. 2-sexies, una volta costituita.

relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite». In questi casi, il controllo analogo sulla società deve essere esercitato dal Ministero per il tramite di un comitato, che deve coordinare le istanze dell'autorità ministeriale e degli enti territoriali<sup>59</sup>. Sebbene l'intento del legislatore possa ritenersi meritevole di nota, il rischio cui si potrebbe incorrere è che tale previsione rimanga solo sulla carta e faticosi a trovare, in concreto, attuazione e ciò sembra essere confermato dal fatto che ad oggi non si rinviene alcuna operazione che abbia dato attuazione a tale previsione<sup>60</sup>.

Un'altra disposizione che va nella stessa direzione di coinvolgere gli enti territoriali nel settore è stata inserita nel decreto fiscale del 2017, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148; più in particolare, l'art. 13-*bis*, prevede la possibilità, per le regioni e gli enti locali, di avvalersi, nel ruolo di concessionari, di società *in house*<sup>61</sup>. In questo caso, però, l'istituto dell'*in house* «non è tanto un “modello di affidamento del contratto” quanto “modulo organizzatorio”. La società *in house* è organo congiunto degli enti concessionari dei quali è *longa manus*»<sup>62</sup>. Tale previsione sembra così avere quale dato presupposto e al contempo obiettivo l'instaurazione di una cooperazione inter-istituzionale tra enti volta al perseguimento di un interesse comune.

<sup>59</sup> Art. 178, c. 8-*ter*, d.lgs. n. 50/2016. Il secondo periodo del comma specifica che «(...) A tal fine il controllo analogo di cui all'articolo 5 sulla predetta società in house può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i poteri di cui al citato articolo 5». Nello schema del nuovo codice appalti questa previsione non è stata ripresa.

<sup>60</sup> Emblematico è il caso della concessione relativa all'autostrada per il Brennero A22, per la quale si è cercato di dare attuazione a tale previsione, ma con scarsi risultati, a causa della difficoltà, sfociata nell'impossibilità, di procedere con la dismissione delle quote societarie private. Proprio per questo motivo, per tale tratta è stato impiegato lo strumento della finanza di progetto ed è stata approvata la proposta di finanza di progetto denominata «Green Corridor Europeo Brennero Modena – affidamento della concessione dell'autostrada A22 Brennero – Modena», la quale è stata sottoposta all'attenzione del MIMS, il quale, nel mese di dicembre 2022, l'ha approvata.

<sup>61</sup> Art. 13-*bis*, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. nella l. 4 dicembre 2017, n. 172. L'art. 13 *bis*, c. 1, *lett b*), prevede che «le convenzioni di concessione per la realizzazione delle opere e la gestione delle tratte autostradali hanno durata trentennale e sono stipulate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con le regioni e gli enti locali che hanno sottoscritto gli appositi protocolli di intesa in data 14 gennaio 2016, che potranno anche avvalersi nel ruolo di concessionario di società in house, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati (...)».

<sup>62</sup> L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit., 1137.

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

Il Consiglio di Stato, esaminando tanto l'art. 178, c. 8-ter quanto l'art. 13-bis, d.l. n. 148/2017, ha rilevato come la scelta del legislatore, con riferimento all'ultima previsione, sia stata diversa «rispetto alle alternative secche dell'*in house providing* e dell'accordo tra pubbliche amministrazioni». Il rapporto che in questo caso si instaura tra l'organo ministeriale, da un lato, in veste di concedente, e gli enti pubblici, in veste di concessionari, dall'altro, non è assimilabile all'istituto dell'*in house*, trattandosi più di un modulo organizzatorio che di una modalità di gestione. Tra le due previsioni vi è poi una differenza sostanziale: il c. 8-ter dell'art. 178 disciplina un vero e proprio affidamento *in house* tra il Ministero e una società *in house*, mentre l'art. 13-bis prevede un rapporto di concessione tra il Ministero (in veste di concedente) e gli enti territoriali (in veste di concessionari), con possibilità per questi ultimi di utilizzare una società *in house* per gestire la concessione, senza che però quest'ultima divenga sub-concessionaria<sup>63</sup>. Allo stato, quindi, gli enti territoriali non possono ancora assumere il ruolo di concedenti ed affidare la gestione del servizio autostradale a società *in house* (regionali) e ciò rischia di vanificare considerevolmente l'effettività di tale modulo gestorio.

Una discrasia sembra altresì rinvenirsi se si assume quale angolo prospettico quello relativo alle ragioni per le quali l'amministrazione decida di internalizzare la gestione della rete autostradale, invece di esternalizzarla. Se l'intento dell'amministrazione è quello di gestire la rete autostradale, il percorso da seguire dovrebbe essere un altro. L'allocazione della titolarità della gestione autostradale non potrebbe infatti passare dall'impiego di affidamenti *in house*, ma da un più generale procedimento di nazionalizzazione. Com'è stato osservato, però, «l'eventuale nazionalizzazione del settore è sottoposta a precisi vincoli e limiti costituzionali, incardinati all'art. 43 Cost., ai sensi del quale un eventuale trasferimento di un'impresa dalla mano privata può avvenire solo mediante espropriazione»<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> In questi termini, Cons. St., parere 26 giugno 2018, n. 1645, nel quale si rileva che «Il rapporto tra gli enti territoriali e la costituenda società *in house* deve più correttamente essere inquadrato come utilizzo di un modulo organizzativo da parte dei diciassette concessionari per gestire congiuntamente i rapporti scaturenti dalla concessione affidata loro dal Ministero, fermo restando, come sopra detto, che l'utilizzo di tali strumenti non deve comportare un depotenziamento dei controlli che il Ministero concedente deve/può compiere nei confronti di chi effettivamente gestisce la concessione anche perché in linea con le indicazioni che ci provengono dal più volte richiamato articolo 178, comma 8 ter, cit. e dal quadro eurounitario».

<sup>64</sup> Così G. Mocavini, *La revoca e la decadenza delle concessioni autostradali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 195 ss., spec. 198 e nota 15, il quale ritiene che la via da percorrere sia quella della nazionalizzazione se l'obiettivo è quello di riservare di nuovo la gestione delle autostrade ai poteri pubblici. Cfr. anche M. Clarich, *Genova, riflettere per evitare gli inganni della nostalgia*, in *Ilsole 24 ore*, 21 agosto 2018, il quale osserva come nazionalizzare e ripubblicizzare sono due

Completa il quadro la posizione della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale sembra disincentivare l'impiego della gestione *in house*, quando l'alternativa è la gara pubblica<sup>65</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, sebbene il dato normativo cristallizzato all'art. 178 del codice appalti non propenda né per una né per l'altra forma gestoria, residuando in capo all'amministrazione centrale ampio margine di scelta, non possono ignorarsi i nodi critici dell'istituto, il quale da astratta alternativa alla gara pubblica diviene in concreto ipotesi residuale. Conviene quindi chiedersi se l'affidamento *in house* rappresenti davvero un modello alternativo di gestione oppure non affievolisca in ipotesi residuale, che non solo non è da preferire alla esternalizzazione, ma che incontra una serie di problemi applicativi che gli impediscono di affermarsi in modo autonomo.

#### **4. Il ruolo dello Stato nella gestione della rete autostradale: ciclico ritorno o eterna presenza?**

Dopo aver analizzato le forme di gestione del settore autostradale, conviene ora soffermarsi sul ruolo rivestito dallo Stato, il quale è da sempre stato protagonista dei processi di infrastrutturazione del Paese. Come osservato da autorevole dottrina «l'approntamento delle infrastrutture, storicamente, è fra le più antiche attività di disciplina dell'economia svolte da poteri pubblici, e non è mai venuta meno lungo il corso dei secoli; oggi non solo permane, ma ha assunto dimensioni grandissime, sia quantitative che qualitative»<sup>66</sup>. In passato, tanto della realizzazione quanto della gestione delle opere infrastrutturali si occupava lo Stato<sup>67</sup>.

operazioni diverse, in quanto «ripubblicizzare, ed è questo con tutta probabilità ciò di cui si dibatte, non significa chiudere il mercato alla concorrenza, ma soltanto consentire lo svolgimento di determinate attività economiche anche a imprese pubbliche».

<sup>65</sup> C. giust. UE C-719/2020 del 12 maggio 2022. Sul punto, si segnala la pronuncia della C. cost. 27 maggio 2020, n. 100, che evidenzia come si registri «una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici» (punto n. 9 in diritto).

<sup>66</sup> M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, 37.

<sup>67</sup> La necessità di dotare il Paese di una rete infrastrutturale è emersa a partire dall'Unità d'Italia e su questa scia si inseriscono le azioni volte alla promozione di una politica in



## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

Con specifico riferimento al settore autostradale, la titolarità in capo allo Stato della costruzione e gestione della rete autostradale si rinviene all'art. 1, d.lgs. 17 aprile 1948, n. 547, il quale, delineando i compiti dell'Azienda nazionale autonoma delle strade statali (ANAS), ricomprendeva quelli di gestione delle strade statali e delle autostrade, così come di costruzione di nuove strade e autostrade, sia direttamente sia in concessione<sup>68</sup>. La prima concessione autostradale, avente ad oggetto tanto la realizzazione quanto la gestione della rete autostradale, è stata affidata nel 1923 ad una società privata, la SAA. Sennonché, le entrate (derivanti dalla riscossione dei pedaggi) si sono rivelate esigue e la società concessionaria è presto entrata in crisi. Ciò ha reso necessario il riscatto della concessione: la gestione privata, quindi, ha ceduto il passo a quella pubblica<sup>69</sup>. Fino agli anni Novanta del secolo scorso, la presenza pubblica nel panorama gestorio dell'infrastruttura autostradale era imperante e questa si articolava in due diverse forme: da un lato, in via diretta, con la partecipazione al capitale della società concessionaria autostradale; dall'altro, in via indiretta, tramite la concessione, con cui la figura ministeriale attribuiva all'impresa i poteri necessari per la gestione della rete autostradale, conferendole un diritto speciale ed esclusivo<sup>70</sup>. In questo modo, «lo Stato perseguiva l'obiettivo di stringere il controllo sul settore delle opere infrastrutturali»<sup>71</sup>.

Le privatizzazioni degli anni Novanta hanno portato ad un'inversione di rotta: le quote dell'azionariato pubblico sono infatti state dismesse e sono state affidate a privati. Tale operazione si è resa necessaria per superare gli *state failures* che hanno coinvolto i servizi pubblici a rete<sup>72</sup>. Lo Stato, da impren-

materia di lavori pubblici e l'istituzione di appositi organismi, cui vengono affidati compiti volti alla creazione di infrastrutture di mobilità, di telecomunicazione e, ancora, sociali.

<sup>68</sup> L'art. 1, d.lgs. 17 aprile 1948, n. 547 attribuiva ad ANAS i seguenti compiti: «a) gestire le strade statali e le autostrade appartenenti allo Stato, provvedendo alla loro manutenzione ordinaria e straordinaria; b) realizzare il progressivo miglioramento delle strade e delle autostrade stesse e delle relative segnalazioni; c) costruire nuove strade e nuove autostrade sia direttamente sia in concessione; d) presiedere all'attuazione delle leggi e dei regolamenti di polizia per quanto concerne la tutela del patrimonio delle strade ed autostrade statali, nonché per quanto concerne la circolazione e la disciplina del traffico sulle medesime».

<sup>69</sup> La l. 21 maggio 1955, n. 463 ed il piano di cui alla l. 24 luglio 1961, n. 729, hanno affidato alla società Autostrade la realizzazione di ulteriori tratte autostradali.

<sup>70</sup> S. Cassese, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *Econ. pubbl.*, 1974, 7 ss.

<sup>71</sup> Così M. Macchia, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, cit., 50.

<sup>72</sup> Per una ricostruzione dei rapporti tra Stato e mercato a partire dalle privatizzazioni in poi si v. E. Barucci e F. Pierobon, *Stato e mercato nella Seconda Repubblica. Dalla*

ditore, diviene regolatore, assumendosi il compito di garantire la concorrenza e aprire il mercato alle logiche concorrenziali<sup>73</sup>. Per le reti autostradali, le ragioni di tale evoluzione sono da rinvenirsi nell'esigenza di procedere all'ammodernamento della infrastruttura autostradale, oltre che fare fronte alle deficienze pubbliche<sup>74</sup>. Con la l. 24 dicembre 1993, n. 537 è stato così avviato il processo di privatizzazione, il quale ha portato al coinvolgimento dei privati nella gestione della infrastruttura. Tale passaggio, però, ha dovuto tenere conto del fatto che l'unica concorrenza possibile nel settore è una concorrenza "per" il mercato e non "nel" mercato, vista la natura di monopolio naturale della infrastruttura autostradale<sup>75</sup>.

L'interazione tra il pubblico e il privato rappresenta così «il perno dell'evoluzione del sistema o, se disfunzionante, la causa della sua insoddisfacente crescita»<sup>76</sup>. Il coinvolgimento dei privati, però, si registra solo nella fase

*privatizzazione alla crisi finanziaria*, Bologna, il Mulino, 2010. Cfr. anche B. Curli, *Il "vincolo europeo": le privatizzazioni dell'IRI tra Commissione europea e governo italiano*, in *Storia dell'Iri 4. Crisi e privatizzazione*, a cura di R. Artoni, Bari, Laterza, 2013, 220 ss. e M. D'Antoni, *Privatizzazione e monopolio. Il caso della Società Autostrade*, *ivi*, 396 ss.; G. della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in questa *Rivista*, 2013, 221 ss.; V.M. Sbrescia, *Alberto Beneduce e le trasformazioni del modello di intervento pubblico in economia: la vicenda dello Stato imprenditore e del ruolo dell'IRI a quindici anni dalla sua messa in liquidazione. Spunti di riflessione per il possibile rilancio dell'azione pubblica nelle dinamiche economiche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2015, 761 ss. e, ancora, P. Ciocca, *L'IRI nell'economia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2015 (*Storia dell'IRI*, VI).

<sup>73</sup> Sulla regolazione, P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 337 ss.; M. d'Alberti, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607 ss.; G. Majone e A. la Spina, *Lo stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2010; N. Rangone, *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, cit., 5057 ss.; S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999. Sui rapporti tra regolazione e concorrenza si v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò e M. d'Alberti, Bologna, il Mulino, 2000. Cfr. anche M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 127 ss. e G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005, 145 ss.

<sup>74</sup> Per una ricostruzione del mutamento del ruolo dello Stato nel settore infrastrutturale si v. E. Barucci e F. Pierobon, *Stato e mercato nella Seconda Repubblica*, cit.

<sup>75</sup> G. Napolitano, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv.*, 2010, 437 ss.

<sup>76</sup> In questi termini, L. Saltari, *Conclusioni*, in *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, Irpa, n. 2/2014, 310. Più in generale, sui rapporti fra pubblico e privato si v.: G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, Relazione al IX Congresso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Santiago de Compostela, febbraio 2014) e Id., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi*

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

di gestione del servizio, e questo poiché delle funzioni di organizzazione e regolazione rimane sempre titolare il potere pubblico. La sua presenza appare infatti imprescindibile, anche se in termini diversi rispetto al passato<sup>77</sup>.

L'autorità ministeriale passa così a svolgere unicamente le funzioni di concedente ed esercita poteri di vigilanza e controllo. Più nello specifico, all'interno del MIMS, è la Direzione generale per le strade e le autostrade, l'alta sorveglianza sulle infrastrutture stradali e la vigilanza sui contratti concessori ad essere titolare della funzione di concedente<sup>78</sup>. A tale direzione sono affidate specifiche funzioni di vigilanza amministrativa e controllo operativo tanto su ANAS quanto sui gestori delle infrastrutture viarie. Questa svolge anche funzioni di indirizzo e vigilanza amministrativo-contabile della rete stradale e autostradale, così come di vigilanza sulle modalità di affidamento e controllo sulla qualità del servizio autostradale. A questi compiti, si affiancano quelli che vengono individuati nella convenzione accessoria alla concessione: il concedente, ad esempio, può chiedere informazioni al concessionario ed effettuare controlli; può irrogare sanzioni in caso inadempimento di obblighi convenuti nella convenzione; e, ancora, può segnalare all'AGCM eventuali violazioni della legge antitrust, potendo altresì intervenire in sostituzione del concessionario in caso di inerzia nell'adempimento degli obblighi convenzionali.

Il potere pubblico, quindi, sembrava svolgere un ruolo unicamente sul piano della regolazione e controllo, il quale è però stato nuovamente messo in discussione e lo Stato è tornato protagonista anche della gestione della rete autostradale. Ciò si è reso necessario a seguito del controllo del viadotto Polcevera: tale evento ha avviato un acceso dibattito sulla sorte della concessione<sup>79</sup>, durato quasi quattro anni e che si è risolto solo recentemente

*per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini, a cura di G. Rossi e S. Amoroso, Milano, Giuffrè, 1995 e, ancora, G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.*

<sup>77</sup> Sul punto, cfr. G. Coco e M. Ponti, *Riflessioni per una riforma della regolazione nel settore autostradale*, in *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, cit., 307 ss.

<sup>78</sup> All'interno del MIMS, è il dipartimento per la programmazione strategica, i sistemi infrastrutturali, di trasporto a rete, informativi e statistici ad avere competenze in materia autostradale; più nello specifico, si occupa di ciò la direzione generale per le strade e le autostrade, l'alta sorveglianza sulle infrastrutture stradali e la vigilanza sui contratti concessori, le cui competenze sono stabilite dal d.P.C. 23 dicembre 2020, n. 190.

<sup>79</sup> Per una accurata ricostruzione sulle conseguenze della revoca si veda il parere sulla revoca della concessione del 28 giugno 2019, a cura del MIt, gruppo di lavoro istituito con d.m. n. 119 del 2019, sulla risoluzione della concessione ad Autostrade dopo il crollo del c.d. ponte Morandi. Il gruppo di lavoro, nelle conclusioni, sottolinea come «a) in relazione all'evento del 14 agosto 2018 sussista l'inadempimento di Aspi agli obblighi di custodia e

mediante l'acquisizione della partecipazione dell'88,06% di Autostrade per l'Italia (ASPI) dalla Holding Reti Autostradali S.p.A. (HRA), partecipata da CDP Equity (51%), Blackstone Infrastructure Partners (24,5%) e dai fondi gestiti da Macquarie Asset Management (24,5%)<sup>80</sup>.

L'operazione ha tra l'altro ottenuto anche l'avallo della Corte dei conti. Più nello specifico, oggetto del controllo era il decreto di approvazione dell'accordo transattivo sottoscritto il 14 ottobre 2021 tra il MIMS e ASPI, volto a definire la procedura di contestazione per grave inadempimento agli obblighi di manutenzione e custodia della rete autostradale da parte del concessionario ASPI. La Corte dei conti ha ritenuto l'intento dell'amministrazione «ragionevolmente indirizzato verso una soluzione che ha tenuto conto primariamente dell'interesse pubblico, costituito, per un verso, dalla necessità di recuperare l'affidabilità e la fiducia nei confronti del Concessionario del servizio autostrade, mediante appunto la modifica della struttura sociale di ASPI S.p.A., per altro verso, dall'esigenza di ridurre i possibili costi diretti e indiretti connessi all'operazione, unitamente alla necessità di incrementare il sistema dei controlli e di monitoraggio della rete autostradale (...)»<sup>81</sup>.

Questa operazione ha portato il giudice amministrativo a sollevare alcune questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di giustizia UE, relative alla compatibilità di tale operazione con il diritto europeo. Le questioni su cui dovrà pronunciarsi la Corte riguardano la compatibilità della modifica soggettiva della compagine societaria senza la previa indizione di una gara pubblica e senza che sia stata valutata l'affidabilità del concessionario che si è reso gravemente inadempiente con le previsioni contenute nella dir. 2014/23/UE. Inoltre, qualora venga accertata la violazione delle previsioni euro-unitarie, sarà fondamentale comprendere quali saranno le relative con-

restituzione di cui all'art. 1177 del codice civile e di manutenzione di cui all'articolo 3 della Convenzione; b) tali inadempimenti abbiano il carattere della gravità in relazione all'interesse complessivo». Sul punto, si v. altresì la riflessione di M. Clarich, *Revoca concessione autostrade, le insidie di un'azione sommaria*, in *Ilsole 24 ore*, 17 agosto 2018. Cfr. anche C. Scarpa, *Si chiude il cerchio su Autostrade: dallo Stato al mercato – e ritorno*, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, 533 ss.

<sup>80</sup> Come si legge dalla deliberazione della Corte dei conti, sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, n. 2/2022, i benefici derivanti dalla soluzione transattiva attengono «ad una serie di ambiti relativi a: (1) Accelerazione dei programmi di adeguamento dell'infrastruttura autostradale; (2) Tempi di esecuzione dei lavori; (3) Effetti sui livelli occupazionali; (4) Mezzi finanziari a servizio di iniziative di pubblico interesse; (5) Certezza nei pagamenti dei lavori per la ricostruzione del viadotto Polcevera; (6) Continuità nel servizio autostradale; (7) Adeguamento del testo di convenzione e bilanciamento dei rapporti».

<sup>81</sup> C. conti, deliberazione n. 2/2022.

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

sequenze, ovvero se debba ritenersi sussistente l'obbligo di procedere con la risoluzione del rapporto concessorio<sup>82</sup>.

Un'altra vicenda che rivela la propensione del potere pubblico a subentrare nella gestione della rete autostradale, soprattutto al verificarsi di condizioni di crisi, ha avuto luogo recentemente, con la risoluzione della convenzione con Strada dei Parchi, a cui è seguito, contestualmente e temporaneamente, il subentro di ANAS della gestione delle tratte autostradali, al fine di assicurare la continuità della gestione in condizioni di sicurezza. Il d.l. 7 luglio 2022, n. 85 ha infatti disposto la risoluzione, per grave inadempimento del concessionario, della convenzione unica sottoscritta tra ANAS e Strada dei Parchi sulla base delle motivazioni contenute nel decreto della direzione generale per le strade e le autostrade, l'alta sorveglianza sulle infrastrutture stradali e la vigilanza sui contratti concessori autostradali del MIMS del 14 giugno 2022, n. 29<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Il TAR Lazio, Roma, sez. IV, 19 ottobre 2022, n. 13434, ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali di interpretazione dell'art. 43, d.l. 201/2011, convertito nella l. 214/2011 in rapporto alla disciplina prevista dagli artt. 38, 43 e 44 della dir. 2014/23/Ue. Più nello specifico, i giudici hanno chiesto «3.1.) se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione della normativa nazionale nel senso che l'Amministrazione concedente possa istruire un procedimento di modificazione soggettiva ed oggettiva di una concessione autostradale in corso di validità, o di sua rinegoziazione, senza valutare ed esprimersi sull'obbligo di indire una procedura di evidenza pubblica; 3.2.) se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione della normativa nazionale nel senso che l'Amministrazione concedente possa istruire un procedimento di modificazione soggettiva ed oggettiva di una concessione autostradale in corso di validità, o di sua rinegoziazione, senza valutare l'affidabilità di un concessionario che si sia reso autore di un grave inadempimento; 3.3.) se in caso di rilevata violazione del principio di evidenza pubblica e/o di rilevata inaffidabilità del titolare di una concessione autostradale, la normativa comunitaria imponga l'obbligo della risoluzione del rapporto».

<sup>83</sup> L'art. 2, recante «disposizioni urgenti per la gestione e la sicurezza delle tratte autostradali A24 e A25», d.l. n. 85/2022, prevede che «La Convenzione unica del 18 novembre 2009 sottoscritta tra ANAS s.p.a. e Strada dei Parchi s.p.a. per la gestione in concessione della rete autostradale costituita dalle autostrade A24 e A25 è risolta per grave inadempimento del concessionario, Strada dei Parchi s.p.a., sulla base delle motivazioni del decreto della Direzione generale per le strade e le autostrade, l'alta sorveglianza sulle infrastrutture stradali e la vigilanza sui contratti concessori autostradali del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili n. 29 del 14 giugno 2022, approvato con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili adottato, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, in data 7 luglio 2022. Con la presente disposizione, il citato decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze è reso immediatamente e definitivamente efficace. Fermo quanto previsto dall'articolo 21, comma 2, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, ai decreti di cui al primo e al secondo periodo del presente comma

Il d.l. n. 85/2022 è stato poi abrogato dalla l. 5 agosto 2022, n. 108, ma le disposizioni introdotte all'art. 2 sono transitate nell'art. 7-ter del d.l. 16 giugno 2022, n. 68, convertito, con modificazioni, dalla l. 5 agosto 2022, n. 108. La risoluzione è stata così disposta mediante d.l., poi convertito in legge ed è proprio tale *modus operandi* ad essere stato censurato in sede giurisdizionale. Più nello specifico, si è contestata la legittimità dello strumento impiegato per disporre la risoluzione della convenzione, il quale deve qualificarsi come una legge provvedimento. Il giudice amministrativo ha così ritenuto rilevante e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. n. 85/2022 in relazione ad alcuni articoli della costituzione, devolvendo la questione alla Consulta<sup>84</sup>.

Ci si chiede dunque se tali eventi possano mettere in discussione l'efficacia della gestione privata al posto di quella pubblica. Se per un lungo periodo si è ritenuto che la prima fosse da preferire alla seconda, ecco che le recenti vicende sembrano mettere in serio dubbio tale convinzione<sup>85</sup>. Si tratta, a ben vedere, di un dubbio non privo di fondamento. In Francia, ad esempio, le società concessionarie sono state privatizzate solo nel 2006 e recentemente si sta discutendo sull'opportunità di procedere con una nuova nazionalizzazione del settore autostradale. Nel 2019 sono state presentate alcune proposte di legge, poi però non approvate. Una prima proposta prevedeva la risoluzione unilaterale dei contratti di concessione con le società concessionarie e l'eliminazione dei pedaggi a partire dal 1 gennaio 2028<sup>86</sup>

si applica, ancorché non sottoposti a visto e registrazione della Corte dei conti, la disciplina prevista dall'articolo 1, comma 1, quarto periodo, della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

<sup>84</sup> TAR Lazio, Roma, sez. IV, 29 dicembre 2022, n. 17819. I giudici, ritenendo che le controversie sono insuscettibili di definizione indipendentemente dalla risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale, ha sospeso il giudizio rimettendo alla Corte costituzionale le questioni di legittimità costituzionale riguardanti: «la violazione dell'art. 77 della Costituzione (carezza dei presupposti di straordinaria necessità e di urgenza) e degli artt. 3 e 97 della Costituzione, sotto il profilo dell'illegittima legificazione di atti amministrativi; la violazione degli artt. 3, 24, 25, 101, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione, per interferenza con l'esercizio della funzione giurisdizionale; e sollevate con riguardo all'art. 2 del decreto legge 7 luglio 2022, n. 85 (disciplina trasfusa, poi, nell'art. 7 ter del decreto legge 16 giugno 2022, n. 68, convertito, con modificazioni, in legge 5 agosto 2022, n. 108), per contrasto con gli artt. 77 e 3, 24, 25, 101, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione» (punto V in diritto).

<sup>85</sup> Sul punto, si v. le riflessioni di L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit. 1148 ss., il quale osserva come «il pendolo della storia economica sembri oscillare di nuovo verso la dimensione dell'impresa pubblica che ebbe straordinario successo tra gli anni Cinquanta e Sessanta».

<sup>86</sup> *Proposition de loi n° 4742 visant à la réappropriation des sociétés concessionnaires d'auto-routes*.

## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

mentre un'altra prevedeva la nazionalizzazione delle società concessionarie<sup>87</sup>. In Italia, invece, una tale operazione non è mai stata prospettata, sebbene lo Stato, in situazioni di crisi, è pronto ad intervenire.

È ancora presto per capire se tali recenti operazioni porteranno a ripensare l'intero impianto. Una cosa, però, è certa: il settore autostradale, più di altri, consente di percepire tanto la ciclicità dell'intervento statale, sul piano della gestione della rete infrastrutturale (resosi necessario per fare fronte a situazioni di crisi), quanto la sua perenne presenza, in termini di vigilanza e controllo, restituendo un quadro nel quale la presenza pubblica appare, in ogni caso, difficilmente sopprimibile.

### 5. Alcune osservazioni conclusive sul ruolo dello Stato

Le considerazioni sin qui effettuate restituiscono un quadro del settore autostradale alquanto articolato (e, in taluni casi, frastagliato) e non esente da nodi critici. Le ragioni dei problemi applicativi delle previsioni in materia di gestione non sono da rinvenirsi unicamente in lacune e falle del sistema, ma anche nel fatto che il settore autostradale, più di altri, presenta profili particolarmente critici che sono la fonte di tali "resistenze". Al contempo, i rischi che ne derivano sono molteplici: da un lato, la gara pubblica, da modalità ordinaria di affidamento della concessione autostradale, sembra rimanere nei fatti inattuata; dall'altro, evidenza pubblica e affidamento *in house*, da regole generali di gestione, sembrano rappresentare una alternativa solo sulla carta.

Ulteriori disarmonie si registrano se si pensa alla presenza pubblica nel panorama autostradale, la quale ha subito varie oscillazioni: lo Stato è passato dall'occuparsi della realizzazione e gestione della infrastruttura autostradale (sia direttamente sia indirettamente), ad essere titolare unicamente di funzioni di vigilanza e controllo. Il modello *étatiste* ha ceduto il passo ad un nuovo assetto gestorio e l'allocazione in capo al pubblico di funzioni di regolazione sembra comportare, quasi fisiologicamente, per quest'ultimo un confinamento al di fuori dell'amministrazione attiva.

Il quadro così tratteggiato consente una constatazione e due considerazioni. La constatazione attiene al fatto che la presenza pubblica nel settore autostradale è caratterizzata da un ciclico ritorno, sul piano della gestione, e da una perenne presenza, sul piano della regolazione. Le due considerazioni,

<sup>87</sup> *Proposition de loi n° 1707 relative à la nationalisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes et à l'affectation des dividendes à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France.*

tra loro intrinsecamente connesse si ricollegano, la prima, al rapporto pubblico-privato<sup>88</sup> e, la seconda, alla incomprimibile presenza dello Stato. Volendo raffigurare l'interazione pubblico-privato con una immagine, quella «del pendolo che oscilla tra i due estremi del suo moto è probabilmente quella a cui più spesso si ricorre per descrivere l'ondularità nel rapporto tra pubblico e privato»<sup>89</sup>. In effetti, le recenti vicende paiono mostrare che lo Stato, dopo periodi in cui sembrava latente o sembrava rivestire unicamente un ruolo di controllo e vigilanza, si sia rimpossessato di un potere che, in realtà, non ha mai dismesso. E quindi, a periodi caratterizzati da una ritrazione della presenza pubblica, seguono periodi di una sua estensione<sup>90</sup>, con la conseguenza che una possibile riduzione (se non eclissi) della sfera pubblica, sembra una ipotesi irraggiungibile<sup>91</sup>.

Il tempo, ad ogni modo, non sembra ancora maturo per giungere ad una conclusione, in quanto il processo è ancora *in fieri*. Nel panorama così delineato affiora una evidenza: la difficoltà di attribuire una specifica (e uni-

<sup>88</sup> S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss., il quale, con riferimento alla linea di confine tra diritto amministrativo e diritto privato, osserva come questa è resa ancora più incerta «da molti sviluppi contraddittori, che possono riassumersi in quattro paradossi: arretramento dei poteri nazionali, avanzata dell'Unione Europea: deperimento del modulo convenzionale in alcune aree, suo sviluppo in altre; liberalizzazione economica, regolazione amministrativa; diffusione delle privatizzazioni, espansione delle autorità di regolazione»; l'a. osserva altresì come «il maggior controllo dell'attività che consegue alla liberalizzazione economica è la condizione stessa della liberalizzazione». Cfr. anche M. d'Alberti, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, *ivi*, 395 ss., il quale esamina come i poteri pubblici hanno inciso sulle autonomie private.

<sup>89</sup> Queste le parole di M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169.

<sup>90</sup> Per una disamina dell'evoluzione del ruolo dei pubblici poteri nel mercato, si v. M. d'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, 7 ss., il quale sottolinea come i poteri pubblici si siano «sempre occupati di fatti economici e della loro disciplina. La regolazione pubblica dell'economia ha avuto andamenti diversi nel tempo. In alcuni periodi l'ampiezza e l'intensità delle misure adottate (...) hanno raggiunto soglie assai elevate (...) In altri periodi, l'azione dei pubblici poteri ha trovato limiti dinanzi a sé» (7).

<sup>91</sup> Chiosa così M. Dugato nel suo contributo *La riduzione della sfera pubblica?*, *cit.*, 169 ss., spec. 175, il quale ritiene che «la riduzione della sfera pubblica rappresenta l'irraggiungibile, perché l'ordinamento ha scelto la regolazione come risposta alla complicazione dei rapporti intersoggettivi e all'emersione dei nuovi interessi. I nuovi strumenti partecipati di regolazione rappresentano invece l'attuabile, ma richiedono attenzione nella predisposizione di adeguati strumenti di tutela e di reazione, poiché quelli tradizionali, pensati per differenti contesti ed istituti, possono ben difficilmente essere trasferiti fuori del loro originario campo d'azione». In senso opposto si pone invece M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.



## la gestione della rete autostradale: quale ruolo per lo stato?

ca) funzione allo Stato, dal momento che il suo ruolo si articola in modo diverso a seconda delle esigenze del settore e muta ciclicamente. Una cosa, però, è certa: la sua presenza non solo appare incompressibile, ma è imprescindibile per l'esistenza stessa dell'infrastruttura autostradale, tanto sul piano della vigilanza, quanto soprattutto su quello della gestione e, quindi, sia sotto il profilo della regolazione sia soprattutto dell'attività.

### *Abstract*

*Starting from a general overview of the motorway infrastructures, the contribution examines the management solutions for the highway system. The legal instrument that emerges from this analysis is the concession. In fact, the public administration has the choice to outsourcing or insourcing the management of the motorway network. In the first case, public tendering is established as the general rule. However, its implementation is at the crossroads between strategic profiles and critical issues. In the second case, the in-house solution too presents some problematic nodes that risk relegating it to a residual hypothesis. In this panorama, a fundamental role is played by the State, whose presence appears to be crucial for the management of the motorway network.*



## RIFLESSIONI SUL PRINCIPIO DI CONCORRENZA TRA PNRR, AFFIDAMENTI *IN HOUSE* E LIBERTÀ DI IMPRESA\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *favor* per la concorrenza nel PNRR e nell’Allegato al Piano: la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021. – 3. *L’in house* torna ad essere “eccezionale”? – 4. (*Segue*) Dal rapporto “regola-eccezione” all’obbligo di motivazione. – 5. L’obbligo di esternalizzazione nella giurisprudenza costituzionale: alcune brevi considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 218/2021. – 6. Quando la libertà di iniziativa economica privata diventa il limite alla concorrenza.

### 1. Premessa

Se fino ad un recente passato il quadro ordinamentale restituiva un sistema in cui il principio di concorrenza giocava un ruolo pressoché neutro rispetto alle modalità di affidamento dei servizi e veniva predicata la tendenziale fungibilità delle modalità di gestione con la possibilità per l’ente locale di scegliere tra l’esternalizzazione e l’autoproduzione<sup>1</sup>, entrambe le affermazioni devono oggi essere ripensate.

In primo luogo, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) adottato il 31 luglio 2021 individua nella promozione e nella tutela della

\* L’articolo è stato redatto in data antecedente alla adozione dello schema del codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato e trasmesso al governo il 7 dicembre 2022 in attuazione dell’art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al governo in materia di contratti pubblici».

<sup>1</sup> È quanto si ricava espressamente dall’art. 166, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che recepisce l’art. 2, dir. 2014/23/UE recante il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, secondo cui: «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici».

concorrenza l'oggetto di una riforma abilitante, volta a garantire l'attuazione del Piano, con la conseguenza che la concorrenza, che con le direttive europee del 2014, e in particolare ai fini che interessano con la dir. 2014/24/ Ue in materia di concessioni, aveva perso il ruolo assolutamente dominante del regime precedente<sup>2</sup>, è potenzialmente destinata ad assumere un ruolo tutt'altro che neutro<sup>3</sup>.

In secondo luogo, nel delineare una particolare apertura per il mercato, la gestione diretta delle attività da parte dello Stato pare essere resa "eccezionale", nella misura in cui si raccomanda «un ricorso più responsabile» da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'*in house providing*.

Indagate le principali misure previste dal PNRR e dall'Allegato al Piano in materia di concorrenza, anche alla luce della legge annuale sulla concorrenza 2021 di recente entrata in vigore<sup>4</sup>, si rifletterà sulle eventuali ricadute delle disposizioni relative all'*in house providing* sull'assetto ordinamentale attuale, concentrandosi sul dibattito che ha riguardato l'obbligo di motivazione.

Anticipando le conclusioni cui si giungerà, l'impressione è che, nel duplice equivoco di voler ragionare in termini di "regola-eccezione" e di considerare l'*in house* come istituto a sé, si perda di vista il corretto quadro di sistema che in linea con il principio europeo di libera organizzazione dei poteri pubblici, anche nel contesto proconcorrenziale attuale, non impedisce agli Stati membri (ancorché a determinate condizioni) di autoprodurre un servizio<sup>5</sup>. Sotto tale profilo, interessanti spunti derivano dalla giurispru-

<sup>2</sup> Sul tema M.P. Chiti, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, diretto da M.A. Sandulli e R. de Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 285 ss., spec. 296, laddove rileva che nelle direttive del 2014 la concorrenza «rimane uno dei principi della disciplina, ma non il primario (se non addirittura esclusivo) come in precedenza»; R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 127 ss.

<sup>3</sup> Sul tema anche M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 737 ss., spec. 741 che ha evidenziato: «se si guarda sia alle direttive del 2014 sia alla legge di delega, le finalità fondamentali di questa disciplina non è la concorrenza in sé e per sé, ma sono l'efficienza, la certezza del diritto, la semplificazione (...) l'impostazione europea è di politiche degli acquisti che hanno una pluralità di obiettivi che sono concettualmente, anche all'atto pratico, diversi dal valore della concorrenza come valore supremo»; negli stessi termini Id., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss., laddove l'A. rileva che «certamente il principio di libera concorrenza non si colloca al primo posto».

<sup>4</sup> L. 5 agosto 2022, n. 118 recante «la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021».

<sup>5</sup> Sul tema delle società *in house* nel nostro ordinamento di recente M. Dugato, *Le*

## riflessioni sul principio di concorrenza

denza costituzionale sull'art. 43 Cost. che già in passato, superando quella precedente, pur orientando il sistema verso un sistema proconcorrenziale, nei casi di fallimento del mercato giustificava l'affidamento diretto.

Dopo averne esaminato la rilevanza nel PNRR, il ragionamento sul principio di concorrenza, che rappresenta il filo conduttore che unisce i temi oggetto di analisi, si sposta nel contesto delle concessioni di servizi affidate senza gara, in cui la concorrenza viene analizzata nel suo rapporto, per quanto si dirà per certi versi inedito, con la libertà d'impresa.

Nel ragionamento si terrà conto della giurisprudenza costituzionale e, in particolare, della recente sentenza della Corte costituzionale n. 218 del 23 novembre 2021, che è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di esternalizzazione previsto dall'art. 177, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rappresentando così l'occasione per rimeditare sui potenziali limiti della concorrenza. Il Giudice delle leggi, vestito di un ruolo che sempre più gli si addice, quello di «giudice degli equilibri»<sup>6</sup> tra interessi e valori antagonisti continuamente in fase di riassetto da ricomporre secondo un non già definito criterio di priorità<sup>7</sup>, ha infatti individuato nella libertà d'iniziativa economica privata un limite in concreto ad una concorrenza che non può essere tutelata al punto da pregiudicare la facoltà dell'imprenditore, titolare di una concessione, che, per quanto non affidata con la finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, è ancora in corso, di compiere le sue scelte organizzative.

In un periodo storico in cui il legislatore, alle prese con l'attuazione del PNRR e l'obbligo ivi imposto di promozione e tutela della concorrenza, pare andare nella direzione di un maggior *favor* per la concorrenza, i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale e il metodo applicato dovranno allora essere primariamente tenuti in considerazione dagli operatori del diritto. Come verrà meglio approfondito nel proseguo, sebbene nell'ottica della libera concorrenza declinata come massima partecipazione degli

*società in house*, in *Le imprese a partecipazione pubblica*, a cura di G. Presti e M. Renna, Milano, Giuffrè, 2018, 63 ss.

<sup>6</sup> S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 605 ss. Sul ruolo della Corte costituzionale quale «ponte necessario tra il *corpus iuris* e la mutevole realtà» già T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Id.*, *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, 69 ss.

<sup>7</sup> Parla di «costituzionalizzazione» degli studi di diritto amministrativo in un contributo sulle reciproche influenze delle pronunce della Corte costituzionale sulla scienza del diritto amministrativo A. Sandulli, *Corte costituzionale e scienza del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, ESI, 2006, 597 ss.

operatori economici<sup>8</sup>, sia in astratto apprezzabile l'intento del legislatore di ristabilire a valle una situazione di squilibrio a monte, nel concreto bilanciamento tra principi il mezzo prescelto non può risultare eccessivo rispetto al fine perseguito<sup>9</sup>.

## **2. Il favor per la concorrenza nel PNRR e nell'Allegato al Piano: la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021**

Il Piano e l'Allegato al Piano (riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea relativa all'approvazione della valutazione del PNRR dell'Italia), come anticipato nelle premesse, delineano un particolare *favor* per il mercato e la concorrenza e individuano in uno strumento già esistente ma fino ad ora sostanzialmente inutilizzato<sup>10</sup>, quello delle leggi annuali sulla concorrenza, il principale strumento per conseguire quell'obiettivo.

La concorrenza nell'ottica del PNRR è veicolo per proiettare il modello economico che tradizionalmente ha caratterizzato il nostro paese verso scenari innovativi, non strettamente economici: in altri termini, non rappresenta (o quanto meno non dovrebbe rappresentare) solo un fattore per favorire l'efficienza e la crescita economica, ma i suoi effetti contribuiscono (dovrebbero contribuire) a proteggere interessi anche non economici, garantendo una più consistente eguaglianza sostanziale e una più solida coesione sociale.

Più nel dettaglio, come si legge nella decisione di esecuzione al Piano, l'obiettivo sarebbe quello di «migliorare il contesto imprenditoriale generale e ridurre gli ostacoli alla concorrenza»<sup>11</sup>. In particolare, la legge annuale sulla

<sup>8</sup> Sin da ora è opportuno evidenziare come concorrenza e mercato siano concetti correlati, ma come noto non necessariamente se il mercato è libero si realizzano i presupposti per consentire la libertà di iniziativa economica individuale. In particolare sul rapporto tra Stato e mercato S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.

<sup>9</sup> Sul necessario bilanciamento tra tutela della concorrenza e principi costituzionali si rinvia tra i molti a R. Bin, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di M. Ainis e G. Pitruzzella, Bari, Laterza, 2019, 65 ss.

<sup>10</sup> Prevista nell'ordinamento nazionale dal 2009 (art. 47, l. 23 luglio 2009, n. 99) è stata finora adottata una sola volta nel 2017 (l. 4 agosto 2017, n. 124). In dottrina sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017, D. Agus, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 729 ss.

<sup>11</sup> Consiglio dell'Unione europea, decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, 6 luglio 2021.

## riflessioni sul principio di concorrenza

concorrenza 2021 dovrebbe ridurre i tempi per l'avvio di un'attività in Italia e aumentare i processi competitivi per l'aggiudicazione dei contratti di servizi pubblici locali, con riguardo alla gestione dei rifiuti, ai trasporti (porti, ferrovie regionali e trasporto pubblico locale) e alle concessioni (autostrade, stazioni di ricarica per la mobilità elettrica ed energia idroelettrica).

La riforma per la promozione e la tutela della concorrenza si inserisce così nella logica generale secondo cui è redatto il PNRR di enunciazione di azioni ed obiettivi, di riforme da approntare e investimenti da realizzare<sup>12</sup>, proiettandosi verso il risultato<sup>13</sup> prima ancora che verso la legalità strettamente intesa, in quella prospettiva oramai consolidata<sup>14</sup> che colloca la legittimità amministrativa sempre meno sul piano del mero rispetto delle norme e sempre di più su quello del conseguimento del risultato<sup>15</sup>.

Si consideri, a riprova di quanto affermato, che l'attuazione del PNRR è elevata a interesse nazionale e prioritario del paese. Nel caso della riforma che in questa sede interessa, la sfida è ancora più ardua, perché le misure di accompagnamento alla legge annuale 2021, volte a garantire la diffusione della concorrenza rientrano tra quelle previsioni che il PNRR indica da realizzare entro il 31 dicembre 2022 e, in caso di inadempimento, il rischio è la sospensione delle erogazioni dei fondi o addirittura la revoca dei finanziamenti già ricevuti con obbligo di restituzione.

La legge annuale sulla concorrenza oltre a conformarsi agli obblighi che l'Italia ha assunto nel PNRR, intende anche rimuovere quelle criticità

<sup>12</sup> Il PNRR si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo (digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale) e si articola in sedici Componenti, raggruppate in sei Missioni, in linea con i sei Pilastri menzionati dal Regolamento RRF: 1) digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; 2) rivoluzione verde e transizione ecologica; 3) infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4) istruzione e ricerca; 5) coesione e inclusione; 6) salute.

<sup>13</sup> E Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *La Magistratura*, 12 novembre 2021.

<sup>14</sup> M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo. Annuario 2002. Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'Amministrazione. Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti. Normazione e funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale. Proposte di riforma dello status giuridico dei professori e ricercatori universitari. Meccanismi di selezione e criteri di valutazione*, Milano, Giuffrè, 2003, 107 ss., già nel 2002 affermava che «il rispetto della legge è elemento sempre necessario ma mai sufficiente» e che invece «la verifica del risultato raggiunto restituisce per così dire, certo per altra via, la possibilità di valutare la correlazione tra attività amministrativa e realizzazione dell'interesse generale».

<sup>15</sup> Così M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in questa *Rivista*, 2022, 1.

che hanno visto il nostro Paese coinvolto in procedure di infrazione, come quelle relative alla annosa vicenda delle concessioni balneari<sup>16</sup>.

Secondo quanto previsto dall'Allegato al Piano, la legge sulla concorrenza, da adottarsi con cadenza annuale, interverrà sia sul lato delle procedure competitive di aggiudicazione degli appalti per i servizi pubblici locali per aumentarle, sia sul lato della proroga delle concessioni per porti, autostrade, stazioni di ricarica elettrica ed energia idroelettrica agli operatori storici in molti settori, prevedendo una corretta regolamentazione dei contratti di servizio pubblico, rivedendo le regole sull'aggregazione e applicando un principio generale di proporzionalità della durata dei contratti di servizio pubblico e della loro adeguata compensazione.

Nell'ottica forse eccessivamente ottimistica che anima la decisione di esecuzione del Piano, le leggi annuali sulla concorrenza dovrebbero intervenire su svariati settori, da quello dell'energia a quello idrico, da quello dei trasporti a quello di gestione dei rifiuti, aumentando i rendimenti dell'insieme di investimenti pianificati per migliorare le infrastrutture fisiche in tutto il paese, rafforzando il capitale umano e accelerando le transizioni verde e digitale.

Ai fini del ragionamento condotto, interessa in particolare la materia dei servizi pubblici locali. L'intento sarebbe quello di rafforzare il ricorso al principio della concorrenza, soprattutto nel settore dei rifiuti e dei trasporti pubblici locali, limitando, per quanto meglio si approfondirà nel successivo paragrafo, gli affidamenti diretti e imponendo alle amministrazioni locali di giustificare eventuali scostamenti dalle procedure di gara per i contratti di servizio pubblico. Al contempo si vorrebbe dare definitiva attuazione all'art. 19, l. n. 124/2015<sup>17</sup>, il cui percorso riformatore, come noto, si era arrestato

<sup>16</sup> Sul tema di recente tra i molti, M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.*, 2021, 331 ss.; F. Ferraro, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, *ivi*, 359 ss.; G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, *ivi*, 385 ss.; M. Gola, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una - annosa - vicenda o resta ancora aperta?*, *ivi*, 401 ss.; R. Dipace, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, *ivi*, 419 ss.; B. Caravita di Toritto e G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, *ivi*, 621 ss.

<sup>17</sup> L'allegato individua il contenuto e i criteri cui deve ispirarsi il testo unico sui servizi pubblici locali: definire i servizi pubblici secondo i criteri del diritto dell'UE; stabilire i principi generali di prestazione, regolamentazione, e gestione dei servizi pubblici locali; stabilire un principio generale di proporzionalità della durata dei contratti di servizio pubblico; separare le funzioni di regolamentazione e di controllo da quella di gestione; prevedere un'adeguata



## riflessioni sul principio di concorrenza

per effetto di una pronuncia della Corte costituzionale<sup>18</sup>, con la predisposizione di un testo unico sui servizi pubblici locali.

La recente entrata in vigore della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 consente di svolgere considerazioni che, ancorché non definitive<sup>19</sup>, sono più puntuali di quelle che potevano essere svolte fino a qualche mese fa relativamente a quanto disposto in materia di servizi pubblici locali dal PNRR e dal suo Allegato<sup>20</sup>.

L'art. 8, l. n. 118/2022<sup>21</sup>, nell'individuare i principi e i criteri direttivi

compensazione dei contratti di servizio pubblico, sulla base di costi controllati da regolatori indipendenti.

<sup>18</sup> Il riferimento è alla sentenza C. cost., 25 novembre 2016, n. 251 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, l. 7 agosto 2015, n. 124, che delegava il Governo ad elaborare un testo unico «per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale». Per un commento alla sentenza tra i molti, P. Marzaro, *Servizi pubblici locali: leale collaborazione e complessità del "fenomeno sociale"*, in questa *Rivista*, 2017, 633 ss., spec. 636 ss.; G. Scaccia, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa in una sentenza di incostituzionalità "cautelare"*, in *Giur. cost.*, 2016, 2226 ss.; C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della tela di Penelope ... allo specchio*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, 2017; M. D'Amico, *Il seguito della sent. n. 251/2016 della Corte costituzionale fra "suggerimenti", "correzioni" e nuove impugnative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 287 ss.; I. Ambrosi, *"Concorrenza di competenze" e intervento delle regioni nel procedimento di formazione del decreto legislativo*, in *Forum di Quad. cost.*, 2017; B. Marchetti, *Le diverse declinazioni del principio di leale collaborazione nella delegazione legislativa elaborate dalla giurisprudenza costituzionale (alla luce della sent. n. 251 del 2016)*, in *Rivista AIC*, 2017; A. Poggi, G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *Federalismi.it*, 2016.

<sup>19</sup> L'art. 8, l. n. 118/2022 delega infatti il Governo ad adottare «entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico».

<sup>20</sup> Più in generale sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 il recente contributo di A. Moliterni, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 581 ss.

<sup>21</sup> Così dispone l'art. 8 recante «Delega al Governo in materia di servizi pubblici locali»: «(...) 2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) individuazione, nell'ambito della competenza esclusiva statale di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, da esercitare nel rispetto della tutela della concorrenza, dei principi e dei criteri dettati dalla normativa dell'Unione europea e dalla legge statale, delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità, universalità e non discriminazione, e dei migliori livelli di qualità e sicurezza, così da

in materia risponde nel suo complesso agli obiettivi prefissati dal Piano e

garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale e territoriale; b) adeguata considerazione delle differenze tra i servizi di interesse economico generale a rete di cui all'articolo 3-bis, comma 6-bis, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica, nel rispetto del principio di proporzionalità e tenuto conto dell'industrializzazione dei singoli settori, anche ai fini della definizione della disciplina relativa alla gestione e all'organizzazione del servizio idonea ad assicurarne la qualità e l'efficienza e della scelta tra autoproduzione e ricorso al mercato; c) ferme restando le competenze delle autorità indipendenti in materia di regolazione economico-tarifaria e della qualità, razionalizzazione della ripartizione dei poteri di regolazione e di controllo tra tali soggetti e i diversi livelli di governo locale, prevedendo altresì la separazione, a livello locale, tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione dei servizi e il rafforzamento dei poteri sanzionatori connessi alle attività di regolazione; d) definizione dei criteri per l'istituzione di regimi speciali o esclusivi, anche in considerazione delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento di determinati servizi pubblici, in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità e in conformità alla normativa dell'Unione europea; superamento dei regimi di esclusiva non conformi a tali principi e, comunque, non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio; e) definizione dei criteri per l'ottimale organizzazione territoriale dei servizi pubblici locali, anche mediante l'armonizzazione delle normative di settore, e introduzione di incentivi e meccanismi di premialità che favoriscano l'aggregazione delle attività e delle gestioni dei servizi a livello locale; f) razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici, nonché la durata dei relativi rapporti contrattuali, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; g) fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di una motivazione qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione; h) previsione di sistemi di monitoraggio dei costi ai fini del mantenimento degli equilibri di finanza pubblica, nonché della qualità, dell'efficienza e dell'efficacia della gestione dei servizi pubblici locali; i) previsione che l'obbligo di procedere alla razionalizzazione periodica prevista dall'articolo 20 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, tenga conto anche delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'autoproduzione anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione; l) previsione di una disciplina che, in caso di affidamento del servizio a nuovi soggetti, valorizzi, nel rispetto del principio di proporzionalità, misure di tutela dell'occupazione anche mediante l'impiego di apposite clausole sociali; m) estensione, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali, in materia di scelta della modalità di gestione del servizio e di affidamento dei contratti, anche al settore del trasporto pubblico locale; n) revisione delle discipline settoriali in materia di servizi pubblici locali, con particolare riferimento al settore dei rifiuti e alla gestione del

## riflessioni sul principio di concorrenza

dal suo Allegato. Nella prospettiva di rafforzare la qualità e l'efficienza della prestazione di servizi, la suddetta legge prevede principi e criteri volti tanto alla razionalizzazione dell'organizzazione, quanto alla ridefinizione dei presupposti per l'istituzione del servizio. In particolare, con riguardo ai primi rilevano l'introduzione di una più netta separazione tra le funzioni di regolazione e gestione (art. 8, c. 2, lett. c); l'incentivo alle aggregazioni delle attività e delle gestioni dei servizi a livello locale (art. 8, c. 2, lett. e); nonché la previsione di nuove regole per l'affidamento a società *in house* (art. 8, c. 2, lett. g)). Con riferimento ai principi di istituzione del servizio, vanno menzionati la distinzione tra servizi di interesse economico generale a rete e «altri servizi pubblici locali» (art. 8, c. 2, lett. b)), il superamento o comunque la limitazione di regimi speciali o esclusivi non conformi ai principi di adeguatezza e proporzionalità (art. 8, c. 2, lett. d)), nonché la revisione della disciplina dei regimi di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni (art. 8, c. 2, lett. q)).

Se non vi è dubbio che una riforma in materia ancor più che nel

servizio idrico, l'armonizzazione e il coordinamento; al fine di assicurarne; o) razionalizzazione del rapporto tra la disciplina dei servizi pubblici locali e la disciplina per l'affidamento dei rapporti negoziali di partenariato regolati dal codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in conformità agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale; p) coordinamento della disciplina dei servizi pubblici locali con la normativa in materia di contratti pubblici e in materia di società a partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione; q) revisione della disciplina dei regimi di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni, nonché di cessione dei beni in caso di subentro, anche al fine di assicurare un'adeguata tutela della proprietà pubblica, nonché un'adeguata tutela del gestore uscente; r) razionalizzazione della disciplina e dei criteri per la definizione dei regimi tariffari, anche al fine di assicurare una più razionale distribuzione delle competenze tra autorità indipendenti ed enti locali; s) previsione di modalità per la pubblicazione, a cura degli affidatari, dei dati relativi alla qualità del servizio, al livello annuale degli investimenti effettuati e alla loro programmazione fino al termine dell'affidamento; t) razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di partecipazione degli utenti nella fase di definizione della qualità e quantità del servizio, degli obiettivi e dei costi del servizio pubblico locale e rafforzamento degli strumenti di tutela degli utenti, anche attraverso meccanismi non giurisdizionali; u) rafforzamento, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 29, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, resa interoperabile con le banche dati nazionali già costituite, e la piattaforma unica della trasparenza, ivi compreso l'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, ivi compreso l'affidamento *in house*, la regolazione negoziale del rapporto tramite contratti di servizio e il concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico; v) definizione di strumenti per la trasparenza dei contratti di servizio nonché introduzione di contratti di servizio tipo».

2016 appare «necessaria per assicurare stabilità ad un settore alla ricerca di un nuovo inquadramento teorico, organizzativo e gestionale»<sup>22</sup>, la legge n. 118/2022 è «un veicolo di riforme»<sup>23</sup>. Anche sotto tale profilo, il PNRR rappresenta una importante «rete di sicurezza»<sup>24</sup>, nella misura in cui, come già detto, prevede precisi termini per l'adozione dei provvedimenti attuativi delle leggi annuali della concorrenza, compresa quella del 2021<sup>25</sup>. Tuttavia, solo una volta che saranno stati adottati e approvati i decreti legislativi si potranno comprendere le effettive coordinate che per il futuro assicureranno l'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali<sup>26</sup>. Al di là del giusto ottimismo e dell'intenso dibattito politico che oggi anima più in generale ogni discorso attorno al PNRR, l'esito di quelle che ad oggi non possono che essere prospettive dipenderà in definitiva da come in concreto la riforma sarà concretamente attuata e implementata<sup>27</sup>.

### 3. *L'in house* torna ad essere “eccezionale”?

La legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, in conformità a quanto disposto dal PNRR, detta principi e criteri direttivi con riguardo agli affidamenti *in house*, il cui interesse nella prospettiva del ragionamento condotto sul principio di concorrenza si spiega anche alla luce della pluralità di attori istituzionali che più di recente si sono espressi sul dibattuto rapporto tra concorrenza e obbligo di motivazione.

Come anticipato, nell'attuale contesto ordinamentale, in assenza di una

<sup>22</sup> Il riferimento è a quanto affermato con riguardo alla riforma voluta dalla legge Madia da G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in questa *Rivista*, 2016, 1, V ss.

<sup>23</sup> Così A. Moliterni, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, cit., 584.

<sup>24</sup> Parla di «rete di sicurezza» A. Moliterni, cit., 586.

<sup>25</sup> La disposizione di delega (art. 8, l. n. 118/2022) prevede che essa sia esercitata entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (entro cioè il 27 febbraio 2023).

<sup>26</sup> Nel Consiglio dei ministri n. 95 del 16 settembre 2022 è stato approvato in via preliminare uno schema di decreto sul riordino della disciplina dei servizi pubblici locali, sulla base dei lavori della Commissione di studio istituita presso il Segretariato Generale della Presidenza del Consiglio e presieduta dal Prof. Giuseppe Caia.

<sup>27</sup> Rileva B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, «progettare le riforme e redigere le leggi di riforma è relativamente facile. Ottenere l'approvazione è difficile. Ma le più grandi difficoltà si hanno nella fase attuativa, frequentemente trascurata, anche per le ragioni legate ai temi e ai tempi della politica, prima menzionate».

## riflessioni sul principio di concorrenza

disciplina puntuale di riferimento, l'ente locale è libero di scegliere tra l'esternalizzazione e l'autoproduzione del servizio<sup>28</sup>. Al principio di libera amministrazione che si ricava dall'art. 166, d.lgs. n. 50/2016<sup>29</sup> consegue oltre alla «neutralità» nella potenziale destinatarietà delle aggiudicazioni a soggetti pubblici o privati<sup>30</sup>, la sostanziale equiordinazione delle procedure per l'affidamento delle concessioni<sup>31</sup>.

Non si tratta di una costante nel procedimento di scelta della modalità di gestione: come noto, infatti, l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 nel prevedere quale «modalità ordinaria» il conferimento del servizio mediante procedure

<sup>28</sup> È quanto si ricava espressamente dall'art. 166, d.lgs. n. 50/2016, che prevede: «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici». Anche nel diritto europeo, la gestione diretta o tramite società *in house* è modulo generale alternativo all'affidamento a terzi mediante selezione pubblica. Segnatamente, il quinto considerando della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici precisa che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva». Inoltre, ai sensi dell'art. 2, c. 1, dir. 2014/23/UE «le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

<sup>29</sup> Si consideri che l'art. 7 dello schema del nuovo codice appalti reca il principio di auto organizzazione amministrativa, prevedendo che: «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione».

<sup>30</sup> G. Caia, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, 457 ss., che rileva come «tale dato di neutralità è stato ben recepito anche dal legislatore italiano, che identifica i possibili soggetti destinatari di commesse pubbliche prescindendo dalla loro natura giuridica; valga al riguardo la definizione normativa di «operatore economico», dettata nell'art. 3, lett. p) del citato Codice dei Contratti Pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016».

<sup>31</sup> M.P. Chiti, *Principi*, cit., spec. 303, parla di «parificazione delle politiche di esternalizzazione e di "autoproduzione/autoprestazione" delle amministrazioni aggiudicatrici» con l'effetto di un necessario ripensamento anche della giurisprudenza nazionale sugli appalti pubblici.

competitive a evidenza pubblica, ha limitato fortemente gli affidamenti diretti a società con i requisiti dell'*in house*, in deroga al mercato e alla concorrenza e previo parere obbligatorio dell'AGCM<sup>32</sup>.

Successivamente anche l'art. 4, d.l. n. 138/2011, nel riprodurre sostanzialmente la disciplina prevista dall'art. 23-bis, poi dichiarato incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199, ha ridotto al minimo la libertà dell'ente locale di scegliere tra l'una e l'altra modalità di gestione del servizio<sup>33</sup>, assoggettando la legittimità degli affidamenti *in house* al limite del valore economico dell'affidamento, così sostanzialmente cercando «di strappare l'ambito dei servizi pubblici dalla partecipazione diretta degli enti locali»<sup>34</sup>.

Nell'attuale contesto ordinamentale, pur nel rispetto delle esigenze della collettività e del buon andamento<sup>35</sup>, il rinvio ai principi europei, in particolare quello di libera organizzazione dei poteri pubblici per la realizzazione dei fini loro propri, ha attribuito agli enti locali un ampio margine di scelta tra le due modalità di gestione<sup>36</sup>. Se in generale con riguardo ai contratti affidati con la formula dell'*in house* l'obbligo motivazionale imposto dall'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 è alquanto stringente<sup>37</sup>, più nello spe-

<sup>32</sup> Per un commento alla norma, per tutti, M. Dugato, *I servizi pubblici locali (art. 23-bis)*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1219 ss.; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. 219 ss.; S. Colombari, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>33</sup> A commento della sentenza della Corte costituzionale, tra i molti F. Merloni, *Una sentenza chiara sull'aggiornamento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2013, 211 ss.

<sup>34</sup> M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 505 ss., spec. 522.

<sup>35</sup> Già con riguardo al contesto venutosi a creare con l'entrata in vigore dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in questa *Rivista*, 2011, 143 ss., evidenziava che l'assunzione e l'esercizio del servizio pubblico locale incontrano, da un lato, il limite della corrispondenza dell'attività ai «diritti» o agli «interessi socialmente rilevanti dei cittadini» e, dall'altro lato, quello del buon andamento.

<sup>36</sup> È quanto rilevato anche da E. Scotti, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2011, 629 ss., spec. 650, secondo cui «nella ripristinata ampiezza delle modalità di gestione, conforme all'indifferenza del diritto europeo per l'uno o per l'altro modello, si colgono esigenze di ragionevolezza e di differenziazione dell'azione degli enti locali: ciò nella prospettiva «di valorizzare – nel contempo responsabilizzando – l'autonomia territoriale, ancorando le scelte degli enti locali ad un effettivo rispetto dei principi di efficienza ed economicità della gestione dei servizi, in vista degli interessi dei cittadini».

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto devono preventivamente valutare la «congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando

## riflessioni sul principio di concorrenza

cifico nell'ambito dei servizi pubblici locali, l'ente locale, per quanto debba motivare le ragioni sottese alla scelta<sup>38</sup>, può optare per l'esternalizzazione – con l'affidamento del servizio ad una impresa selezionata a seguito di una procedura competitiva ad evidenza pubblica – o per la gestione in via diretta secondo il modello dell'*in house providing*.

In altri termini, il fatto che l'ente debba dar conto delle ragioni che giustificano la gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato non implica che la scelta del modello di gestione sia predeterminata né tanto meno esclude l'esercizio della sua autonomia politico-decisionale, ma si spiega alla luce dei parametri dell'efficienza, dell'efficacia e della economicità<sup>39</sup>. D'altro canto, al di là dell'impegno a lungo profuso dalla giurisprudenza<sup>40</sup>,

conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività, della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

<sup>38</sup> L'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 prevede infatti che l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia effettuato «sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste». Del resto, l'art. 7, c. 3, dello schema di decreto legislativo di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, adottato ai sensi degli artt. 16 e 19, l. n. 124/2015, stabiliva tra l'altro che «nel caso di affidamento in house o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato». Infine l'art. 5, c. 1, d.lgs. n. 175/2016, recante «Oneri di motivazione analitica» manifesta la stessa cautela verso la costituzione e l'acquisto di partecipazioni di società pubbliche, prevedendo che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni debba essere analiticamente motivato «con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria [...], nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa».

<sup>39</sup> Così M. Dugato, *Servizi pubblici locali* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2022, 1086 ss. secondo cui «si assiste, invece, solamente alla perimetrazione della scelta attraverso i criteri e i parametri dell'efficienza, dell'efficacia e della economicità. La tecnicità della scelta, lungi dall'essere ordinata secondo le regole tecniche della concorrenza, risulta essere di conseguenza informata dalle regole parimenti tecniche del buon andamento che, come tali, non sono certamente estranee anche alla soddisfazione degli interessi dell'utenza».

<sup>40</sup> L'orientamento non era univoco in giurisprudenza. Alcune sentenze hanno ritenuto venuto meno il principio dell'eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, *ex multis*, Cons. St., sez. VI,

anche europea<sup>41</sup>, nell'affermazione del suo carattere eccezionale o meno<sup>42</sup>, l'*in house providing*, come affermato da autorevole dottrina, a ben vedere, è più semplicemente «un'altra cosa, rispetto all'ambito della concorrenza»<sup>43</sup>. Il fatto che l'autoproduzione sia estranea alla concorrenza<sup>44</sup> non ne fa per ciò solo una modalità eccezionale di gestione, perché quando il servizio viene affidato senza gara, non vi è né violazione né deroga alle regole della concorrenza.

È sbagliato allora ragionare dell'*in house* in termini di “regola-eccezione”, non perché rispetto al passato qualcosa sia cambiato o tutto sia rimasto come prima. Quando il servizio è autoprodotta non c'è infatti nessuna regola o eccezione alla concorrenza. In primo luogo, perché l'*in house* non è un istituto a sé, inquadrabile rispetto ad altri istituti, tale per cui fuori dalla regola c'è l'eccezione e viceversa. In secondo luogo, perché «il mercato, come luogo delle relazioni economiche, non è interessato per il semplice fatto che manca l'alterità soggettività tra committente e prestatore» e dunque non vi è ragione di invocare una violazione della libertà di concorrenza<sup>45</sup>.

Nel ragionamento svolto, pare utile richiamare la giurisprudenza costituzionale sull'art. 43 Cost.<sup>46</sup>. Come noto, dapprima la Corte costituzionale ha ritenuto legittimi i monopoli pubblici nel rapporto tra l'interes-

11 febbraio 2013, n. 762; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599. Altre hanno confermato l'eccezionalità dell'affidamento *in house*, tra queste Cons. St., sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291. Più di recente Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028; Cons. St., sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6459 rilevano che «Il ricorso all'affidamento in house del servizio è in posizione subalterna all'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica».

<sup>41</sup> C. giust. UE, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19 rilevano la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze».

<sup>42</sup> Più in generale sui requisiti dell'*in house providing* M. Cammelli e M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in Aa.Vv., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, Giappichelli, 2008, 1 ss. Più di recente, anche M. Dugato, *La partecipazione pubblica in sede di costituzione e in società già costituite*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, a cura di C. Ibba, Milano, Giuffrè, 2019, 89 ss.

<sup>43</sup> C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello*, cit., 153.

<sup>44</sup> Sul tema, anche F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 251 ss., secondo cui «quando il servizio è autoprodotta non esistono i presupposti neppure per sperimentare la concorrenza per il mercato».

<sup>45</sup> Così F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 252.

<sup>46</sup> Per un commento all'art. 43 Cost. tra tutti F. Galgano, *Art 43*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli- Il foro, 1982, 193 ss.



## riflessioni sul principio di concorrenza

se pubblico e la libertà individuale d'impresa<sup>47</sup>, senza che la concorrenza venisse in alcun modo in considerazione<sup>48</sup>, per poi individuare, sulla scia delle pronunce della Corte di giustizia in tema di servizi pubblici, nella (in) sufficienza e nella (in)adeguatezza del mercato i parametri imprescindibili per giustificare la riserva pubblica di attività<sup>49</sup>. Si è passati cioè da un sistema in cui il monopolio pubblico rapportato ai limiti all'iniziativa economica privata previsti dall'art. 41, commi secondo e terzo ha rappresentato l'*extrema ratio* ad una concezione pro concorrenziale, in cui la riserva pubblica di un'attività e la sua sottrazione al mercato si giustifica nei soli casi di fallimento del mercato<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Sulla relazione tra gli artt. 41 e 43 Cost., U. Pototschnig, *Poteri pubblici ed attività produttive*, in Aa.Vv., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale. Atti del Convegno, Milano, 6-7 maggio 1988*, Milano, Giuffrè, 106 ss.

<sup>48</sup> C. cost., 6 luglio 1965, n. 58 sulla concessione amministrativa del servizio di radiotelevisione alla Rai: «attraverso la minuta disciplina per lo svolgimento del servizio stesso, è garantito il puntuale conseguimento dei fini di utilità generale che lo Stato potrebbe prefiggersi di raggiungere mediante la gestione diretta o l'affidamento del servizio ad un ente pubblico, mentre d'altra parte, liberando lo Stato dall'onere della gestione e permettendo una maggiore snellezza del servizio, si soddisfa una utilità economico-sociale che coincide con quella che informa l'art. 43 della Costituzione»; C. cost., 3 agosto 1976, n. 209 sul monopolio statale della vendita dei tabacchi: «la riserva allo Stato della distribuzione e vendita dei tabacchi trova nella legge n. 724 del 1975 un notevole condizionamento e una sostanziale limitazione ed è consentito ravvisare nella complessiva disciplina del monopolio dei tabacchi la sussistenza di presupposti mezzi e fini propri di un servizio pubblico essenziale, fini che sono connessi con il perseguimento di scopi di utilità generale»; C. cost., ord., 26 gennaio 1988 n. 110.

<sup>49</sup> C. cost., 9 giugno 1977, n. 109 sull'autoproduzione della produzione e della distribuzione dei cortometraggi «È da escludere che l'art. 12, quarto comma, della legge 4 novembre 1965 n. 1213 (Nuovo ordinamento a favore della cinematografia), col disporre che le Amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici e le società a prevalente partecipazione statale debbano affidare la produzione e la distribuzione dei cortometraggi da essi finanziati, all'Istituto Luce, abbia posto in essere un nuovo monopolio pubblico, sia pure limitatamente ad una parte del settore dei cortometraggi, con sbarramento di un settore produttivo a danno di soggetti diversi dall'Istituto Luce. Si tratta piuttosto di una situazione nella quale la Pubblica Amministrazione, a mezzo di una società (quale l'Istituto Luce) che fa capo ad un ente di gestione del sistema delle partecipazioni statali (l'Ente gestione cinema), si pone come autoproduttrice (o produttrice in proprio) rispetto ai cortometraggi realizzati da altri soggetti, nell'ambito dell'amministrazione diretta, secondo un sistema (quello dei "servizi in economia") che usato più frequentemente nel settore dei lavori pubblici, consente di far coincidere il costo dell'opera o del servizio con le spese effettivamente sostenute, eliminando il guadagno dell'imprenditore»; C. cost., 15 marzo 1994, n. 90 sul servizio antincendio; C. cost., 30 dicembre 1997, n. 463.

<sup>50</sup> Per una completa disanima della giurisprudenza costituzionale sul tema e per i riferimenti dottrinali si rinvia a M. Dugato, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, cit., 51 ss.

Sono gli stessi contenuti ed espressioni che la giurisprudenza europea ha per prima coniato con riguardo all'*in house providing*<sup>51</sup>.

Nell'attuale contesto proconcorrenziale, in cui, come già detto, pare raccomandarsi, ancorchè in maniera non univoca, un ricorso più responsabile all'*in house providing* quei principi dovranno essere recuperati, per superare definitivamente quell'equivoco, che come affermato da autorevole dottrina «continuiamo a trascinarci, senza riuscire a svelarlo per quel che è»<sup>52</sup> di considerare l'*in house* come un istituto a sé.

Gli affidamenti diretti dovranno cioè essere riportati alle loro origini risalenti alla materia degli appalti per escludere l'applicazione di quelle regole in mancanza di un rapporto di alterità tra le parti del contratto affidato<sup>53</sup>, specificate dalla sentenza della Corte di giustizia *Teckal* e confermate dalla giurisprudenza successiva, tanto europea quanto nazionale<sup>54</sup>. Per quanto la

<sup>51</sup> Sotto tale profilo particolarmente significativa è la sentenza C. cost., n. 109/1977 che ha affermato la conformità costituzionale del monopolio, con riferimenti che corrispondono a quelli legittimanti l'affidamento diretto: « la formula dell'autoproduzione adottata da questa normativa, mentre allontana ogni analogia con la figura dell'appalto, richiama il "sistema della economia (o dei servizi in economia)" nella sua più limitata accezione della amministrazione diretta (contrapposta a quella del cottimo fiduciario): istituti che la dottrina suole prendere in esame unitamente ai contratti veri e propri della pubblica amministrazione (...) Certamente, la scienza dell'amministrazione non ignora gli abusi a cui può dar luogo l'esperienza del sistema "in economia" e la gestione diretta dei servizi: da un ricorso troppo ampio a questi istituti (mentre esso è rigorosamente delimitato dalla normativa vigente), potrebbero risultare indirettamente e indebitamente alterati gli equilibri propri del nostro sistema a economia mista, quale si delinea negli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione. Ma non è questo il caso dell'Istituto Luce, non tanto per il suo carattere marginale, non solo perché esso interessa le amministrazioni statali e (si deve intendere) gli enti pubblici che fanno capo allo Stato-persona, ma soprattutto perché, in questo settore, solamente l'iniziativa privata può accedere al complesso di provvidenze ed incentivi previsti dalla legislazione sulla cinematografia».

<sup>52</sup> F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 251, che rileva come l'equivoco quando si parla di gestione e affidamento *in house* consista nel far riferimento «ad una nozione comunitaria che abbia i seguenti caratteri: i) che sia specifica dei servizi pubblici locali, ii) che sia una nozione normativa, di diritto positivo, per l'appunto; iii) che sia una nozione giuridica. Nessuno di questi tre assunti è esatto».

<sup>53</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, che utilizzava la locuzione di «appalto *in house*» per indicare gli appalti «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata».

<sup>54</sup> La Corte di giustizia ha definito le condizioni per l'affidamento *in house* con l'intento di inquadrare l'ambito di operatività delle norme comunitarie in tema di appalti e senza la pretesa di estenderne la portata al di fuori del terreno degli appalti. Per richiamare le pronunce più significative che hanno segnato l'evoluzione giurisprudenziale in materia, C. giust. CE, 9 settembre 1999, C-108/98, *Risan s.r.l.*, con commento di G. Piperata, *Le*

## riflessioni sul principio di concorrenza

nozione non sia normativa, ma sia una “invenzione” tutta giurisprudenziale<sup>55</sup> e sia la casistica ad aver formato il modello *in house* per approssimazioni successive e non viceversa<sup>56</sup>, non vi è dubbio che il diritto comunitario consenta all’ente di produrre servizi anche economici per se stesse e con i propri mezzi, senza che la concorrenza possa fungere da limite per l’inquadramento in un rapporto “regola-eccezione” al quale l’*in house* è estraneo.

Il PNRR e la giurisprudenza amministrativa immediatamente successiva non paiono individuare una linea di indirizzo univoca, invocando talora un ricorso più responsabile all’*in house*, altre volte una più ampia partecipazione pubblica e il quadro ordinamentale che ci viene restituito, per quanto ponga il legislatore al centro di importanti sfide, pare al momento confermare quello precedente che, ai fini che interessano, vede l’ente libero di scegliere tra l’externalizzazione e l’autoproduzione, purché nel rispetto dei requisiti più o meno restrittivi fissati dal legislatore<sup>57</sup>.

“omissioni” del giudice comunitario in tema di concessione di pubblici servizi, in *Fin. loc.*, 2001, 1069 ss.; C. giust. CE 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, con commento tra i tanti di G. Greco, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1399 ss.; C. giust., 14 novembre 2002, C-310/01, *Didi*, con commento di S. Colombari, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1143 ss.; C. giust., 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stad Halle*; C. giust., 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*; C. giust., 13 ottobre 2005, C- 458/03, *Parking Brixen*, con nota di G. Piperata, *L’affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 ss.; C. giust., 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*.

<sup>55</sup> F. Merusi, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2011, 413 ss., spec. 419: «la società in house è un’invenzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nelle varie sentenze succedutesi in materia, non solo con riferimento a casi italiani, ha perseguito un duplice scopo: 1) sottoporre alla normativa comunitaria, caratterizzata dall’effetto tipicizzante (e perciò unificante) del diritto amministrativo, amministrazioni “sostanziali” accertabili come tali attraverso indici di identificazione, così come per le altre amministrazioni era stato fatto con l’analogo istituto, anch’esso di invenzione comunitaria, dell’organismo di diritto pubblico; 2) escludere dalla disciplina sui servizi pubblici fenomeni di “autoproduzione” amministrativa, cioè di amministrazioni che attraverso lo strumento societario producono servizi per se stesse, non per gli utenti».

<sup>56</sup> Così F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 251; negli stessi termini G. Piperata, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, 651 ss.: «La fattispecie, in pratica, è stata elaborata per approssimazioni successive: come in una costruzione a mosaico, dove vi è una cornice di riferimento e il disegno della figura è soltanto abbozzato, ogni attore che è intervenuto in tale processo ha aggiunto un tassello regolativo».

<sup>57</sup> L’art. 5, d.lgs. n. 50/2016 e l’art. 16, d.lgs. n. 175/2016 ribadiscono i requisiti per l’affidamento *in house* già da tempo espressi dalla giurisprudenza, ovvero quelli del controllo analogo e del soggetto dedicato (con il riferimento dell’ottanta per cento dell’attività

Sotto tale profilo, tanto la giurisprudenza costituzionale che ha orientato il sistema verso un sistema pro concorrenziale in cui la riserva pubblica è strumento ordinario e non deve misurarsi con la libertà di cui all'art. 41 Cost., quanto quella che ha individuato nella ricerca di soluzioni proporzionate nel rapporto tra perseguimento della funzione pubblica ed entità del sacrificio imposto agli interessi individuali<sup>58</sup>, rappresentano così utili punti di riferimento per superare i numerosi equivoci sull'*in house*.

Pare cioè che l'affidamento *in house* non debba essere precluso o consentito in via assoluta, sopravvalutando il riferimento alla concorrenza e alle sue regole<sup>59</sup>. Nella logica di un processo logico che procede per fasi, in cui il giudizio sulla proporzionalità in senso stretto ha luogo solo se le verifiche dell'adeguatezza e della necessità allo scopo hanno dato esito positivo<sup>60</sup>, quanto più ci si allontana dalle logiche dell'impresa, tanto più non dovrebbero esserci ragioni per limitare l'*in house*. Viceversa, in quei settori in cui le regole della concorrenza prevalgono e nel mercato si va alla ricerca del giusto equilibrio tra il potere di gestione dell'imprenditore e l'assunzione del rischio economico<sup>61</sup>, l'autoproduzione del servizio dovrà essere attentamente vagliata e il giudizio di proporzionalità dovrà superare la soglia della mera strumentalità in astratto.

svolta) ammettendo la partecipazione diretta di capitali privati che «non comportano controllo o potere di veto, previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata». In dottrina rilevano le problematiche connesse alla partecipazione dei privati tra i molti G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. Cammelli e M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 322 ss.; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2012, 290 ss.; I. Annibali, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 787 ss.

<sup>58</sup> Sul bilanciamento della concorrenza con altri diritti e interessi costituzionali in dottrina, R. Bin, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, cit., 65 ss.

<sup>59</sup> In un periodo di grave crisi, invocava i rischi e gli effetti di un eccesso di regolazione pro-concorrenziale F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 17 ss.

<sup>60</sup> Sul giudizio di proporzionalità per tutti F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, cit., 601; Id., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.

<sup>61</sup> Sulla necessità di un equilibrio tra interesse dell'imprenditore, interesse della collettività e interesse dell'ente F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e diritto pubblico*, cit., 219 ss., spec. 224.

#### 4. (Segue). Dal rapporto “regola-eccezione” all’obbligo di motivazione

Al netto di quanto affermato sopra sull’erroneità dello stesso, nel dibattito recente il tormentato rapporto “regola-eccezione” pare spostato sull’obbligo di motivazione<sup>62</sup> previsto dall’art. 192, d.lgs. n. 50/2016<sup>63</sup>.

Alcuni arresti giurisprudenziali recenti hanno infatti individuato nell’obbligo di motivazione, richiesto quando si decida di autoprodurre il servizio, non anche quando lo si esternalizzi, la ragione per riaffermare il «carattere secondario e residuale dell’affidamento *in house*» e l’«ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara». In particolare, l’obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l’esclusione del ricorso al mercato e quello di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all’opzione per l’affidamento *in house*, muoverebbero da «un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica»<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Si consideri che nello schema del nuovo codice appalti l’art. 7, c. 2 prevede che «2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato».

<sup>63</sup> Sull’obbligo di motivazione sono recentemente intervenute la Corte di giustizia e la Corte costituzionale. La Corte di giustizia (sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – *Rieco s.p.a.*) ha ritenuto conforme al diritto dell’Unione l’art. 192 del codice dei contratti pubblici, demandando allo Stato membro la definizione di un punto di equilibrio tra i due valori da bilanciare, quello della libera autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni con quello della concorrenza e del mercato, senza fornire indicazioni più concrete e specifiche.

<sup>64</sup> Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102. Negli stessi termini Cons. St., sez. III, 10 maggio 2021, n.3682: «L’art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) impone che l’affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni): a) la prima condizione consiste nell’obbligo di motivare le condizioni che

Anche il confronto politico sul d.d.l. concorrenza, nella parte relativa alla riscrittura della disciplina dei servizi pubblici locali si è concentrato sull'obbligo di motivazione. In caso di ricorso alla gestione *in house*, i tentativi di espungere la motivazione *ex ante* si sono alternati a quelli di mantenere una motivazione qualificata *ex post* e, nel caso opposto di gara, è stata avanzata la proposta di introdurre un obbligo generalizzato di motivazione.

L'art. 8, c. 2 lett. g), l. n. 118/2022 ha infine previsto una motivazione qualificata della scelta o della conferma del modello dell'autoproduzione per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35 d.lgs. n. 50/2016, motivazione che deve dar conto «delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione»<sup>65</sup>.

hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato "fallimento del mercato" rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche, cui la società *in house* invece supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house* (dimostrazione che non è invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento – con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto). Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese». Si veda anche TAR Liguria, sez. I, 8 ottobre 2020, n. 684, secondo cui «nel settore del trasporto pubblico locale l'*in house providing* è una modalità affatto ordinaria di affidamento dei relativi servizi, "perfettamente alternativa al ricorso al mercato" (art. 5, comma 2, del reg. CE n. 1370/2007 e l'art. 18, lett. a), del codice dei contratti pubblici) e pertanto non si applica la regola prevista dall'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, incentrata sulla comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'*in house providing* e del ricorso al mercato, posto che, per il servizio di trasporto pubblico locale, non è invece previsto un rapporto di regola ed eccezione, cosicché difettano le basi logico-giuridiche della pretesa comparazione».

<sup>65</sup> Un indice dell'invocata tendenza a limitare l'*in house* discende anche da un'altra disposizione della l. n. 118/2021. L'art. 11 prevede infatti un rafforzamento dei controlli sulla costituzione delle società pubbliche o sull'acquisto di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni di cui all'art. 5 del testo unico sulle

## riflessioni sul principio di concorrenza

La Corte costituzionale nella sentenza 27 maggio 2020, n. 100, con cui ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016<sup>66</sup>, non ha preso direttamente posizione sulla questione “regola-eccezione”, ma ha affermato che l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato «risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza» e non si discosta, nella sostanza, da quanto già era imposto dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 e dall'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012, che recavano «una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dalla normativa comunitaria»<sup>67</sup>.

Anche la Corte dei conti nella sua relazione 2021 ha fatto riferimento all'obbligo di motivazione. In particolare, ha rilevato sia la forte diffusione degli affidamenti diretti effettuati dagli enti territoriali in favore delle società partecipate<sup>68</sup>, sia la tendenza a relegare la motivazione richiesta dall'art. 192 nell'alveo degli adempimenti formali, con relazioni che si dilungano molto sulla sussistenza dei requisiti dell' *in house*, ma sono invece molto sintetiche

società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). L'amministrazione deve inviare l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta non solo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma anche alla Corte dei conti, che delibera con riguardo «alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa».

<sup>66</sup> La Corte costituzionale ha respinto le censure di eccesso di delega e di *goldplating* mosse dal Giudice remittente (TAR Liguria, ord. 15 novembre 2018, n. 77), affermando che: «La specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la ratio ed è coerente con il quadro normativo di riferimento. Quest'ultimo criterio interpretativo è particolarmente calzante nel caso di specie, in cui si è in presenza di un “codice”, che, come è tipico di tale corpo normativo nell'ambito amministrativo, nell'adeguare la normativa nazionale alle direttive europee, si prefigge anche lo scopo di razionalizzare una disciplina di settore stratificatasi nel tempo. La norma delegata, in effetti, è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici».

<sup>67</sup> Così C. cost., n. 325/2010, nello stesso senso C. cost. n. 46/2013 relativamente alle condizioni allora poste dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008.

<sup>68</sup> Su 11.300 affidamenti di servizi pubblici, solo il cinque per cento degli affidamenti a società controllate è avvenuto con gara. La relazione rileva poi che nel 2019 il 93 per cento del totale degli affidamenti disposti dagli enti locali sono avvenuti secondo il modello dell' *in house providing*.

nella parte dedicata alla motivazione del mancato ricorso al mercato<sup>69</sup>, dove vengono frequentemente utilizzate formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione concreta<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Secondo G. Caia, *Servizi pubblici locali*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Treccani, 2017, 228 ss. l'onere di cui all'art. 34 d.l. n. 179/2012 non sarebbe ovviabile con motivazioni meramente enunciative. In dottrina, sull'obbligo di motivazione anche C. Contessa, *La Corte di giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, in *Urb. e app.*, 2020, 354 ss.

<sup>70</sup> In giurisprudenza si registrano orientamenti contrastanti. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 28 aprile 2016, n. 639 ha ritenuto che la relazione sia esaustiva qualora dimostri l'efficienza e la convenienza economica dell'affidamento, sottolineando che un'esposizione che illustri la scelta politica di spingere verso la raccolta differenziata (adottando nel Comune il metodo della c.d. raccolta "porta a porta" ovvero la "differenziata spinta") e raffronti i costi del servizio con quelli di alcuni comuni ritenuti equivalenti non sia illogica: «la scelta, espressa da un ente locale, nella specie da un Comune, nel senso di rendere un dato servizio alla cittadinanza con una certa modalità organizzativa piuttosto di un'altra, ovvero in questo caso di ricorrere allo in house e non esternalizzare, è ampiamente discrezionale, e quindi, secondo giurisprudenza assolutamente costante e pacifica, è sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti: nella materia dei servizi pubblici, affermano ad esempio il principio in generale C.d.S. sez.V 6 maggio 2011 n°2713 e nel caso specifico della scelta di una gestione in house TAR Liguria sez. II 8 febbraio 2016 n°120 e TAR Puglia Bari sez. I 12 aprile 2006 n°1318»; *contra* TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 maggio 2016, n. 1781, che ha richiesto un maggior grado di specificità: «La relazione che supporta la scelta di operare mediante affidamento in house, di cui al richiamato art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012, è finalizzata a rendere trasparenti e conoscibili agli interessati tanto le operazioni di riscontro delle caratteristiche che fanno dell'affidataria una società in house, quanto il processo d'individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti (T.A.R. Friuli Venezia Giulia – 26/10/2015 n. 468; T.A.R. Abruzzo Pescara – 14/8/2015 n. 349). I riferiti canoni interpretativi trovano oggi positiva rispondenza nell'art. 192 del D.lgs. 50/2016. [...] Ciò a testimonianza di una linea di tendenza dell'ordinamento che, pur ammettendo quale forma di gestione dei servizi pubblici l'affidamento diretto alla società in house, richiede la dimostrazione che tale scelta, preferita rispetto a quelle del ricorso al mercato, sia supportata da ragioni di convenienza sotto il profilo dei benefici per la collettività. [...] A margine della dubbia rispondenza di tale relazione a quella prevista dall'art 34 comma 20 del DL 179/2012 (su cui si tornerà al successivo punto 6.5), la stessa in realtà non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179. In altri termini nella relazione si dà per presupposta e scontata la scelta circa la forma di gestione del servizio senza che ne vengano illustrate le ragioni e gli elementi concreti su cui si fonda».



## riflessioni sul principio di concorrenza

L'obbligo di motivazione è stato poi di recente oggetto di un non meno problematico confronto tra ANAC e Consiglio di Stato.

Nello schema di linee guida recanti «Indicazione in materia di affidamento *in house* di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 118 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.», adottate ai sensi dell'art. 231, c. 3, d.lgs. n. 50/2016, dopo aver dato puntuali indicazioni sulle precise motivazioni di convenienza economica e sociale che la stazione appaltante deve fornire per giustificare la scelta per l' *in house*, l'ANAC ha infatti stabilito che in caso di omessa, insufficiente o inadeguata motivazione, l'affidamento può addirittura essere dichiarato illegittimo, con conseguente responsabilità amministrativo-contabile del responsabile del procedimento e facoltà dell'Autorità anticorruzione di esercitare i poteri di cui all'art. 211, c. 1-*bis* e 1-*ter*, d.lgs. n. 50/2016.

L'ANAC pare così aver ristretto il campo di applicazione dell'*in house providing*, con l'intento – come enunciato nella nota di trasmissione – di «garantire un'applicazione non soltanto formale della norma, proponendo soluzioni interpretative estensive rispetto al dato letterale, che fossero comunque in linea con la ratio della disposizione», in particolare «con riferimento: all'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice, che si propone di estendere anche ai contratti di lavori e di forniture; alla scelta di attribuire al termine «concorrenza» un significato atecnico, riferendosi alle prestazioni che siano svolte in modo alternativo sul mercato e, quindi, in ogni caso in cui vi sia una concorrenza per il mercato o nel mercato; alla scelta di ritenere escluse dall'applicazione della norma in esame le sole prestazioni che non sono al momento disponibili sul mercato e non potranno esserlo in futuro, neanche a seguito di attività di adeguamento da parte dei possibili esecutori; alla pubblicazione della motivazione, che si suggerisce di anticipare rispetto al provvedimento di affidamento».

Sullo schema di linee guida è poi intervenuto il Consiglio di Stato, con il parere del 7 ottobre 2021, n. 1614 che ha ritenuto opportuno sospendere la pronuncia del richiesto parere al fine di evitare un «possibile incrocio di interventi normativi e non» alla luce della natura non normativa delle linee guida e del contesto normativo in continua evoluzione.

Sotto il primo profilo, il Consiglio di Stato ha cioè considerato che le linee guida, per quanto non vincolanti e non aventi natura normativa<sup>71</sup>, han-

<sup>71</sup> Più in generale sulla natura delle linee guida in dottrina G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappicchelli, 2017, 43 ss.; M.P.

no un rilevante impatto nell'applicazione in concreto da parte delle stazioni appaltanti e ha pertanto ritenuto opportuno non sostituire la normazione primaria e secondaria con discipline di *soft law*, foriere di potenziali distonie di sistema<sup>72</sup>.

Per quanto riguarda il secondo profilo, il riferimento è all'art. 10, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, rubricato «Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici» che, al fine di «sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027», ha ampliato, in controtendenza rispetto a quanto più in generale sancito dal PNRR, l'area applicativa del ricorso all'*in house providing*. Più nel dettaglio, si prevede che le amministrazioni interessate siano autorizzate ad avvalersi, mediante apposite convenzioni, «del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» (c. 1) e che le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato, possano avvalersi del supporto tecnico-operativo delle società *in house* «per la promozione

Chiti, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 719-724; V. Neri, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); M. Lipari, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 743; S. Tuccillo, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 22 marzo 2017; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2017, 2; G.A. Giuffrè, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 27 novembre 2017; R. Greco, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 5 ottobre 2016; Id., *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); V. Italia, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016; G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273-319; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in [italiappalti.it](http://italiappalti.it), 9 novembre 2016; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.; M. Ramajoli, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida Anac*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit., 79 ss.

<sup>72</sup> Esprime perplessità sul fatto che il settore degli appalti diventi un settore di regolazione sub-legislativa M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., 751.

## riflessioni sul principio di concorrenza

e la realizzazione di progetti di sviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali» (c. 4). Per come è formulata la disposizione, parrebbe che, mentre il comma 1 riguardi i soli piani di investimento riferibili al PNRR e al ciclo di programmazione nazionale e dell'UE per i periodi 2014-2020 e 2021-2027, il comma 4 abbia un campo di applicazione temporale più ampio, riferendosi più in generale oltre che agli interventi attuativi del PNRR ai progetti di sviluppo territoriale finanziati dai fondi europei. Maggiormente problematica è l'interpretazione della previsione nella parte in cui consente gli affidamenti in questione solo in favore di società *in house* «qualificate ai sensi dell'articolo 38», per avvalersi del loro supporto tecnico operativo. Non è infatti ancora stato emanato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 50/2016, avrebbe dovuto definire i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate. D'altro canto, la dottrina che per prima ha commentato tale disposizione, ha rilevato come la possibilità per le amministrazioni di avvalersi delle proprie società *in house* per trarne adeguato supporto tecnico-operativo risulti già ammessa a legislazione vigente e dunque ha ritenuto che la norma debba essere intesa «nel senso di consentire alle pubbliche amministrazioni di avvalersi della capacità tecnica di *qualunque* società *in house* (i.e.: anche di organismi sui quali l'amministrazione non eserciti un controllo analogo)»<sup>73</sup>.

La deroga al principio della delegazione interorganica non pare l'unico elemento per favorire l'affidamento senza gara, attenuando i tradizionali vincoli normativi, in quanto il comma 3 dell'art. 10 semplifica anche il contenuto della motivazione che deve essere fornita dalla stazione appaltante. La valutazione della congruità economica dell'offerta, infatti, ha riguardo esclusivamente «all'oggetto e al valore della prestazione» e la motivazione può limitarsi a dar conto «dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali».

Per quanto il parere del Consiglio di Stato possa ritenersi condivisibile, a ben vedere le disposizioni menzionate e la tendenza evidenziata a favorire, semplificandolo, il ricorso agli affidamenti diretti non corrispondono in toto alle linee di indirizzo dettate dal PNRR.

<sup>73</sup> Così C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2021, 751 ss.

## **5. L'obbligo di esternalizzazione nella giurisprudenza costituzionale: alcune brevi considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 218/2021**

Il principio di concorrenza, come anticipato nelle premesse, è stato oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza n. 218/2021, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, d.lgs. n. 50/2016, ha assunto una posizione particolarmente innovativa, individuando nella libertà di iniziativa economica privata un limite "interno" all'apertura del mercato alla concorrenza.

L'art. 177, che ha riprodotto pressoché integralmente il principio introdotto dall'art. 1, c. 1, lett. *iii*), legge delega 28 gennaio 2016, n. 11<sup>74</sup>, ob-

<sup>74</sup> Si consideri che il testo dell'art. 177 dichiarato incostituzionale nel nuovo schema del codice appalti è sostituito dal seguente: «Articolo 186. Affidamenti dei concessionari. 1. Agli appalti affidati dai concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti. 2. I titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, sono obbligati ad affidare [una quota tra il ...% e il ...%] dei contratti di lavori, [e una quota tra il ...% e il ...%] dei contratti di servizi e forniture, stabilita dal concedente; l'ente concedente tiene conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati. L'affidamento avviene mediante procedura ad evidenza pubblica, con la previsione di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, le quote di cui al primo periodo sono pari al ... per cento. 3. In caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione, in sostituzione dell'obbligo di esternalizzazione di cui al comma precedente, il concessionario corrisponde all'ente concedente un importo compreso tra il minimo del 5% ed il massimo del ... [da verificare] degli utili previsti dal Piano economico-finanziario, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti. [Opzione alternativa, o anche cumulativa, demandando la scelta in concreto all'ente concedente]. 3. In caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione, in luogo dell'obbligo di esternalizzazione di cui al comma precedente, la durata della concessione è ridotta dall'ente concedente in misura non superiore al 10% rispetto a quella originariamente stabilita, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti. 4. Le concessioni di cui ai commi 2 e 3 già in essere sono adeguate alle predette disposizioni entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del codice. Le concessioni autostradali già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro il ... 5. Le modalità di calcolo delle quote di cui comma 2 sono definite dall'ANAC entro il termine di ... Sull'applicazione del presente articolo vigila l'ANAC anche tenuto conto del valore delle prestazioni eseguite».

## riflessioni sul principio di concorrenza

bliga(va) i titolari delle concessioni di lavori, di servizi o di forniture già in essere, non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure ad evidenza pubblica, ad esternalizzare l'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro<sup>75</sup>, mediante procedure ad evidenza pubblica, potendo la restante parte di tali attività essere realizzata da società *in house*, da società controllate o collegate, ovvero da operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato, prevedendo al comma 2 un periodo di adeguamento delle concessioni già in essere che è stato a più riprese prorogato, da ultimo con l'art. 47 *ter*, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, al 31 dicembre 2022<sup>76</sup>.

La società ricorrente A2A, titolare di una concessione per la gestione di impianti d'illuminazione pubblica, artistica, semaforica e lampade votive, operante nei territori di alcuni Comuni della Lombardia, ha impugnato avanti al TAR Lazio le linee guida dell'ANAC n. 11 e con successivi motivi aggiunti l'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento dell'ANAC 17 ottobre 2018, n. 4, lamentandone l'illegittimità. In via subordinata ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle medesime linee guida e dell'art. 177, d.lgs. n. 50/2016, in riferimento agli artt. 3, 11, 41, 76, 97 e 117 Cost., sostenendo la legittimità degli affidamenti concessori in suo favore e, viceversa, l'illegittimità dell'obbligo derivante dall'art. 177 e dalle linee guida n. 11 di affidare con procedure ad evidenza pubblica anche le prestazioni che essa eseguiva direttamente. Quest'obbligo, infatti, avrebbe determinato la necessità di dismettere parte del patrimonio e di licenziare un gran nume-

<sup>75</sup> Sotto il profilo della percentuale di lavori, servizi o forniture da esternalizzare, dal tenore della norma non è chiaro se la suddetta percentuale vada calcolata sul valore della concessione o sulla parte da esternalizzare. Sul tema M. Macchia, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 153 ss. che ritiene che «conteggiando nelle soglie i contratti eseguiti direttamente dal concessionario si vada di fatto ad annullare la prestazione richiesta a quest'ultimo che dovrebbe essere oggetto di rischio operativo. (...) l'attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale debba considerarsi esclusa dalla base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma» e rileva che «i contratti inclusi sono, inoltre, solo quelli relativi alle concessioni e vanno distinti da quelli che non hanno una diretta attinenza con il rapporto concessorio». Sul tema anche F. Gaspari, *Affidamenti dei concessionari di cui all'art. 177 del codice dei contratti pubblici: profili critici*, in *Foro amm.*, 2018, 2089 ss.

<sup>76</sup> L'art. 177, c. 2, è stato più volte modificato: il termine per l'adeguamento è stato differito al 31 dicembre 2020 con l'art. 1, c. 20, lett. *bb*), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55; al 31 dicembre 2021 con l'art. 1, c. 9-*bis*, lett. *a*), d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, conv. in l. 28 febbraio 2020, n. 8.

ro di dipendenti, esponendola peraltro al rischio dell'applicazione di penali contrattuali essendo già decorso il termine di ventiquattro mesi fissato dalla norma ai concessionari per adeguarsi alle relative previsioni.

In primo grado, il giudizio si è concluso con una pronuncia in rito, in quanto il TAR Lazio ha accolto l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso sollevata da ANAC<sup>77</sup>. La sentenza è stata impugnata dalla Società concessionaria che ha dedotto anche avanti al Consiglio di Stato l'illegittimità costituzionale delle linee guida n. 11 e dell'art. 177, d.lgs. n. 50/2016. Il Consiglio di Stato, sezione V, superata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, con la sentenza non definitiva del 19 agosto 2020, n. 166, ha dunque sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 1, lett. *iii*), l. n. 11/2016 e dell'art. 177, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, per violazione degli artt. 3, c. 2 (*recte*: c. 1), 41, c. 1, e 97, c. 2, Cost., muovendo dal presupposto dell'identità sostanziale del principio e del criterio direttivo contenuto nella legge di delega e nella norma del codice dei contratti censurata.

La vicenda, pur nella sua peculiarità, rappresenta l'occasione per svolgere alcune considerazioni sulle linee di indirizzo che fino ad ora hanno caratterizzato la giurisprudenza costituzionale in materia e che interessano nel ragionamento più ampio sul principio di concorrenza<sup>78</sup>.

Da un lato, infatti, le questioni di legittimità costituzionale che hanno assunto come parametro la libertà di iniziativa economica, hanno riguardato per lo più misure limitative di tale libertà in un ambiente di libera concorrenza tra imprese, al fine di assicurarne l'utilità o i fini sociali. Nel caso di specie, invece, i vincoli alla libertà di impresa derivano da un obbligo di esternalizzazione pressoché totale (l'ottanta per cento) dei contratti di lavori, servizi e forniture, ovvero da una misura di per sé espressamente diretta a favorire l'apertura alla concorrenza, restituendo al mercato segmenti di attività ad esso sottratti, in quanto oggetto di concessioni a suo tempo affidate senza gara. Nell'art. 177, d.lgs. n. 50/2016, la libertà di iniziativa

<sup>77</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I, 15 luglio 2019, n. 9309.

<sup>78</sup> F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 595 ss.; P. Costa, *L'ordoliberalismo della Corte costituzionale? Sul ripetuto tentativo di giustificazione giurisprudenziale di un modello economico*, in *Dir. econ.*, 2015, 389 ss.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc., conc., reg.*, 2014, 503 ss.; F. Pizzolato, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2010, 507 ss.; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.; G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981 ss.

## riflessioni sul principio di concorrenza

economica garantita dall'art. 41 Cost.<sup>79</sup> è in altri termini limitata in nome della tutela della concorrenza, che, in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività di impresa, trova nella medesima previsione il suo fondamento costituzionale<sup>80</sup>.

D'altro canto, il dibattito che in passato ha interessato la dottrina e la giurisprudenza sul rapporto tra la libera concorrenza e la libertà di iniziativa economica<sup>81</sup> e sulla influenza della prima sulla seconda nel suo progressivo

<sup>79</sup> La bibliografia sull'art. 41 Cost. è assai ampia. Per tutti si rinvia a V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959; A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 582 ss.; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983; G. Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Treccani, 1989, 4 ss.; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1993, 177 ss.; R. Niro, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, I, Torino, Utet, 2006, 846 ss.; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo. Annuario 2007. Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 189 ss.; M. Dugato, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, cit., 51 ss.; G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.; G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss.; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003.

<sup>80</sup> Tra le più recenti, C. cost., 24 giugno 2021, n. 129: «Esaminata nel contesto in cui si colloca, e in assenza di specifiche considerazioni al riguardo, la deduzione costituisce piuttosto un argomento a sostegno della censura di violazione della competenza statale in materia di concorrenza, nella cui ampia nozione rientra, come si vedrà, ogni scelta legislativa che impone un limite alla libertà di iniziativa economica individuale e incide sulla competizione tra operatori economici nel relativo mercato».

<sup>81</sup> Per un'analisi del dibattito si rinvia a M. Giampieretti, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e soc.*, 2003, 439 ss. In sintesi secondo alcuni il principio di libera concorrenza trova il suo fondamento nella libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. Tra i molti M. D'Alberti, *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1140 ss., spec. 1149: «la libertà dell'impresa deve inserirsi nel più ampio contesto della libertà economica nel mercato: così va riletto l'art. 41 Cost.»; G. Guarino, *Pubblico e privato nell'economia*, cit., 39 ss.; R. Niro, *Art. 41*, cit. A. Pace., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II, Padova, Cedam, 1992, 457 ss.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss. Secondo altri la libertà di iniziativa economica non potrebbe contenere in sé il principio di concorrenza. Tra questi N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 16 ss., che ritiene che l'art. 41 Cost. provvede «a garantire una sfera di azione dei privati, un ambito di scelte in cui lo Stato non può né deve intervenire. Figura verticale (...) e non orizzontale, dacché non concerne i rapporti tra privati (tra soggetti, che esercitano la libertà d'iniziativa economica), ma il rapporto tra lo Stato e il singolo (...) Né l'eguaglianza nella libertà d'iniziativa economica può dirsi a rigore concorrenza, poiché le identiche e pari libertà (...) si trovano l'una parallela all'altra, e non in rapporto l'una con l'altra»; G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà*

afferinarsi come principio costituzionale<sup>82</sup>, pare oramai superato. Si va affermando un'accezione "dinamica" della concorrenza, sulla base dei principi e delle dinamiche comunitarie, in un contesto competitivo in cui le imprese produttrici sono in grado di influenzare il mercato e agiscono per ottenere vantaggi economici, a scapito delle posizioni occupate dalle rivali e la materia ricomprende ogni intervento dello Stato diretto allo sviluppo economico del Paese<sup>83</sup>. Nel nostro ordinamento, quel dibattito è stato poi "deviato" da una «particolarità che è tutta italiana»<sup>84</sup>, e cioè dal fatto che, a seguito della riforma del Titolo V<sup>85</sup>, l'art. 117, c. 2, lett. e), Cost. ha attribuito «la tutela della concorrenza», intesa in senso lato come inclusiva anche della promozione della concorrenza<sup>86</sup>, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Il tema della concorrenza è stato così definitivamente attratto nella «problematica dei limiti dell'attività regolatoria pubblica»<sup>87</sup> e la Corte costituzionale l'ha per lo più interpretata come clausola generale trasversale per giustificare la legittimità costituzionale di leggi statali contestate dalle regioni.

Dall'altro lato, con più specifico riguardo all'art. 177, d.lgs. n. 50/2016, il giudice amministrativo raramente è entrato nel merito delle questioni sollevate dai concessionari di lavori, servizi e forniture già in essere e che si vedevano costretti ad affidare all'esterno prestazioni che svolgevano direttamente, anche sulla base delle indicazioni fornite dall'ANAC nelle linee guida

*legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, cit. 988: «La concorrenza è puramente e semplicemente assente, come valore da tutelare, sia nella Costituzione del 1948 che nel codice civile».

<sup>82</sup> Sulla originaria portata della libertà di iniziativa economica privata V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit.; A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, cit., 584 ss.; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 9 ss.

<sup>83</sup> A mero titolo esemplificativo, C. cost., 14 marzo 2008, n. 63; Id., 10 maggio 2017, n. 98; Id., 13 settembre 2012, n. 217.

<sup>84</sup> Così M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., 744.

<sup>85</sup> Su cui per tutti M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1273 ss.

<sup>86</sup> Per quanto ritenga condivisibile la giurisprudenza della Corte quando interpreta estensivamente la nozione di «tutela della concorrenza» dell'art. 117, comprendendovi anche le misure di «promozione della concorrenza», ritiene M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, cit., che «l'assunto è condivisibile, però, se (...) se per promozione della concorrenza s'intende la politica di superamento di barriere legali all'entrata di nuovi soggetti in certi mercati». Le due sentenze capostipite in materia sono rappresentate da C. cost., 13 gennaio 2004, n. 14 in cui la Corte è stata chiamata a decidere su alcune misure statali di aiuto ad imprese agricole e industriali e Id., 27 luglio 2004, n. 272, in cui la Corte ha esaminato la disciplina statale volta a realizzare una progressiva apertura alla concorrenza, mediante meccanismi di gara, nei mercati dei servizi pubblici locali.

<sup>87</sup> Così A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., 375.



## riflessioni sul principio di concorrenza

n. 11<sup>88</sup>. Il più delle volte, infatti, come è peraltro avvenuto nel caso di specie, l'impresa ricorrente impugnava le linee guida dell'ANAC relative alle modalità di verifica del rispetto dei limiti previsti dall'art. 177, c. 1 (esternalizzazione dell'ottanta per cento dei contratti mediante procedure ad evidenza pubblica e affidamento della restante parte di attività a società *in house*, società controllate o collegate, ovvero operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato) e il giudice amministrativo dichiarava l'inammissibilità dei ricorsi<sup>89</sup> sull'assunto del carattere generale ed astratto delle linee guida e della loro non impugnabilità<sup>90</sup>.

Superato l'ostacolo da parte del Consiglio di Stato dell'eccezione in rito<sup>91</sup>, la sentenza della Corte costituzionale ha dunque rappresentato l'oc-

<sup>88</sup> ANAC, delibera 4 luglio 2018, n. 614 recante «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea». Le linee guida sono state poi oggetto di aggiornamento ad opera della delibera 26 giugno 2019, n. 570.

<sup>89</sup> Oltre a TAR Lazio, n. 9309/2019, negli stessi termini sulla non immediata lesività e impugnabilità delle linee guida ANAC n. 11, TAR Lazio, Roma, sez. I, 15 luglio 2019, nn. 9308, 9312, 9316, 9321, 9326, 9332, 9335.

<sup>90</sup> In dottrina sulla impugnabilità delle linee guida ANAC, tra i molti C. Deodato, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, 1559 ss.; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, cit.; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

<sup>91</sup> Il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, sentenza non definitiva del 19 agosto 2020, n. 166) ritiene sul punto errata la sentenza di primo grado, in quanto «sebbene formalmente articolate in due parti, esse costituirebbero, dal punto di vista logico e sistematico un corpus regolatorio unico, in cui la parte I (di natura dichiaratamente interpretativa) è finalizzata ad individuare il corretto ambito di applicazione dell'art. 177, su cui sono destinate ad incidere le indicazioni contenute nella seconda parte». In altri termini, la distinzione tra la natura interpretativa e non vincolante della parte I e quella prescrittiva e vincolante della parte II, sarebbe superata dall'unicità dell'atto regolatorio impugnato, con l'effetto che le linee guida nel loro complesso sarebbero immediatamente e direttamente lesive e quindi impugnabili in sede giurisdizionale. Più nel dettaglio, secondo il Consiglio di Stato vi sarebbero alcune indicazioni contenute nelle suddette linee guida che costituiscono veri e propri «vincoli conformativi puntuali alla successiva attività degli enti concedenti e dei concessionari, in capo ai quali non residuano facoltà di modulazione quanto al contenuto e all'estensione, neppure sotto il profilo temporale (quest'ultimo in realtà già fissato direttamente dalla legge)». In particolare, tra queste il rimettente individua: le modalità operative; il rinnovo con procedure di evidenza pubblica delle esternalizzazioni già avvenute; la cessazione degli affidamenti diretti a società *in house* o collegate; le modalità di calcolo della sanzione; gli obblighi di pubblicazione dei dati sulle concessioni a carico degli enti concedenti e dei concessionari; e l'indicazione delle modalità di verifica delle quote di affidamento da parte degli enti concedenti.

casione per il Giudice delle leggi di prendere in considerazione le doglianze dell'impresa, pronunciandosi su una disposizione che forse più per alterne vicende che per la sua chiarezza<sup>92</sup> era sino ad ora rimasta inalterata nella sua formulazione<sup>93</sup>.

## **6. Quando la libertà di iniziativa economica privata diventa il limite alla concorrenza**

A commento di una sentenza della Corte costituzionale del 1998<sup>94</sup>, la dottrina si chiedeva quando la concorrenza diventasse il limite della libertà di impresa<sup>95</sup>. I termini della questione sono in questa sede invertiti ed è la libertà di iniziativa economica privata a fungere da limite alla concorrenza.

La sentenza della Corte costituzionale n. 218/2021 ha il pregio di effettuare una brillante «operazione di bilanciamento» tra libera iniziativa economica e limiti al suo esercizio<sup>96</sup>, nel quadro della garanzia offerta dall'art. 41 Cost. «considerato sia nel suo primo comma, espressamente individuato dal

<sup>92</sup> Esprime dubbi sulla formulazione della norma e ne evidenzia le numerose problematiche applicative M. Macchia, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, cit.

<sup>93</sup> Varie sono state le proposte di modifica sintetizzate dal Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782) e che tuttavia non sono state accolte. Tra queste quella: a) di riequilibrare la forbice 80/20 solo all'ultimo quinquennio delle concessioni, il che però avrebbe prodotto «una forte riduzione della prestazione residua da esternalizzare»; b) di non applicare la forbice indicata alla parte della prestazione concessoria riguardante la manutenzione ordinaria, ossia una parte molto rilevante e contrattualmente frammentata degli investimenti dei concessionari, probabilmente anche connotata dalla ripetizione degli affidamenti ai medesimi operatori; oppure ancora c) di non applicare la forbice ai contratti eseguiti direttamente, il che comporta che la soglia di ottanta sia ragguagliata non a tutta la prestazione ma solo a ciò che si deve affidare all'esterno, riducendo così il valore montante della percentuale su cui applicare la suddetta soglia.

<sup>94</sup> Il riferimento è alla sentenza della C. cost., 6 novembre 1998, n. 362, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, c. 3, l. reg. Lombardia 16 settembre 1996, n. 27, nella parte in cui imponeva alle agenzie di viaggio, con propri terminali remoti presso clienti con esse convenzionati, di avvalersi esclusivamente di sistemi informatizzati automatizzati, con esclusione di personale dipendente dell'agenzia medesima.

<sup>95</sup> F. Salmoni, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà di impresa. Riflessioni a partire da una sentenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1999, I, 411 ss.

<sup>96</sup> Per un'analisi dei diversi limiti dell'art. 41 Cost. e per la loro interpretazione da parte della Corte costituzionale, M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 60 ss.; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 177 ss.; A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, cit., 599 ss.; R. Niro, *Art. 41*, cit., 852 ss.

rimettente come parametro di legittimità costituzionale, sia nei due commi successivi che, della invocata libertà, definiscono portata e limiti»<sup>97</sup>.

Il tutto ruota attorno all'interpretazione dell'art. 41 Cost., peraltro non da pochi criticato<sup>98</sup>, e alla prospettiva rispetto a cui quella norma si guarda. Se nel "rischio operativo" caratterizzante tradizionalmente la concessione vi rientri anche, come sostenuto dall'Avvocatura generale, quello «normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche, non prevedibili contrattualmente», l'art. 177, d.lgs. n. 50/2016 potrebbe, infatti, apparire conforme all'art. 41 Cost. in considerazione della lunga durata delle concessioni affidate senza gara e della necessità di imporre a posteriori il ricorso al mercato per lo svolgimento di parte delle attività necessarie all'esecuzione della concessione. Le limitazioni della libertà di iniziativa economica privata, siano esse positive o negative, esplicatesi in poteri conformativi o di controlli<sup>99</sup>, incontrano però un limite nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale.

Più volte la Corte ha la premura di evidenziare l'apprezzabilità in astratto del fine perseguito dall'intervento legislativo di assicurare la massima apertura possibile al mercato delle commesse pubbliche (quindi una finalità «che attiene proprio al libero esercizio dell'attività di impresa»), restituendo, a valle, parte della concorrenza per il mercato mancata a monte<sup>100</sup>. Quello che rileva sono tuttavia gli effetti eccessivamente gravosi, irragionevoli,

<sup>97</sup> La pronuncia si segnala altresì per le interessanti considerazioni, ancorché non rilevanti nel ragionamento condotto, sul giudizio di legittimità costituzionale, in particolare sulla legittimità dell'intervento *ad adiuvandum* (punto 2, considerato in diritto), sull'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale (punto 3, considerato in diritto), sulla forma della sentenza non definitiva, in luogo dell'ordinanza, quale atto di promovimento del giudizio di legittimità costituzionale (punto 4, considerato in diritto).

<sup>98</sup> Parla di articolo «non fra i più perspicui della Costituzione» M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 177; per una visione critica della disposizione anche G. Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, cit. che definisce la norma «disorganica»; la norma sarebbe «indeterminata nel suo nucleo politico centrale» secondo E. Cheli, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 300 ss.; «disarmonica» secondo C. Mortati, *Iniziativa privata ed imponibile di mano d'opera*, in *Giur. cost.*, 1958, 1191 ss.

<sup>99</sup> Come insegnato da M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 179 infatti «nella realtà una distinzione così sistematica non ci può essere, perché irrealizzabile» tra un potere conformativo attinente a limiti negativi ed un potere di controllo e di programmazione a fini positivi, «per cui mentre può essere usato lo strumento del controllo affinché l'impresa non sia in contrasto con l'utilità sociale, la sicurezza, ecc., viceversa si può usare lo strumento delle disposizioni conformative affinché l'impresa sia indirizzata a finalità sociali».

<sup>100</sup> Sul rapporto tra concorrenza e concessioni e più in generale sugli effetti della di-

che in concreto quell'obbligo generalizzato di esternalizzazione produce sul concessionario che, non potendo decidere se eseguire esso stesso o esternalizzare, in tutto o in parte, le prestazioni oggetto della concessione, vedrebbe la sua attività imprenditoriale così ridotta all'attività meramente burocratica propria di una stazione appaltante.

L'imposizione al concessionario di affidare a terzi appalti in una data percentuale non rappresenta una novità nell'ordinamento<sup>101</sup>. Anche a livello europeo si è escluso un obbligo di affidamento a terzi per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate e l'art. 177 nella sua formulazione risulta più restrittivo delle disposizioni previgenti (elevando all'ottanta per cento la quota da esternalizzare e includendo sia gli appalti di lavori, che quelli di servizi e di forniture).

Non si tratta di un problema di solo rilievo astratto e dogmatico ma di una questione concreta, in quanto vengono in evidenza sia il contesto sociale ed economico di riferimento e le esigenze generali del mercato, sia le legittime aspettative degli operatori che hanno effettuato investimenti e programmi su un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento.

Se, dunque, legittimamente in base a quanto previsto all'art. 41 Cost., il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza, nello specifico ponendo rimedio *ex*

sciplina della concorrenza sul diritto amministrativo, M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss.

<sup>101</sup> L'imposizione al concessionario ancorché non di un obbligo, ma della possibilità di affidare a terzi appalti corrispondenti a una data percentuale si fa risalire all'art. 1, numero 2), dir. 89/440/Cee del Consiglio, del 18 luglio 1989, che modifica la dir. 71/305/Cee del 26 luglio 1971. La suddetta facoltà era stata trasformata in un obbligo nell'art. 2, c. 2, lett. b), e c. 4, l. 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), che prevedeva che i «concessionari di lavori pubblici, [i] concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio, [le] società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza nonché, qualora operino in virtù di diritti speciali o esclusivi, [i] concessionari di servizi pubblici e [i] soggetti di cui alla direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993», «sono obbligati ad appaltare a terzi i lavori pubblici non realizzati direttamente o tramite imprese controllate [...]». Un analogo obbligo, come anticipato era stato poi previsto dagli artt. 146 e 253, c. 25, d.lgs. n. 163/2006 che prevedevano rispettivamente la possibilità per la stazione appaltante di imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione e l'obbligo per «i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva», di affidare a terzi una percentuale minima del 60 per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici.

## riflessioni sul principio di concorrenza

post a affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti. Tra questi, un ruolo di primo piano è svolto dalla libertà di iniziativa economica declinata nella facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte dell'attività da svolgere, delle modalità di reperimento dei capitali, delle forme di organizzazione della stessa attività, dei sistemi di gestione di quest'ultima e delle tipologie di corrispettivo.

È alla luce di suddette considerazioni che la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione costituisce «una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito». L'irragionevolezza dell'obbligo si collega innanzitutto alle dimensioni del suo oggetto, in quanto il fatto che l'imprenditore concessionario debba esternalizzare la gran parte delle attività concesse a terzi (l'ottanta per cento), lo trasforma da soggetto (più o meno direttamente) operativo sostanzialmente in una stazione appaltante. In secondo luogo, deriva dalla mancata differenziazione o graduazione dell'interesse della concorrenza in ragione fra gli altri delle dimensioni della concessione (la prevista soglia di applicazione alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro è infatti normalmente superata dalla quasi totalità delle concessioni), delle dimensioni e dei caratteri del soggetto concessionario, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto e del suo valore economico.

La Corte, applicando il parametro della proporzionalità<sup>102</sup> giunge così a concludere che «per quanto la misura prevista possa in astratto apparire idonea rispetto al fine di ripristinare condizioni di piena concorrenza, non si può certo dire che con essa il legislatore abbia dato la preferenza al “mezzo più mite” fra quelli idonei a raggiungere lo scopo, scegliendo, fra i vari strumenti a disposizione, quello che determina il sacrificio minore»<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza per definire l'ambito della competenza legislativa statale in materia di concorrenza è applicato sin dalla sentenza della C. cost. n. 14/2004: «Tali scelte, tuttavia, non possono sottrarsi ad un controllo di costituzionalità diretto a verificare che i loro presupposti non siano manifestamente irrazionali e che gli strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi». In dottrina per tutti sul tema F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, cit.

<sup>103</sup> Sul principio di proporzionalità, tra i molti, A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; Id., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, V. Milano, Giuffrè, 2006, 4643 ss.; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità*

L'obiettivo di tutela della concorrenza non deve essere perseguito attraverso misure radicali e ad applicazione indistinta, «ma calibrando l'obbligo di affidamento all'esterno sulle varie e alquanto differenziate situazioni concrete». La tutela della concorrenza e l'apertura al mercato rappresentano solo uno dei fattori determinanti nel rapporto giuridico considerato e la comprensibile esigenza di soddisfare il principio della concorrenza non può cioè condurre a soluzioni concretamente lesive dell'interesse dell'imprenditore. Ferma la legittima preoccupazione che nelle concessioni affidate senza gara possa determinarsi una sostanziale situazione di monopolio della domanda in grado di alterare la concorrenza con un aumento dei costi per la gestione della concessione stessa e la traslazione dei relativi oneri sugli utenti e contribuenti, occorre tener conto anche dell'interesse dell'imprenditore, attenuando la radicalità dell'obbligo di esternalizzazione, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ovvero limitandolo ed escludendolo.

Per quanto esuli dal campo dell'indagine e sia lasciato alla scienza economica lo studio della concorrenza quale “ordine naturale del mercato” – sempre che esso stesso esista – in un periodo storico come quello attuale in cui viene riservata grande attenzione alle riforme proconcorrenziali occorre evitare che la concorrenza, che di per sé può rappresentare uno strumento di crescita economica e di garanzia di maggiore equità e giustizia sociale, venga oltremodo tutelata al punto da divenire, al contrario, fattore di potenziali disuguaglianze<sup>104</sup>.

*e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; più di recente ID., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2019, 907 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; L. La Rosa, *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. app.*, 2019, 779 ss.

<sup>104</sup> D'altronde che l'“ordine naturale del mercato” non sempre funzioni è provato anche dagli studi di economia politica che più propriamente si sono occupati del tema e che hanno da tempo rivisto la tesi fondata sulla pretesa e assoluta superiorità della forma di mercato concorrenziale. Per un approfondimento di questi temi nell'ambito della dottrina amministrativista e per gli ampi riferimenti dottrinali si rinvia a A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. 4 ss.

## **riflessioni sul principio di concorrenza**

### *Abstract*

*After some considerations about the main measures envisaged by the NRRP and by the Annex to the Plan on competition and taking into account also the annual competition law 2021, the Author analyses the possible consequences of the provisions related to in-house providing on the current legal framework, focusing on the debate concerning the obligation to state reasons. In the second part, the reasoning on the principle of competition moves to the context of service concessions awarded without a tender and competition is analyzed in its innovative relationship with the freedom of enterprise, taking into consideration the decision of the Constitutional Court n. 218 of 23 November 2021.*





# ARTICOLI

GIULIA G. CUSENZA

## I MODELLI DI GESTIONE DEL RISCHIO ASSICURATIVO NEI SERVIZI SANITARI REGIONALI. IL CASO DELL'AMMINISTRAZIONE SANITARIA DEL FRIULI-VENEZIA GIULIA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il governo del rischio clinico e la responsabilità delle strutture sanitarie. – 3. La crisi del sistema assicurativo nel settore della sanità pubblica. – 4. Gli strumenti alternativi per la gestione del rischio delle amministrazioni sanitarie. – 5. La diversificazione dei modelli regionali. – 6. L'esperienza del Friuli-Venezia Giulia e la gestione assicurativa centralizzata di ARCS. – 6.1. I risultati prodotti dalla gestione assicurativa centralizzata di ARCS. – 6.2. Le caratteristiche del modello per la gestione assicurativa centralizzata di ARCS. – 7. Il ruolo delle nuove tecnologie nella gestione diretta del rischio. – 8. Riflessioni conclusive: dal modello dell'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia ad un modello generale.

### 1. Introduzione

Il tema della digitalizzazione applicata al settore sanitario suscita grande interesse: lo sviluppo tecnologico promette di innovare profondamente le modalità di esecuzione delle attività legate all'organizzazione dell'amministrazione sanitaria.

L'utilizzo di tecnologie innovative si propone di semplificare i procedimenti amministrativi ed accrescere l'efficienza delle strutture sanitarie, in attuazione del diritto alle cure di cui all'art. 32 della Costituzione. Fra le principali potenzialità derivanti dall'impiego di tali tecnologie deve segnalarsi il monitoraggio, la raccolta di considerevoli flussi di informazioni, e la possibilità di conservare ed elaborare l'insieme dei dati acquisiti dalle strutture afferenti al comparto sanitario<sup>1</sup>.

\* Un ringraziamento particolare va al dott. Mario Mariani, direttore dell'Ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS, per la disponibilità a fornire dati e informazioni essenziali per il caso di studio.

<sup>1</sup> In argomento, cfr. G. Polifrone, *Sanità digitale. Prospettive e criticità di una rivoluzione*

Più nel dettaglio, è possibile prospettare l'utilizzo degli strumenti informatici per il monitoraggio delle prestazioni sanitarie erogate e dei relativi flussi di informazioni, per la formazione dei piani territoriali, per l'implementazione di processi decisionali automatizzati o per verificare l'accesso a servizi e prestazioni sanitarie (*e-management*)<sup>2</sup>.

Nel macro-settore dell'organizzazione sanitaria assume particolare interesse il ruolo che le nuove tecnologie possono svolgere nell'attività di raccolta, conservazione ed elaborazione di dati e flussi di informazioni utili alla gestione del rischio clinico (*clinical risk-management*), specialmente con funzioni di supporto nell'esercizio dell'attività decisionale e nel monitoraggio degli eventi avversi. Il tema ha assunto crescente rilevanza a seguito della crisi del sistema assicurativo del settore sanitario, che ha imposto di individuare nuovi e diversi strumenti per la gestione del rischio clinico rispetto al tradizionale ricorso al mercato privato delle compagnie assicurative.

La presente analisi intende approfondire il fenomeno della gestione diretta e del rischio assicurativo da parte delle amministrazioni sanitarie, vagliandone benefici e potenziali criticità. Nel corso della disamina si procederà, quindi, ad un esame dettagliato del modello organizzativo di "gestione centralizzata della copertura della responsabilità RCT/RCO" adottato dall'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia. L'indagine ha il precipuo obiettivo di analizzare le caratteristiche distintive del modello organizzativo e valutare l'entità dei risultati in concreto conseguiti. In ultimo, l'analisi mira a comprendere se il modello di gestione diretta del rischio, laddove adeguatamente ideato ed attuato, in particolare attraverso il sostegno delle nuove tecnologie ed una corretta raccolta, elaborazione e gestione dei flussi di dati, possa tradursi in uno strumento concretamente capace di accrescere l'efficienza dell'azione dell'amministrazione sanitaria.

## **2. Il governo del rischio clinico e la responsabilità delle strutture sanitarie**

Nel corso dell'ultimo ventennio il sistema sanitario nazionale è stato interessato da un complessivo aumento dei sinistri aperti per *malpractice* me-

*necessaria*, Milano, Edizioni Lswr, 2019; L. Rufo, *L'intelligenza artificiale in sanità: tra prospettive e nuovi diritti*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un nuovo mondo*, a cura di A. D'Aloia, Milano, FrancoAngeli, 2020, 452.

<sup>2</sup> Cfr. D.U. Galetta e J.G. Corvalán, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019.

## i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali

dica, con un esborso medio annuo (fra valore del liquidato e costi connessi alla gestione delle pratiche) pari a circa tre milioni di euro per struttura<sup>3</sup>.

L'incremento della litigiosità in ambito sanitario ha comportato la diffusione della "medicina difensiva", che ha generato: il drastico aumento dei costi gravanti sull'amministrazione sanitaria per l'erogazione di attività diagnostiche e curative non necessarie, pari ad almeno il 10,5 per cento della spesa sanitaria nazionale annua; la dilatazione dei tempi di accesso alle prestazioni sanitarie; l'erosione della relazione fiduciaria fra medico e paziente, nonché fra cittadino ed amministrazione sanitaria<sup>4</sup>.

Da un lato, infatti, la medicina difensiva "positiva" implica la prescrizione di farmaci, esami o percorsi diagnostico-terapeutici supplementari finalizzati a neutralizzare possibili contenziosi per *malpractice* medica (*assurance behaviors*). Dall'altro, la medicina difensiva "negativa" comporta la riduzione delle procedure mediche potenzialmente efficaci, ma ad alto tasso di complessità, di insuccesso o con possibilità di gravi complicanze, per ridurre l'esposizione degli esercenti le professioni sanitarie al rischio di disutilità o perdite individuali (*avoidance behaviors*)<sup>5</sup>.

Il legislatore statale, nel tentativo di riformare il settore della responsabilità medica, anche al fine di fronteggiare i maggiori costi derivanti dal contenzioso per *malpractice* ed il proliferare della medicina difensiva, ha più volte novellato la materia della responsabilità in ambito sanitario<sup>6</sup>.

Il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla l.

<sup>3</sup> Il dato relativo al costo medio annuo dei sinistri per struttura è stato ricavato dal *Report Medmal* elaborato annualmente da Marsh (XII edizione – 2021); l'analisi è dedicata all'andamento del rischio per *malpractice* medica nella sanità pubblica e privata ed è effettuata sulla base di un campione di 67 strutture sanitarie dislocate in 15 regioni italiane. Il testo del report è reperibile all'indirizzo [www.marsch.com](http://www.marsch.com).

<sup>4</sup> In argomento, si veda la relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali (XVI Legislatura) reperibile alla pagina istituzionale [www.documenti.camera.it](http://www.documenti.camera.it), 165 ss. I dati raccolti dalla Commissione di inchiesta trovano conferma anche nelle risultanze del successivo studio condotto dall'AGENAS, *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, in [www.agenas.it](http://www.agenas.it), 2015, 29 ss. In argomento, cfr. anche C. Granelli, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 410-412; A. Pioggia, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 2018, 525.

<sup>5</sup> Cfr. F. Valentini, *Il nuovo assetto della responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2017, 1397 ss.; A. Ricci, N. Nardella, M. Capalbo, C. Catto, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 909 ss.; Con specifico riferimento al parallelismo fra amministrazione difensiva e medicina difensiva, cfr. S. Battini e F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.

<sup>6</sup> In argomento, cfr. F. D'Alessandro, *Contributo del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 946 ss.

8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto Balduzzi) ha rimodellato la materia sotto diversi profili, tuttavia, ai fini della presente analisi, assume particolare interesse l'inasprimento degli oneri gravanti sulle strutture sanitarie sotto il profilo del “*clinical risk-management*”, con l'implementazione di procedure obbligatorie di analisi e gestione del rischio clinico (“*incident reporting*”), finalizzate alla riduzione di sinistri e alla prevenzione del contenzioso.

Successivamente, la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Gelli-Bianco), cogliendo la rilevanza della dimensione organizzativa nell'azione dell'amministrazione sanitaria, ha indirizzato la responsabilità medica verso le aziende sanitarie pubbliche e private<sup>7</sup>. Le pretese risarcitorie azionate dalle vittime di un episodio di malasanità, dunque, sono destinate a gravare prevalentemente sulle aziende sanitarie, tanto per fatto proprio, quanto per colpa professionale degli operatori sanitari e/o medici di cui la struttura si avvalga.

L'effetto complessivamente atteso era quello di conseguire una riduzione del ricorso alla medicina difensiva e del contenzioso per casi di *malpractice*. Nel concreto, però, la riforma della disciplina della responsabilità medica, l'inasprimento degli oneri gravanti sull'amministrazione sanitaria e l'implementazione delle politiche di “*clinical risk-management*” hanno prodotto rilevanti ripercussioni sul mercato assicurativo del comparto sanitario, oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo.

### 3. La crisi del sistema assicurativo nel settore della sanità pubblica

Il ricorso al mercato assicurativo nel settore sanitario tutela il beneficiario della copertura assicurativa dalle conseguenze negative derivanti dal verificarsi di un sinistro per *malpractice* medica e garantisce la soddisfazione del soggetto danneggiato, divenendo uno strumento di reintegrazione per equivalente del diritto alla salute<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> In argomento, cfr. E. Catelani e P. Milazzo, *La tutela della salute nella nuova legge sulla responsabilità medica. Profili di diritto costituzionale e pubblico*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 309; G. Comandé, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... E dopo*, in *Danno e Resp.*, 2020, 297; A. Madeo, *Modelli di imputazione della responsabilità delle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia ed in Inghilterra*, Torino, Giappichelli, 2020, 220 ss.; A. Pioggia, *Salute, diritti e responsabilità medica*, cit., 528; G. Romagnoli, *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni e dei loro atti nella c.d. legge Gelli in materia di sicurezza delle cure, della persona assistita e di riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24/2017)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 2007.

<sup>8</sup> M. Gagliardi, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1323; L. Velliscig, *Assicurazione e “Autoassicurazione” nella gestione dei rischi sanitari. Studio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2018, 5; G. Romagnoli, *Dubbi ed attese sul completamento della disciplina assicurativa della legge Gelli-Bianco*, in *Risarcimento del danno e assi-*

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

Tuttavia, nel corso dell'ultimo ventennio si è registrato il drastico incremento dei premi assicurativi e delle soglie di franchigia (“*crisis of affordability*”), nonché il graduale ritiro delle compagnie assicurative dal settore sanitario con un'elevata concentrazione dell'offerta (“*crisis of availability*”). Più nel dettaglio, possono essere sinteticamente individuati alcuni fra i principali fattori alla base della crisi del mercato assicurativo in ambito sanitario<sup>9</sup>: a) aumento della complessità delle patologie e dei trattamenti sanitari erogati dal SSN, unitamente al complessivo allungamento della vita media; b) evoluzione della nozione di responsabilità degli operatori e degli enti sanitari, con l'emersione di nuove figure di danno alla persona e l'ampliamento degli oneri gravanti sulle strutture sanitarie; c) aumento della consapevolezza dei cittadini rispetto alla tutela del diritto alla salute e alla sicurezza delle cure, con il conseguente incremento delle richieste risarcitorie nei confronti delle aziende sanitarie; d) dilatazione degli importi risarcitori riconosciuti in via giurisdizionale (“*overcompensation*”), con il conseguente aumento anche delle liquidazioni erogate in via stragiudiziale<sup>10</sup>; e) crescente fluttuazione degli importi risarcitori, a causa dei continui mutamenti degli orientamenti giurisprudenziali, con inevitabili errori nella stima e nell'apposizione delle riserve, in particolar modo per i sinistri di “lunga durata”; f) aumento del costo medio dei sinistri, sotto lo specifico profilo dei costi fissi da affrontare per la fase di gestione della pratica, per la fase stragiudiziale e per l'eventuale contenzioso, nonché il complessivo aumento dei sinistri senza seguito (circa il 42 per cento del totale)<sup>11</sup>.

Il cumularsi di questi fattori ha determinato un disequilibrio economico nel mercato privato delle coperture assicurative relative al settore sanitario<sup>12</sup>.

*curazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, a cura di M. Faccioli e S. Troiano, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 172.

<sup>9</sup> In argomento, cfr. L. Bugiolacchi, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la R.C. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1032 ss.; V. Selini, *Il passato ed il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, 2017, 301 ss. In tema, cfr. anche il dossier redatto da ANIA, *Malpractice, il grande caos*, in *www.ania.it*, 2014, 45 ss.

<sup>10</sup> In base ai dati forniti dal broker assicurativo Marsh (arco temporale 2004-2019), il valore del liquidato medio per pratica si attesta in circa 86.000 euro; cfr. *Report Medmal (2021)*, cit., 32.

<sup>11</sup> Cfr. *Report Medmal (2021)*, cit., 10. In tal senso, anche in base ai dati raccolti dall'Ivass, emerge un aumento del costo medio per sinistro nell'ultimo decennio pari al +125,9 per cento; tali dati sono reperibili sul bollettino statistico Ivass, anno VII, n. 11, 2020, 14.

<sup>12</sup> Il fenomeno è sovrapponibile alla crisi del mercato assicurativo sanitario affrontata dal sistema statunitense nella seconda metà del secolo scorso (cfr. G. Calabresi, *The Problem of*

In base alle statistiche fornite dall'Ivass, si evidenzia che nell'ultimo decennio il "premio medio" versato dalle aziende sanitarie è stato sempre inferiore al "premio puro" (prodotto tra la frequenza dei sinistri e il costo medio del sinistro). L'esistenza di una differenza negativa tra il "premio medio" ed il "premio puro" implica una perdita tecnica prospettica per l'assicuratore: al termine di ciascun anno di denuncia, i premi raccolti non risultano sufficienti a coprire i costi per la liquidazione dei sinistri<sup>13</sup>.

Ne deriva che è in forte flessione il numero delle compagnie assicurative disposte alla quotazione del rischio delle aziende sanitarie pubbliche, con elevate percentuali di concentrazione dell'offerta assicurativa (l'80 per cento dei premi assicurativi è raccolto fra le 5 maggiori imprese operanti nel settore)<sup>14</sup>. Inoltre, numerose compagnie assicurative presenti sul mercato sono imprese a controllo estero, con potenziali ricadute negative in termini di effettività dei controlli di norma affidati all'autorità nazionale per la regolazione del settore<sup>15</sup>. La riduzione delle compagnie assicurative ("*crisis of availability*") ha determinato una contrazione dell'offerta ed una rarefazione della concorrenza, con la conseguente diminuzione della qualità operativa/gestionale dell'offerta assicurativa<sup>16</sup>.

*Malpractice: Trying to Round Out the Circle*, 27, *University of Toronto Law Journal*, (1977), 131; J.R. Posner, *Trend in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985*, 49, *Law and Contemporary Problems*, (1986), 37). In tal senso, si veda L.Velliscig, *Assicurazione e "Autoassicurazione"*, cit., 106 ss.; ID., *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 666; F. Onnis Cugia, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la Legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1751.

<sup>13</sup> Più nel dettaglio, è possibile segnalare che nel corso del 2020 il valore del "premio puro" per le strutture pubbliche ammontava a circa 515.000 euro, superiore del +14,3 per cento rispetto al "premio medio" effettivamente versato; nel 2019 il valore del "premio puro" superava il "premio medio" addirittura del +29,7 per cento. In argomento, cfr. bollettino statistico IVASS, anno VIII, n. 11, 2021, 14-15.

<sup>14</sup> Cfr. bollettino statistico IVASS, cit., 2021, 9. La descritta tendenza trovava già conferma nella relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario, cit., 20 ss. In tal senso, anche il campione di dati raccolto nel corso della presente analisi permette di osservare un controllo del mercato da parte delle compagnie *AmTrust Assicurazioni* e *Sham – Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles*.

<sup>15</sup> Più nel dettaglio, nel corso del 2020 le compagnie assicurative a controllo estero, sia con sede principale in Italia che all'estero, hanno raccolto circa il novantadue per cento dei premi versati. Cfr. bollettino statistico IVASS, cit., 2021, 10. In argomento, cfr. pure il dossier "*Malpractice, il grande caos*", cit., 48 ss.

<sup>16</sup> L'assenza di un mercato concorrenziale ha comportato la riduzione degli elementi migliorativi offerti dalle compagnie assicurative rispetto alla proposta contrattuale posta a base di gara. Di regola, infatti, fra gli elementi di valutazione dell'offerta venivano ricompresi: i meccanismi di coinvolgimento delle amministrazioni sanitarie nella gestione e liquidazione dei sinistri; l'organizzazione di corsi di formazione in materia di risk-management e la messa

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

Il progressivo abbandono da parte degli operatori economici del mercato assicurativo sanitario ha avuto come ulteriore conseguenza l'introduzione di condizioni contrattuali assai gravose anche sotto il profilo economico ("*crisis of affordability*").

Le compagnie assicurative, a causa della scarsa prevedibilità del settore, operano attraverso una sopravvalutazione dei rischi futuri, richiedendo il versamento di premi assicurativi particolarmente onerosi per i bilanci aziendali, cui si aggiungono i costi per la liquidazione dei sinistri sotto franchigia. Inoltre, le strutture sanitarie hanno anche registrato la contrazione delle quote di rischio effettivamente trasferibili nel mercato assicurativo privato, a causa del drastico aumento delle soglie imposte per le franchigie, la riduzione dei massimali assicurati, nonché la mancata previsione di clausole contrattuali volte alla rinuncia ad ipotesi di esclusione o di rivalsa<sup>17</sup>.

In sintesi, si registra l'inefficienza del mercato assicurativo privato, sia sotto il profilo del rapporto fra domanda ed offerta, che della qualità del servizio assicurativo. Numerose aziende sanitarie, dopo avere affrontato prolungati periodi di "scoperto assicurativo", a fronte della disdetta o dismissione delle polizze per eccessiva onerosità o andamento negativo<sup>18</sup>, ovvero nel tentativo di reperire polizze assicurative compatibili con i vincoli imposti dal bilancio aziendale, hanno quindi "volontariamente" abbandonato il mercato assicurativo privato<sup>19</sup>.

In base ai dati forniti dall'IVASS, nell'ultimo decennio si registra una riduzione delle strutture pubbliche assicurate del 62,5 per cento<sup>20</sup>.

a disposizione di personale dedicato; l'impiego di canali digitali riservati per la gestione del rapporto contrattuale con le strutture e per la comunicazione/liquidazione dei sinistri in favore dei danneggiati; la qualità e la frequenza delle informazioni trasmesse dalle compagnie assicurative rispetto ai sinistri annualmente denunciati (cfr. Deliberazione ANAC n. 618/2016 "*Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi*", 12-13).

<sup>17</sup> Cfr. M. Gagliardi, *I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1220; F. Onnis Cugia, *Responsabilità civile del medico*, cit., 1765; G. Romagnoli, *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Danno e resp.*, 2015, 329.

<sup>18</sup> Il dato è confermato dalla già citata relazione della Commissione parlamentare di inchiesta, cit., 22. In argomento, cfr. anche R. Domenici, *Il ruolo del medico legale nei comitati gestione sinistri*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1237.

<sup>19</sup> Cfr. F. Onnis Cugia, *op. loc. cit.*; in argomento, si veda anche B. Labella e G. Caracci, *L'osservatorio nazionale sinistri: strumenti di analisi e modelli di gestione del contenzioso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1227-1235.

<sup>20</sup> Cfr. bollettino statistico Ivass, anno VIII, n. 11, 2021, 10.

#### 4. Gli strumenti alternativi per la gestione del rischio delle amministrazioni sanitarie

Nel tentativo di fronteggiare la fuga dal mercato assicurativo delle aziende sanitarie, il legislatore statale prima con il d.l. n. 158/2012 (così come modificato dalla l. n. 114/2014)<sup>21</sup>, poi con la l. n. 24/2017, ha progressivamente ampliato gli obblighi assicurativi gravanti sulle amministrazioni sanitarie, nel tentativo di continuare a garantirne la solvibilità al verificarsi degli “eventi avversi”.

Ad oggi, ai sensi dell’art. 10, l. n. 24/2017, le strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private devono dotarsi di una copertura assicurativa per i danni causati verso i terzi o verso i prestatori d’opera per fatto proprio (per omissioni e/o carenze organizzative), ma soprattutto a copertura dei danni, anche di natura extracontrattuale, cagionati dal personale operante a qualsiasi titolo all’interno delle strutture<sup>22</sup>.

Nondimeno, l’intervento legislativo si è dimostrato tutt’altro che risolutivo, in parte aggravando la sproporzione fra domanda ed offerta all’interno del mercato assicurativo sanitario. Infatti, alla luce della natura unilaterale dell’obbligo a contrarre, ed in assenza di un equivalente vincolo giuridico per le compagnie assicuratrici, la rarefazione dell’offerta assicurativa è rimasta invariata<sup>23</sup>.

Fra le aziende sanitarie si è quindi ulteriormente consolidata la prassi, all’interno della cornice normativa fornita dall’art. 1, co. 1-*bis*, l. 241/1990, della ritenzione interna del rischio assicurativo mediante la gestione diretta degli eventi fonte di responsabilità civile verso terzi (modelli “*self-insurance*” o di “*auto-assicurazione*”)<sup>24</sup>. La legge Gelli-Bianco, infatti, ha mantenuto, la

<sup>21</sup> M. Gagliardi, *I profili di rilevanza assicurativa nella riforma “Balduzzi”*: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 771.

<sup>22</sup> Cfr. L. Bugiolacchi, *Le strutture sanitarie e l’assicurazione per la R.C. verso terzi*, cit., 1032 ss.; G. Facci, *L’azione di «recupero» della struttura sanitaria ed il c.d. doppio binario del giudice ordinario e della Corte dei conti*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 37; Id., *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 104; M. Hazan, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione*, in *Danno e resp.*, 2017, 75; S. Monticelli, *L’assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali*, in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Racugno, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 27; F. Valentini, *Il nuovo assetto della responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., 1409.

<sup>23</sup> Cfr. M. Rossetti, *La riforma della responsabilità medica. L’assicurazione*, in *Quest. Giust.*, 2018, 167.

<sup>24</sup> Cfr. L. Velliscig, *Assicurazione e “Autoassicurazione”*, cit., 247; Id., *Autoassicurazione e rischio sanitario*, cit., 666. In argomento, cfr. anche P. Corrias, *I profili di rilievo assicurativo della*



## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

possibilità per le strutture sanitarie di assolvere all'obbligo assicurativo anche avvalendosi delle c.d. "altre analoghe misure di responsabilità civile" con funzioni para-assicurative, atte a garantire una situazione astrattamente equivalente a quella offerta dai contratti di assicurazione, facoltà già in origine introdotta dalla l. n. 114/2014<sup>25</sup>.

Invero, l'impiego di tali modelli è ampiamente diffuso negli ordinamenti di *common law*, ed in particolare negli Stati Uniti con riferimento al settore degli *health-care providers* proprio per fronteggiare il fallimento del mercato assicurativo nel settore sanitario<sup>26</sup>. In tale contesto, alcuni studi empirici hanno confermato che generalmente l'aumento dei premi assicurativi comporta un corrispondente incremento nell'utilizzo dei "*self-insurance mechanisms*" e l'automatica riduzione del ricorso al mercato assicurativo in ambito sanitario. In sostanza, i meccanismi di *insurance* e *self-insurance* possono considerarsi beni sostituibili sotto il versante della domanda: quando il prezzo dei premi assicurativi aumenta, automaticamente diminuisce la domanda di polizze assicurative ed aumenta l'utilizzo di meccanismi *self-insurance*<sup>27</sup>.

Ad ogni modo, il ricorso a meccanismi di "assunzione diretta del rischio" non implica l'utilizzo di uno specifico schema negoziale, ma si limita genericamente a definire la scelta delle aziende sanitarie di gestire internamente il rischio clinico attraverso l'accantonamento delle riserve economiche necessarie per la liquidazione diretta dei sinistri, piuttosto che rivolgersi al mercato assicurativo<sup>28</sup>.

I vertici dell'amministrazione sanitaria, tenuto conto delle peculiarità

*Legge Gelli-Bianco*, in *Risarcimento del danno e assicurazione*, cit., 197; ID., *La copertura dei rischi della attività sanitaria: Assicurazioni e "analoghe misure"*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di G. Iudica, Milano, Giuffrè, 2019, 287 ss.; M. Gagliardi, *I riflessi dell'autoassicurazione*, cit., 1221; G. Romagnoli, *Autoassicurazione della responsabilità medica*, cit., 329.

<sup>25</sup> La possibilità di avvalersi di «altre analoghe misure di responsabilità civile» era già stata prevista all'art. 3, c. 1-bis, d.l. 158/2012, introdotto dall'art 27, d.l. n. 90/2014, così come modificato dalla l. n. 114/2014.

<sup>26</sup> In tal senso, cfr. L.Velliscig, *Assicurazione e "Autoassicurazione"*, cit., 64-128. Nell'ordinamento statunitense i meccanismi di "*self-insurance*" risultano efficacemente impiegati anche nel settore della responsabilità da *motor vehicles* o dalle unioni di datori di lavoro per garantire l'accesso alle cure ai propri *employees* senza ricorrere al mercato assicurativo ("*self-insurance health plans*"). Sul tema, si veda R. Korobkin, *The Battle over Self-Insured Health Plans, or "One Good Loophole Deserves Another"*, in *Yale journal of health policy, law and ethics*, 1, (2005), 89.

<sup>27</sup> In tal senso, cfr. F. Pannequin, A. Corcos, C. Montmarquette, *Are insurance and self-insurance substitutes? An experimental approach*, in *Journal of economic Behaviour and Organization*, 180, (2020), 797-811.

<sup>28</sup> In argomento, cfr. L.Velliscig, *op. cit.*, 15-16;

organizzative e dimensionali delle strutture, nonché della tipologia di servizi sanitari erogati, devono elaborare ed approvare degli studi di fattibilità (analisi costi-benefici) che giustifichino l'adesione al modello di gestione diretta del rischio clinico. È necessario dimostrare l'effettiva adozione di politiche aziendali di *risk-management* e l'efficace gestione delle conseguenze economiche derivanti dal verificarsi di eventi avversi, così garantendo il buon andamento dell'azione amministrativa ed il pieno soddisfacimento delle pretese creditorie dei terzi danneggiati.

## 5. La diversificazione dei modelli regionali

In assenza di precisi vincoli a livello normativo, si registra una notevole diversificazione dei modelli di gestione del rischio adottati dalle amministrazioni sanitarie regionali. In base ai dati raccolti dall'AGENAS è possibile individuare tre principali modalità di gestione del rischio clinico in ambito sanitario<sup>29</sup>: *i*) ricorso al mercato assicurativo privato ed esternalizzazione della totalità del rischio clinico, salvo i casi di sinistri sotto franchigia, la cui gestione e liquidazione è comunque affidata alle compagnie assicurative; *ii*) gestione diretta e integrale ritenzione del rischio clinico, escludendo il ricorso al mercato assicurativo privato; tale gestione può essere effettuata in modalità aggregata a livello regionale o attraverso la gestione diretta da parte delle singole aziende sanitarie; *iii*) ritenzione parziale del rischio clinico con gestione diretta dei sinistri entro una determinata soglia SIR (“*Self-Insured Retention*”), di norma fissata tra i 250 e 500 mila euro, al di sopra della quale, l'amministrazione sanitaria si rivolge al mercato assicurativo per la stipula di polizze di secondo rischio a copertura dei “danni catastrofali”<sup>30</sup>.

Premesso che gli ultimi dati reperibili con riferimento ai modelli regionali di gestione del rischio risalgono all'indagine effettuata da AGENAS nel corso del 2015, si è ritenuto opportuno svolgere un'attività di verifica ed aggiornamento di tali informazioni<sup>31</sup>. I dati raccolti confermano la crescente

<sup>29</sup> Cfr. Osservatorio nazionale delle buone pratiche in sanità, *Relazione annuale. Modelli di gestione del rischio clinico e dei sinistri*, in [www.buonapratichesicurezzaanita.it](http://www.buonapratichesicurezzaanita.it), 2018; AGENAS, *Monitoraggio delle denunce di sinistri 2015. Rapporto Annuale*, in [www.agenas.gov.it](http://www.agenas.gov.it), 2016, 17 – 53.

<sup>30</sup> La soglia SIR (*Self-Insured Retention*) si contraddistingue per l'integrale assunzione di una quota di rischio da parte dell'assicurato, anche in termini di gestione delle pratiche, liquidazione dei sinistri e raccolta/aggregazione dei dati.

<sup>31</sup> I dati sono stati acquisiti dai siti istituzionali delle amministrazioni sanitarie regionali, ovvero, in assenza di pubblicazione, attraverso contatto diretto con gli uffici delle suddette strutture. Si segnala peraltro che i dati non sono risultati di agevole reperimento, nonostante

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

diffusione di meccanismi di gestione diretta, integrale o parziale, del rischio clinico e la corrispondente riduzione del ricorso al mercato assicurativo, in linea con i dati forniti nel già citato report dell'IVASS (2021) sulla complessiva riduzione delle strutture pubbliche assicurate<sup>32</sup>.

Il ricorso alla ritenzione integrale o parziale del rischio clinico, tuttavia, solleva ancora numerose perplessità, anzitutto con riguardo all'effettiva capacità delle amministrazioni sanitarie di attuare correttamente il modello organizzativo connesso alla gestione diretta dell'attività assicurativa.

In particolare, una delle principali criticità riguarda le tecniche di accantonamento delle risorse patrimoniali e le modalità di apposizione delle riserve da parte delle amministrazioni sanitarie. La solvibilità delle strutture sanitarie verrebbe messa a rischio dalla scelta di limitarsi ad accantonare l'equivalente dei premi versati nell'ultimo periodo assicurativo o di fronteggiare volta per volta le singole richieste risarcitorie (“*non-contributory plan*”); del resto, le amministrazioni sanitarie non sarebbero nemmeno dotate di idonei meccanismi per la stima delle passività future, specialmente sotto il profilo dell'individuazione di adeguati criteri di riservazione dei sinistri o per la valutazione medico legale del danno<sup>33</sup>.

Un'ulteriore problematica, poi, è rappresentata dalla mancata esternalizzazione del rischio e dall'assenza del requisito della mutualità assicurativa. La carenza di tali elementi non permetterebbe di attestare l'effettiva equivalenza fra la ritenzione del rischio ed il ricorso al mercato assicurativo, sia sotto il profilo delle garanzie di solvibilità per i terzi, sia per la stabilità finanziaria della struttura sanitaria<sup>34</sup>.

l'obbligo normativo di pubblicazione delle polizze assicurative o delle altre misure analoghe adottate, di cui all'art. 10, c. 4, l. n. 24/2017.

<sup>32</sup> In base ai dati raccolti emerge che circa il settantasei per cento delle regioni o province autonome ricorrono alla gestione integrale o parziale del rischio (cinque regioni fanno ricorso al mercato assicurativo; sei regioni fanno ricorso alla ritenzione integrale del rischio; dieci regioni fanno ricorso alla ritenzione parziale del rischio). Sotto altro profilo, si segnala che le diverse esperienze regionali si suddividono in gestioni assicurative regionali o aziendali (otto regioni fanno ricorso alla gestione aziendale e tredici alla gestione regionale). In tale ultimo caso ogni singola azienda sanitaria decide autonomamente se ricorrere al mercato assicurativo o procedere alla gestione diretta, integrale o parziale, del rischio.

<sup>33</sup> In tal senso, cfr. R. La Russa, *La riforma della responsabilità sanitaria nel diritto civile: l'istituzione del «doppio binario» ed il nuovo regime assicurativo, tra obbligo di copertura e possibilità di autotutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 362; S. Monticelli, *le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. n. 24/2017*, in *Juscivile*, 2018, 18; F. Onnis Cugia, *Responsabilità civile del medico*, cit., 1777-1778; G. Romagnoli, *Autoassicurazione della responsabilità medica*, cit., 329 ss.; R. Pardolesi, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 261.

<sup>34</sup> In tal senso, cfr. P. Corrias, *I profili di rilievo assicurativo della Legge Gelli-Bianco*, cit.,

In via ulteriore, sotto un versante più strettamente operativo, si segnala l'assenza di un'infrastruttura tecnologica capace di sfruttare adeguatamente il patrimonio conoscitivo relativo alla gestione assicurativa nell'attività di riservazione o definizione dei sinistri (*know-how* aziendale). Si pensi, ad esempio, alla scarsa efficienza dei sistemi informatici utilizzati per la gestione delle pratiche di sinistro, alla mancata accessibilità della documentazione in formato elettronico o alla carenza di strumenti per la raccolta ed aggregazione dei dati, anche in base a criteri di ricerca predefiniti.

In sostanza, la mancata individuazione a livello normativo di standard gestionali, organizzativi e qualitativi minimi non permette di attestare il corretto impiego dei meccanismi per la gestione diretta del rischio da parte delle amministrazioni sanitarie. In realtà, al fine di fornire dei parametri di controllo univoci, ai sensi dell'art. 10, l. n. 24/2017, sarebbe dovuto essere adottato un decreto volto ad individuare i "requisiti minimi", le "condizioni generali di operatività", nonché le modalità di accantonamento e costituzione di un "fondo rischi". La bozza di decreto, che ha ormai accumulato un ritardo quinquennale, è stata infine approvata dalla Conferenza Stato-Regioni ed è stata sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato<sup>35</sup>.

Le misure, che dovrebbero essere attuate entro i successivi ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del decreto, tuttavia, sono contraddistinte da una vaghezza e genericità tali da non avere la portata risolutiva auspicata, essendo inadeguate nel dare pronta risposta a buona parte delle criticità sopra evidenziate. A ciò si aggiunge la contraddittorietà intrinseca alla promozione di una politica di rinnovo manageriale dell'amministrazione sanitaria non supportata da alcuna forma di investimento o stanziamento di risorse, così come il difetto di previsioni sanzionatorie e/o premiali a completamento della disciplina.

In definitiva, l'attuale quadro normativo non permette di rispondere efficacemente all'insieme delle criticità connesse all'adozione di modelli di ritenzione del rischio da parte delle amministrazioni sanitarie. Ciò considerato, nel corso dei successivi paragrafi si procederà all'analisi dettagliata del modello organizzativo adottato dell'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia. L'obiettivo è quello di valutare se la gestione diretta del rischio da parte delle amministrazioni sanitarie, laddove adeguatamente ideata ed

198-199; G. Romagnoli, *Dubbi ed attese sul completamento della disciplina assicurativa della legge Gelli-Bianco*, cit., 174; M. Rossetti, *La riforma della responsabilità medica*, cit., 167.

<sup>35</sup> La sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato si è espressa in data 7 giugno 2022 (n. affare 698/2022) sospendendo l'emanazione del proprio parere obbligatorio, in attesa della corretta consultazione degli *stakeholders* interessati e del necessario approfondimento di alcuni aspetti controversi nell'ambito della relazione di accompagnamento.

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

attuata, in particolare attraverso il sostegno delle nuove tecnologie ed una corretta raccolta, elaborazione e gestione dei dati, possa tradursi in uno strumento di efficientamento complessivo dell'azione amministrativa, contrariamente a quanto sostenuto dalle voci più critiche<sup>36</sup>.

### **6. L'esperienza del Friuli-Venezia Giulia e la gestione assicurativa centralizzata di ARCS**

Innanzitutto, al fine di un corretto inquadramento istituzionale, pare utile fornire alcune brevi indicazioni sull'assetto organizzativo del Servizio Sanitario Regionale del Friuli-Venezia Giulia.

A partire dalla l.r. n. 17/2014, la Regione Friuli-Venezia Giulia ha ridefinito l'assetto organizzativo dei servizi ospedalieri e distrettuali del SSR, con il duplice obiettivo di ridurre la spesa sanitaria e garantire maggiore uniformità nella gestione dei servizi sanitari e sociosanitari. Tale normativa, oltre alla complessiva semplificazione e riduzione del numero delle aziende per i servizi sanitari operanti sul territorio regionale, ha istituito l'EGAS – “Ente per la gestione accentrata dei servizi condivisi”, con funzioni di aggregazione e supporto tecnico degli Enti appartenenti al SSR<sup>37</sup>. In seguito, la l.r. n. 27/2018 ha nuovamente modificato la struttura e l'organizzazione del SSR, con un ulteriore accorpamento degli Enti dotati di personalità giuridica, ed istituito l'Azienda regionale di coordinamento per la salute (ARCS).

Per quanto qui di maggiore interesse, ARCS è subentrata nel patrimonio e nelle funzioni dell'EGAS, acquisendo ulteriori e nuove competenze. In particolare, le sono affidate funzioni riguardanti la gestione del rischio clinico, le valutazioni di qualità circa la tipologia di prestazioni erogate, il coordinamento ed il controllo della “Rete cure sicure FVG”, la gestione delle tecnologie sanitarie e del sistema informatico del SSR<sup>38</sup>.

Ciò premesso, la gestione centralizzata della copertura per la responsabilità RCT/RCO degli Enti del Servizio Sanitario Regionale, oggi integralmente affidata alla supervisione di ARCS, ha preso avvio a partire dal

<sup>36</sup> Cfr. *supra* nt. 39 – 40.

<sup>37</sup> In realtà, già l'art. 18, l.r. n. 21/2004, ai fini di razionalizzare le attività di supporto all'erogazione delle prestazioni sanitarie, affidava la gestione accentrata delle funzioni amministrative e logistiche al Centro Servizi Condivisi (Csc), poi sostituito dall'EGAS.

<sup>38</sup> Con la l.r. n. 22/2019 si è registrato un complessivo ripensamento delle modalità di gestione ed erogazione delle cure e dell'assistenza sanitaria, anche sotto il profilo della dell'impiego delle nuove tecnologie (in particolare, cfr. art. 39, l.r. n. 22/2019).

01/01/2006, rappresentando un'esperienza "pionieristica" nel contesto nazionale dell'organizzazione dell'amministrazione sanitaria<sup>39</sup>.

Il progetto per la gestione diretta del rischio clinico, come evidenziato nello studio di fattibilità allora prodotto, trae origine dalla già illustrata crisi del mercato assicurativo in ambito sanitario e dalle note difficoltà nel reperimento di compagnie disposte alla quotazione del rischio assicurativo. Per altro verso, lo studio di fattibilità riscontrava ulteriori criticità sotto il profilo organizzativo ed economico.

Più nel dettaglio, l'integrale ricorso al mercato assicurativo rendeva inaccessibili i dati riguardanti i sinistri denunciati ed eventualmente liquidati (in forma aggregata e/o disaggregata), con la conseguente perdita dell'intero patrimonio informativo relativo alla gestione assicurativa (*know-how* aziendale) indispensabile per l'implementazione di procedure per la gestione e prevenzione del rischio. Sotto il profilo economico, la stipula di una polizza assicurativa imponeva, oltre al pagamento del premio, anche di farsi carico dei costi connessi alla contrattualizzazione del broker assicurativo, i costi connessi alla tassazione delle somme versate, nonché il margine di profitto economico spettante alla compagnia assicurativa stimato in circa il 25 per cento del premio versato.

Alla luce dei dati qui sinteticamente riportati ed evidenziati dallo studio di fattibilità, l'amministrazione sanitaria regionale ha valutato complessivamente inefficiente l'integrale ricorso al mercato assicurativo, dando così avvio alle iniziative necessarie per attuare un modello di parziale ritenzione del rischio clinico. A partire dal 1° gennaio 2006, l'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia ha quindi attivato la gestione diretta del rischio entro la soglia *Self-Insured Retention* di cinquecentomila euro, stipulando un'unica polizza assicurativa aggregata a livello regionale a copertura degli eventuali "danni catastrofali" eccedenti.

La gestione dei sinistri, sopra e sotto soglia SIR, trova oggi puntuale e dettagliata disciplina all'interno del regolamento per la "gestione centralizzata della copertura per responsabilità RCT/RCO", recentemente approvato con decreto del Direttore Generale n. 169 del 11 novembre 2021 ed efficace alla data del 1° gennaio 2022, con l'obiettivo di garantire un procedimento di gestione assicurativa uniforme per l'intera amministrazione

<sup>39</sup> Il decreto n. 132/2005 del 24 novembre 2005 a firma dell'Amministratore Unico dell'allora Centro Servizi Condivisi ha approvato il «regolamento per la gestione centralizzata della copertura della responsabilità civile RCT/RCO degli enti del servizio sanitario regionale», disponendo, alla data del 1° gennaio 2006, l'attivazione del nuovo sistema di gestione della copertura del rischio connesso alla RCT/RCO degli Enti del SSR.

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

sanitaria. Nello specifico, il regolamento ha ad oggetto la definizione delle regole e delle procedure operative per la gestione centralizzata dei sinistri, che possono essere come di seguito sinteticamente descritte.

Ogni Ente del SSR, entro il termine massimo di quindici giorni dalla contestazione del danno, deve provvedere a trasmettere ad ARCS la denuncia di sinistro e la contestuale richiesta risarcitoria. L'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS provvede, entro i successivi 15 giorni, all'apertura del sinistro, valutando preliminarmente se il sinistro debba essere denunciato alla compagnia assicurativa perché di valore potenzialmente superiore alla soglia SIR di 550.000 euro. In tal caso, la compagnia di assicurazione sarà competente a gestire l'intera pratica di sinistro, limitandosi a sottoporre ad ARCS e all'azienda sanitaria interessata la proposta di definizione (archiviazione, transazione o reiezione), ed eventualmente procederà ad anticipare l'importo oggetto di liquidazione <sup>40</sup>.

A seguito dell'apertura di un sinistro sotto soglia, l'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS, coadiuvato dagli uffici insediati presso le singole aziende sanitarie ("comitato aziendale per la gestione sinistri"), gestirà l'intera pratica di sinistro, pure supervisionando lo svolgimento dell'intera attività istruttoria<sup>41</sup>. La predisposizione di una perizia medico legale interna è obbligatoria e deve essere trasmessa dalle singole aziende sanitarie ad ARCS entro il termine massimo di duecentodieci giorni <sup>42</sup>. In caso di ritardi, ed in assenza di un giustificato motivo, ARCS si riserva la facoltà attribuire l'incarico ad un professionista esterno con spese a carico dell'azienda, al fine di garantire il rispetto delle tempistiche previste per la definizione ed eventuale liquidazione dei sinistri.

Infine, al termine dell'attività istruttoria, in base alle risultanze emerse, l'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS propone una definizione del sinistro: la reiezione della richiesta risarcitoria, qualora non si rinvenga una responsabilità per *malpractice* medica, ovvero una proposta di transazione

<sup>40</sup> L'art. 12 del Regolamento prevede che in ipotesi di accordo transattivo, l'ammontare pattuito viene liquidato dalla compagnia assicurativa, successivamente ARCS provvede al rimborso delle suddette somme fino all'ammontare della soglia SIR prevista dalla polizza di secondo rischio.

<sup>41</sup> L'art. 9 del Regolamento precisa che ciascun Ente del SSR deve trasmettere le relazioni sanitarie/tecniche e ogni eventuale ulteriore documentazione richiesta da ARCS necessaria e/o utile all'istruttoria entro il termine massimo di trenta giorni.

<sup>42</sup> La redazione della perizia medico legale è affidata al medico legale interno alla struttura, quest'ultimo, infatti, conoscendo i protocolli organizzativi e la realtà operativa della singola azienda interessata, dovrebbe essere complessivamente agevolato nell'acquisizione di dati ed informazioni mediante attività di intervista e/o indagine.

per la liquidazione del sinistro. L'azienda sanitaria interessata deve formalmente esprimersi sulla proposta di reiezione o di transazione entro i successivi trenta giorni. Nell'eventualità in cui venga raggiunto un accordo transattivo fra le parti, l'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS è competente alla stipula dell'accordo conciliativo e all'erogazione dell'importo pattuito con la controparte. Nella diversa ipotesi di uno sviluppo giudiziale, il legittimato passivo della controversia sarà l'Ente del SSR, e quindi anche competente alla nomina del difensore in giudizio ed alla liquidazione di eventuali somme a favore della controparte. Tali somme, nonché le spese giudiziali e peritali ove opportunamente comprovate, dovranno essere integralmente rimborsate da ARCS<sup>43</sup>.

### *6.1. I risultati prodotti dalla gestione assicurativa centralizzata di ARCS*

La gestione diretta del rischio, mediante il modello organizzativo brevemente descritto nel precedente paragrafo, ha accresciuto l'efficienza dell'azione dell'amministrazione sanitaria del FVG. Invero, in base ai dati raccolti e alle interviste effettuate, è possibile individuare almeno quattro diversi risultati conseguiti dall'amministrazione sanitaria regionale.

In primo luogo, la gestione diretta del rischio assicura una complessiva riduzione dei tempi medi per la liquidazione dei sinistri, generalmente elevati in ipotesi di integrale ricorso al mercato assicurativo. I dati raccolti dall'IVASS con riferimento alle strutture pubbliche evidenziano che nel 2020 sono stati liquidati solamente l'8,2 per cento dei sinistri con seguito pervenuti alle compagnie assicurative nel corso dell'anno. Il dato non migliora se si analizza la ripartizione dei sinistri risarciti a titolo definitivo per anno di denuncia: i sinistri denunciati dopo il 2017 e liquidati a titolo definitivo sono solo il 10,3 per cento dei liquidati nel 2020 (e la quota scende al 5,3 per cento per i sinistri denunciati dopo il 2018)<sup>44</sup>.

Inoltre, deve segnalarsi la propensione delle compagnie di assicurazione a liquidare celermente i sinistri di modico valore; si registrano, invece, crescenti ritardi all'aumentare del valore dei sinistri, con intento chiaramente defatigante e volto a scoraggiare i danneggiati circa la possibilità di ottenere

<sup>43</sup> Nelle ipotesi in cui il contenzioso sia conseguenza dell'ingiustificato mancato rispetto dei termini per la trasmissione della documentazione relativa alle relazioni tecnico/sanitarie e alla relazione medico legale, il regolamento esclude il rimborso delle spese peritali e giudiziali.

<sup>44</sup> Tale percentuale è comunque in lieve aumento rispetto al 6,7 per cento del 2019 ed al 6,1 per cento registrato nel corso del 2018. In tal senso, cfr. bollettino statistico IVASS, cit., 2021, 12 – 13.



## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

il riconoscimento del giusto ristoro economico<sup>45</sup>. Tali prassi determinano un incremento del contenzioso e la riduzione delle possibilità di definizione del sinistro in via transattiva, con il proporzionale aumento dei costi a carico dell'amministrazione sanitaria, nonché la lesione del rapporto fiduciario fra danneggiato ed amministrazione<sup>46</sup>.

Tutto ciò considerato, uno dei principali vantaggi conseguiti attraverso la gestione diretta del rischio è il contingentamento dei tempi medi per la liquidazione dei sinistri, a prescindere dal valore economico degli stessi. Per raggiungere tale obiettivo, il regolamento sulla gestione assicurativa centralizzata di ARCS ha imposto il rispetto di precise tempistiche per lo svolgimento dell'attività istruttoria, a prescindere dal valore del sinistro denunciato, censurando eventuali ipotesi di inerzia da parte delle singole aziende sanitarie. Più nel dettaglio, il regolamento prevede che la proposta di reiezione ovvero di autorizzazione alla stipula dell'accordo transattivo debba avvenire entro il termine massimo di 285 giorni<sup>47</sup>. In base ai dati forniti dall'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS il tempo medio intercorrente tra l'apertura e la definizione stragiudiziale del sinistro è pari ad un anno e sei mesi. Il dato aumenta radicalmente nel caso di sinistri gestiti direttamente dalla compagnia assicurativa con tempi medi per la definizione dei sinistri pari a circa quattro anni<sup>48</sup>.

In secondo luogo, l'adozione di meccanismi di parziale ritenzione del rischio favorisce anche il ripristino del rapporto fiduciario tra cittadini ed amministrazione sanitaria. In ipotesi di integrale ricorso al mercato assicu-

<sup>45</sup> Cfr. bollettino statistico Ivass, cit., 2021, 13. Più nello specifico, nel 2020 sono stati definitivamente risarciti per gli anni di denuncia 2018-2020 il 10,3 per cento dei sinistri, ma gli stessi equivalgono soltanto al quattro per cento degli importi da erogare.

<sup>46</sup> In argomento, cfr. P. Corrias, *I profili di rilievo assicurativo della Legge Gelli-Bianco*, cit., 197; G. Pelissero, W. Rossi, A. Tita e P. Luraschi, *L'alternativa all'obbligo di assicurazione per le strutture: le analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso i terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Milano, Giuffrè, 2017, 691-693.

<sup>47</sup> Ai fini della corretta valutazione del dato è opportuno precisare che il prolungamento delle tempistiche oltre tale soglia può essere dovuto al ritardo nella trasmissione della perizia medico legale di controparte, ovvero a causa del mancato accordo sulla proposta di definizione in fase di conciliazione ed il conseguente avvio della fase giudiziale; è evidente che tali eventualità saranno certamente più frequenti per i sinistri di maggiore valore economico.

<sup>48</sup> I tempi medi di liquidazione sono in netto aumento nel caso di sinistri non definiti in via stragiudiziale: circa due anni e sette mesi per i sinistri sotto soglia SIR gestiti direttamente da ARCS ed una media di cinque anni e tre mesi per i sinistri affidati alla gestione diretta della compagnia di assicurazione.

rativo, è stato rilevato che i cittadini, a seguito della denuncia di un sinistro, incontrano numerose difficoltà nell'acquisizione di informazioni sullo stato della pratica, e nell'individuazione di un referente all'interno della compagnia di assicurazione con cui interfacciarsi<sup>49</sup>. Di contro, la gestione diretta garantisce l'individuazione da parte di ARCS di un soggetto responsabile dell'intera attività istruttoria e del corretto svolgimento dell'iter procedimentale, con funzioni del tutto assimilabili a quelle svolte dal responsabile del procedimento di cui alla l. n. 241/1990, i cui dati di contatto vengono comunicati agli interessati al momento dell'apertura del sinistro. La gestione del danno e la tutela del danneggiato vengono considerati entrambi parte integrante dell'attività di cura dei cittadini di cui all'art. 32 della Costituzione: il sinistro deve essere gestito dall'amministrazione sanitaria, individuando un corretto bilanciamento fra *accountability* dell'amministrazione ed *empowerment* organizzativo<sup>50</sup>.

Un terzo beneficio riguarda l'incremento della definizione dei sinistri mediante accordi stragiudiziali. Il regolamento sulla gestione assicurativa centralizzata di ARCS impone lo svolgimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione, salvo che sia stata esclusa ogni responsabilità per *malpractice* medica. Tale approccio garantisce un aumento delle percentuali dei sinistri definiti in via conciliativa, riducendo i costi per controversie giudiziarie non necessarie, il valore economico delle liquidazioni ed i tempi complessivi di definizione del sinistro<sup>51</sup>. In base ai dati forniti da ARCS è possibile rilevare che la percentuale dei sinistri definiti attraverso un accordo bonario è pari al

<sup>49</sup> Tale dato è stato rilevato dallo studio di fattibilità predisposto dalle strutture interne del CSC ed in base alle interviste effettuate presso l'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS.

<sup>50</sup> Cfr. in argomento, B. Labella e G. Caracci, *L'osservatorio nazionale sinistri: strumenti di analisi e modelli di gestione del contenzioso*, cit., 1233.

<sup>51</sup> Di contro, ai fini della conclusione di accordi stragiudiziali vengono valutati di scarsa utilità gli istituti della mediazione obbligatoria e della negoziazione assistita introdotti dall'art. 8, l. n. 24/2017. Infatti, qualora sia stata esclusa la sussistenza di un danno addebitabile all'amministrazione sanitaria, in assenza di ulteriori e nuovi elementi, il riconoscimento di un ristoro economico a favore della controparte sarebbe inconciliabile con i principi di buona amministrazione. Allo stesso modo, qualora l'amministrazione sanitaria abbia già effettuato una proposta transattiva senza esito, appare inverosimile che si possa successivamente giungere ad una composizione bonaria attraverso la mediazione o la negoziazione assistita. A conferma di ciò, è opportuno rilevare che in base ai dati forniti dall'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS la percentuale dei sinistri definiti mediante l'istituto della mediazione è pari solamente al 2,79 per cento dei sinistri complessivamente definiti (liquidati/senza seguito/rigettati). In argomento, cfr. Cfr. A.M. Tedoldi, *Profili processuali della riforma sulla responsabilità sanitaria*, in *Risarcimento del danno e assicurazione*, cit., 215 ss.

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

70 per cento dei sinistri liquidati, mentre soltanto il 25 per cento dei sinistri vengono definitivi a conclusione di un contenzioso giurisdizionale<sup>52</sup>. Di contro, nel caso di sinistri gestiti direttamente dalla compagnia di assicurazione, il numero dei sinistri liquidati mediante un accordo stragiudiziale è pari a soltanto il 22,6 per cento dei sinistri liquidati, mentre il numero dei sinistri chiusi giudizialmente supera la soglia del 64 per cento dei sinistri liquidati.

Da ultimo, il mantenimento della gestione delle pratiche di sinistro e delle proposte conciliative in capo all'amministrazione sanitaria garantisce il perseguimento dei principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, evitando che esigenze di bilancio e di mercato prevalgono sul pubblico interesse. L'amministrazione sanitaria, infatti, tenderà a risarcire i sinistri per cui siano stati accertati profili di responsabilità per *malpractice* medica, e ciò a prescindere dal valore economico. Al contrario, le compagnie assicurative tendono a ritenere conveniente la liquidazione dei sinistri di scarsa entità, anche in assenza di un'accertata responsabilità, avviando, piuttosto, contenziosi non necessari per evitare la liquidazione dei sinistri di maggiore valore economico.

La gestione diretta del rischio permette dunque un risparmio economico, grazie alla riduzione dei costi di intermediazione e di transazione propri del mercato assicurativo, ed una contrazione dei tempi medi per la gestione delle pratiche di sinistro<sup>53</sup>. Inoltre, si registra una massimizzazione in termini di efficienza dell'azione dell'amministrazione sanitaria, grazie all'abbattimento del contenzioso non necessario e all'aumento degli accordi transattivi. In tal senso, pare di interesse rilevare che il valore del liquidato medio dell'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia ammonta a circa 51.000 euro a fronte, per lo stesso arco temporale, di un liquidato medio per le compagnie assicurative pari a circa 86.000 euro<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> L'ultima rilevazione nazionale relativa alla percentuale dei sinistri chiusi in via stragiudiziale risulta essere quella svolta dall'AGENAS nel 2016 con una percentuale di sinistri chiusi in via conciliativa pari al 7,87 per cento per il 2014 e al 11,07 per cento per il 2015, cfr. AGENAS, *Monitoraggio delle denunce di sinistri 2015. Rapporto Annuale*, cit., 162.

<sup>53</sup> In argomento, cfr. L. VELLISCIG, *Assicurazione e "Autoassicurazione"*, cit., 44-45.

<sup>54</sup> Il dato relativo al FVG è desunto dalle rilevazioni rese disponibili da ARCS (arco temporale 2006-2021), in base alla somma fra il valore del "liquidato medio" pari a circa 33.000€ (su un totale di circa due mila sinistri liquidati direttamente da ARCS) ed il liquidato medio pari a "326.000€ facente capo alla compagnia di assicurazione. Per quanto concerne il dato nazionale relativo al mercato assicurativo (arco temporale 2004 - 2019) si veda il Report *Medmal* (2021), cit., 32.

6.2. *Le caratteristiche del modello per la gestione assicurativa centralizzata di ARCS*

Il raggiungimento dei risultati illustrati nel precedente paragrafo è subordinato all'adozione di specifiche misure organizzative e/o manageriali che permettono di assicurare la funzionalità della gestione diretta del rischio. È dunque necessario indagare le specifiche caratteristiche del modello adottato nell'esperienza regionale dell'amministrazione sanitaria del FVG. In particolare, nel presente paragrafo saranno analizzati cinque tratti caratterizzanti il suddetto modello organizzativo. Infine, un successivo paragrafo sarà dedicato all'approfondimento del tema dell'impiego delle nuove tecnologie quale componente indispensabile per l'implementazione e la funzionalità dell'intero modello.

Innanzitutto, la parziale ritenzione del rischio assicurativo, con il trasferimento all'esterno dei c.d. "danni catastrofici" deve considerarsi un tratto indispensabile per la sostenibilità economica del modello<sup>55</sup>. In ipotesi di integrale ritenzione del rischio, infatti, anche in costanza delle necessarie misure organizzative e gestionali, non può escludersi il verificarsi di *catastrophic losses*. In tali casi l'entità della perdita economica può essere tale da determinare l'instabilità finanziaria dell'amministrazione sanitaria, mettendone a rischio la solvibilità ed il complessivo funzionamento<sup>56</sup>.

Di qui, assume centrale importanza, ai fini della stipula della "polizza di secondo rischio", l'individuazione di una soglia di *Self-Insured Retention* adeguata alla tipologia di prestazioni sanitarie erogate e sottoposta a regolari aggiornamenti. L'individuazione di una soglia SIR non sufficientemente elevata comporta una complessiva perdita in termini di efficienza ed economicità del modello. Da un lato, non garantisce ampi risparmi sotto il profilo dei premi assicurativi versati, comunque elevati a fronte di una ridotta ritenzione del rischio, dall'altro, impone il pagamento dei costi fissi per la gestione interna delle pratiche di sinistro. Di contro, la fissazione di una

<sup>55</sup> Ad ogni modo, anche in ipotesi di disdetta della polizza di secondo rischio o di fallimento della compagnia assicurativa, la gestione diretta del rischio permette di fronteggiare adeguatamente le richieste risarcitorie nel frattempo pervenute, garantendo adeguata tutela alle istanze presentate degli amministratori.

<sup>56</sup> In tal senso, cfr. L.Velliscig, *Assicurazione e "Autoassicurazione"*, cit., 42. In particolare, l'Autrice afferma che la letteratura nord-americana sul tema è concorde nel ritenere che solo le *large corporations* sono nelle condizioni di sostenere finanziariamente ipotesi di *catastrophic losses*, in tutti gli altri casi è complessivamente preferibile che l'autoritenzione del rischio sia accompagnata da forme di trasferimento del rischio dirette a limitare l'ammontare delle perdite.

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

soglia SIR eccessivamente elevata, in ipotesi di gravi sinistri in serie o di sinistri cui conseguono lesioni gravissime o il decesso, può compromettere la stabilità economica della struttura sanitaria, al pari di una ritenzione integrale del rischio. In entrambe le ipotesi, il modello impiegato risulterebbe complessivamente inefficiente<sup>57</sup>.

Un secondo profilo di interesse riguarda il modello organizzativo adottato: la gestione accentrata a livello regionale (o quanto meno per “aree vaste”) è un tratto indispensabile per il corretto funzionamento della gestione diretta del rischio assicurativo<sup>58</sup>.

L'accentramento delle funzioni di coordinamento a livello regionale, nel caso

di specie a favore di ARCS, garantisce la gestione unitaria delle pratiche di sinistro rientranti all'interno della soglia SIR, dall'acquisizione della denuncia fino alla sua definizione, l'erogazione delle somme a carico del fondo assicurativo, e l'eventuale intermediazione con la compagnia assicurativa per i sinistri sopra la soglia SIR<sup>59</sup>.

Inoltre, nel caso del Friuli-Venezia Giulia, l'ARCS è competente ad intrattenere i rapporti con il broker assicurativo per l'acquisizione della polizza di secondo rischio e ad espletare la gara ad evidenza pubblica per l'acquisizione di una polizza unica a livello regionale<sup>60</sup>. La stessa svolge anche funzioni correlate alle politiche di *risk-management* erogando formazioni per il personale operante presso le strutture degli Enti del SSR. L'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS gestisce, altresì, una banca dati regionale per la raccolta ed aggregazione delle informazioni relative ai sinistri occorsi ed è competente alla predisposizione dei “report sinistri” da fornire alle

<sup>57</sup> Per quanto concerne l'esperienza del FVG è possibile osservare che era stata inizialmente prevista una soglia SIR pari a euro 500.000, sulla base delle risultanze fornite nel primo studio di fattibilità elaborato dal Csc. La soglia è stata successivamente innalzata a euro 750.000, tuttavia, al termine del periodo di prova, l'amministrazione sanitaria ha ritenuto tale soglia troppo elevata per garantire un corretto bilanciamento fra costi e benefici, così nuovamente riducendola a euro 550.000.

<sup>58</sup> G. Pelissero, W. Rossi, A. Tita, P. Luraschi, *L'alternativa all'obbligo di assicurazione*, cit., 688-689.

<sup>59</sup> In base ai dati raccolti si registra che un numero elevato di regioni, nonostante la complessiva inefficienza ed antieconomicità della scelta, si avvalgono ancora di una gestione assicurativa operante a livello aziendale (Abruzzo, Campania, Emilia-Romagna, Lazio, Lombardia, Marche, Puglia, Sardegna, Sicilia).

<sup>60</sup> In particolare, nel caso della regione Friuli-Venezia Giulia, l'ARCS svolge pure attività di intermediazione per l'acquisto di polizze da parte del personale sanitario ed assume le funzioni di soggetto aggregatore delle aziende sanitarie operanti sul territorio regionale per l'acquisto di ulteriori tipologie di polizze assicurative.

strutture sanitarie per implementare le politiche *risk-management*, oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo.

Per altro verso, il raggruppamento di una pluralità di aziende sanitarie in un unico sistema assicurativo, attraverso un unico soggetto aggregatore quale ARCS, permette di ricreare il “rapporto di mutualità” tipico del contratto di assicurazione, così parzialmente assorbendo, in forza delle leggi statistiche e di probabilità, le conseguenze economiche negative derivanti dall’avverarsi dei fattori di rischio<sup>61</sup>.

L’impiego di tali meccanismi garantisce l’accesso ad un’unica polizza assicurativa regionale di secondo rischio, a prescindere dalla sinistrosità delle singole aziende sanitarie. In tal modo, grazie alla mutualità interna ricreata dal modello di gestione accentrata, anche le strutture che singolarmente non riuscirebbero ad individuare una compagnia assicurativa disposta alla quotazione del rischio hanno accesso alla garanzia assicurativa per i danni catastrofali. In sostanza, la scarsa sinistrosità di alcune strutture sanitarie, in parte dipendente dalla tipologia di attività svolta, permette di abbattere, o quantomeno rendere economicamente sostenibile, il rischio di strutture sanitarie dedite allo svolgimento di terapie salvavita ed interventi chirurgici sperimentali, che potranno così continuare ad erogare le medesime prestazioni sanitarie<sup>62</sup>.

Le ricadute positive per l’azione dell’amministrazione sanitaria sono evidenti: l’implementazione di tali meccanismi di mutualità interna rende sostenibile l’operatività di strutture ad alto rischio di sinistrosità, assicurandone la complessiva stabilità economica e la solvibilità al verificarsi dell’evento dannoso, nel pieno espletamento del diritto costituzionale alle cure e alla salute. La gestione accentrata del rischio clinico permette, dunque, di

<sup>61</sup> Tale modalità di gestione accentrata può essere assimilata allo strumento delle *captive insurance* diffuse nell’ordinamento statunitense. Negli Stati Uniti, infatti, a seguito della già citata crisi del mercato delle assicurazioni sanitarie, le *health-care facilities* hanno scelto di costituire delle apposite società assicurative con l’esclusiva finalità di assicurare i rischi dei soggetti facenti parte della compagine sociale. In tale ipotesi, le strutture ospedaliere scelgono comunque di esternalizzare il rischio clinico, sebbene a favore di un soggetto costituito “ad hoc”. Ancora più simile è la prassi di costituire dei “*Risk-Retention Groups*”, che si contraddistinguono per la scelta delle diverse strutture sanitarie di mettere in comune le proprie risorse economiche per fronteggiare collettivamente il rischio assicurativo. In argomento, cfr. L. Velliscig, *Assicurazione e “Autoassicurazione”*, cit., 52 – 53.

<sup>62</sup> Con specifico riferimento all’esperienza del FVG emerge che la gestione accentrata del rischio garantisce un sistema virtuoso di mutualità fra istituti ad alta sinistrosità, come l’ospedale infantile Burlo Garofalo di Trieste (che registra alcuni sinistri di portata catastrofale generando il decesso o lesioni gravissime, con liquidazioni per sinistro fino ad un valore di circa quattro milioni di euro) e strutture a scarsa sinistrosità, come il C.R.O. di Aviano.

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

mantenere operative strutture ospedaliere pubbliche capaci di erogare cure mediche e prestazioni sanitarie ed operatorie particolarmente complesse, talvolta a carattere innovativo e ad alto rischio, sebbene tali prestazioni siano antieconomiche ed insostenibili per il mercato assicurativo privato.

Terzo, l'individuazione delle corrette modalità di costituzione, gestione e riservazione del "fondo rischi" ha un ruolo essenziale per la ritenzione del rischio assicurativo.

L'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia ha costituito un "Fondo Unico Regionale", dotato di autonomia contabile, destinato alla copertura dei soli costi relativi alla gestione dei rischi per *malpractice* medica delle strutture regionali, ed affidato esclusivamente alla gestione di ARCS<sup>63</sup>. Alla data di prima attivazione del "fondo rischi" era stato previsto uno stanziamento da parte del Fondo Sanitario Regionale pari a circa cinque milioni annui, adeguato nel corso degli anni fino a raggiungere una somma attualmente ricompresa fra i dieci ed i dodici milioni di euro. Il visibile incremento degli stanziamenti annuali è riconducibile non solo all'aumento dei sinistri e degli importi liquidati, ma soprattutto ad un efficace utilizzo dei flussi di dati acquisiti dall'amministrazione sanitaria nella stima delle riserve<sup>64</sup>.

Inoltre, il regolamento prevede che le eventuali eccedenze tra il costo necessario all'adeguamento annuale del fondo rischi e il preventivato finanziamento regionale, debbano essere ripartite fra le singole aziende sanitarie sulla base della compartecipazione percentuale al rischio probabile generato<sup>65</sup>. In questo modo, l'amministrazione mira a responsabilizzare le singole aziende sanitarie, incentivando l'adozione di misure per la prevenzione dei rischi, con l'obiettivo di evitare perdite patrimoniali dirette.

L'amministrazione sanitaria, ai fini della corretta gestione del fondo rischi, deve essere in grado di stimare le effettive probabilità di avveramento

<sup>63</sup> In alternativa alla costituzione di un "*trust fund*" è possibile ipotizzare, come avvenuto nell'ordinamento statunitense, un'esternalizzazione del rischio clinico in capo a soggetti terzi, che, tuttavia, non operano sul mercato assicurativo privato, quali le già citate ipotesi di "*Alternative Risk Transfer*". In tal senso, cfr. L. Velliscig, *Autoassicurazione e rischio sanitario*, cit., 666; cfr. Id., *Assicurazione e "Autoassicurazione"*, cit., 55 – 58.

<sup>64</sup> L'adeguamento periodico degli stanziamenti è effettuato in base ad una media calcolata sullo storico degli ultimi quindici anni e mira a garantire che le somme riservate non siano mai superiori alla concreta capienza del fondo rischi. Il fondo è costituito dalla totalità delle somme impegnate per i sinistri allo stato denunciati e non ancora definiti, adeguato alla soddisfazione di tutte le potenziali pretese risarcitorie, per un valore complessivo pari a circa cinquanta milioni di euro.

<sup>65</sup> Più nel dettaglio, il peso percentuale delle singole strutture sanitarie, nella generazione del rischio, è stato calcolato in base a tutti i sinistri generati dalle stesse a partire dall'avvio della gestione diretta.

del rischio, per garantire una migliore approssimazione delle somme messe a riserva ed evitare inefficienze gestionali<sup>66</sup>. Ed infatti, la sovrastima delle somme riservate comporta l'immobilizzazione di risorse che potrebbero essere diversamente e meglio impiegate; viceversa, l'eventuale sottostima delle riserve può determinare l'incapienza del fondo e la necessità di reperire ulteriori coperture per il soddisfacimento dei terzi danneggiati. L'utilizzo dei dati acquisiti tramite la gestione diretta, ove adeguatamente aggregati e rielaborati mediante l'impiego di specifici software, come nel caso della gestione assicurativa centralizzata di ARCS, permette di affinare le modalità di stima ed evitare inutili immobilizzazioni di risorse pubbliche<sup>67</sup>.

Quarto, sotto il profilo gestionale, al fine di garantire una più accurata corrispondenza fra somme riservate e somme liquidate, l'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS effettua una rivalutazione periodica di tutti i sinistri denunciati, in base agli aggiornamenti delle tabelle ministeriali, soprattutto con riguardo ai sinistri di lunga durata, ed assicura una continua revisione delle riserve in base alle risultanze fornite dalle perizie medico legali interne e di controparte<sup>68</sup>. Il rispetto di queste regole permette una gestione del fondo rischi complessivamente più accurata, esente da vincoli connessi a esigenze di bilancio aziendale o a politiche interne di standardizzazione in base alle tipologie di sinistro, come spesso avviene per le compagnie di assicurazione.

Da ultimo, l'efficienza dei modelli di gestione diretta del rischio è strettamente connessa alla presenza all'interno dell'amministrazione sanitaria di risorse umane ed organizzative capaci di attuare politiche di *clinical risk-management* per la prevenzione degli errori sanitari e la conseguente riduzione

<sup>66</sup> In argomento, cfr. P. Corrias, *I profili di rilievo assicurativo della Legge Gelli-Bianco*, cit., 197 – 199; L. Velliscig, *L'autoassicurazione*, in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, cit., 118 – 119.

<sup>67</sup> Ad ogni modo, è opportuno precisare che lo sfioramento della soglia di finanziamento regionale può essere causato anche da un unico errore di stima avente ad oggetto i "sinistri catastrofali". D'altro canto, il modello di parziale ritenzione del rischio clinico permette di limitare le perdite entro la soglia SIR, garantendo che l'aggravio di spesa sul fondo abbia portata limitata e che i maggiori costi siano automaticamente assorbiti dalle compagnie di assicurazione.

<sup>68</sup> L'ufficio gestione assicurativa di ARCS appone una prima iniziale riserva all'apertura del sinistro, le somme riservate vengono poi progressivamente aggiornate in base alle relazioni sanitarie/tecniche e alle risultanze della perizia medico legale (interna e di controparte) con specifico riguardo alla sussistenza di responsabilità per *malpractice* medica e alla stima del *quantum* risarcitorio; qualora si escluda ogni responsabilità per la struttura sanitaria verrà apposta una riserva limitata alle somme necessarie per un eventuale contenzioso.



## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

ne del rischio clinico<sup>69</sup>. Tali politiche sono fondate sulla collaborazione tra operatori e strutture sanitarie, finalizzata a conoscere e valutare i *trigger events* (conseguenti effetti attesi e costi associati), e sull'attività di *incident reporting* che permette di limitare la propagazione dell'evento dannoso<sup>70</sup>.

L'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia, ad esempio, ha istituito un "Comitato Regionale per la Gestione del rischio assicurativo", che costituisce luogo di confronto sulle politiche di *clinical risk-management* e gestione centralizzata dei sinistri, ed esprime pareri in ordine alla standardizzazione di protocolli organizzativi/procedurali per l'abbattimento della sinistrosità aziendale e per l'elaborazione della reportistica dei sinistri<sup>71</sup>.

A livello aziendale è stato previsto presso ogni ente del SSR un "comitato aziendale" per la gestione dei sinistri, quale organismo tecnico deputato alla gestione del rischio assicurativo. I comitati aziendali, oltre a coadiuvare ARCS nella gestione della pratica di sinistro, si occupano di valutare i sinistri intervenuti a livello aziendale, attivare azioni di miglioramento e di predisporre protocolli e/o linee guida per limitare la sinistrosità dell'amministrazione sanitaria o per supportare la difesa aziendale in eventuali contenziosi<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> In tema cfr. B. Gaudenzi, *Il risk management nelle aziende sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 1997; L. Selleri, *La rilevanza della resilienza nel processo evolutivo del risk management: sfide ed opportunità per le imprese di assicurazione*, in *Dir. economia assicur.*, 2011, 1419; L. Marazzi, *Modelli di mappatura del rischio sanitario*, in *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, a cura di G. Romagnoli, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 220.

<sup>70</sup> Cfr. F. Valentini, *Il nuovo assetto della responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2017, 1395.

<sup>71</sup> L'amministrazione regionale, con la delibera della giunta n. 1970/2016, ha anche istituito un apposito programma "Rete Cure Sicure FVG" finalizzato a promuovere e valorizzare, in forma integrata, le attività connesse alla sicurezza dei pazienti e le politiche di prevenzione e gestione del rischio sanitario. Il programma ha il principale obiettivo di promuovere l'attivazione di percorsi *audit* finalizzati allo studio dei processi interni e le criticità più frequenti (anche su base di segnalazioni anonime), nonché di rilevare l'eventuale inappropriatazza dei percorsi diagnostici e terapeutici e facilitare l'emersione di pratiche di medicina difensiva attiva e passiva.

<sup>72</sup> I protocolli organizzativi e/o procedurali sono inizialmente sperimentati in singoli reparti o strutture organizzative e successivamente diffusi tra gli enti del SSR, previo parere favorevole del Comitato regionale, ove venga in rilievo una riduzione statistica dei sinistri. Inoltre, ogni ente del SSR ha l'onere di individuare al proprio interno un *risk manager* aziendale che svolge funzioni di interfaccia con il livello regionale, coordina il tavolo aziendale sul rischio clinico, cura il flusso dei dati aziendale, promuove l'attivazione di *audit* clinici, propone alla direzione sanitaria aziendale programmi di miglioramento del governo clinico. Di contro, si ritiene che l'esternalizzazione dei "Servizi di gestione e liquidazione dei sinistri" a favore di un *Loss Adjuster* dipendente da una compagnia di assicurazione debba valutarsi come una scelta complessivamente inefficiente. Infatti, l'esternalizzazione di tali attività comporta la perdita dell'intero patrimonio informativo relativo alla gestione assicurativa (*know-how* azien-

La corretta implementazione di azioni di *clinical risk-management* e l'adozione di un regolamento interno che disciplini puntualmente, come nell'esperienza dell'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia, le regole operative per la gestione dei sinistri, costituzione e riservazione del fondo sinistri, rappresenta, sotto il profilo organizzativo, carattere indispensabile per garantire la funzionalità della gestione assicurativa centralizzata <sup>73</sup>.

## **7. Il ruolo delle nuove tecnologie nella gestione diretta del rischio**

La gestione diretta del rischio impone l'utilizzo di sistemi informatici per la raccolta e l'elaborazione dei flussi di dati riguardanti i sinistri, mediante tecniche di analisi statistica e sistemi automatizzati, le cui risultanze permettono l'implementazione di protocolli organizzativi/procedimentali di *clinical risk-management* ed un'accurata gestione del fondo sinistri, nonché di attività conciliative o giudiziali.

L'impiego di software fondati sull'uso di algoritmi per migliorare la raccolta, la conservazione ed il trattamento dei dati, è uno dei primi obiettivi per un'efficace gestione dei sinistri e per la centralizzazione della gestione assicurativa <sup>74</sup>. Infatti, l'ampliamento dei dati e delle informazioni scambiate e raccolte dalle amministrazioni sanitarie si dimostra un passaggio obbligato per garantire un flusso informativo ed il conseguente miglioramento della gestione dei processi clinici ed amministrativi<sup>75</sup>.

dale) indispensabile per l'implementazione di procedure per la gestione e prevenzione del rischio e per l'efficiente funzionamento del modello.

<sup>73</sup> Il programma regionale "Rete Cure Sicure FVG" affida tale ruolo di coordinamento ad una struttura regionale "deputata alla gestione del rischio clinico". Tuttavia, la mancata attribuzione del ruolo di coordinamento a favore di ARCS deve essere valutata negativamente, non assicurando la necessaria sinergia tra le azioni volte alla prevenzione del rischio clinico e quelle relative alla gestione assicurativa dei sinistri.

<sup>74</sup> In tal senso, si consideri che i primi progetti finalizzati alla prevenzione del rischio e alla creazione di un modello organizzativo basato su *risk-management* sanitario hanno imposto un intervento di riorganizzazione dei sistemi informativi e la conversione in formato elettronico dell'insieme dei flussi di dati sanitari. In argomento, cfr. G. Preite, *Il sistema socio-sanitario e le dinamiche del rischio nella moderna contemporaneità*, in *La sanità e il rischio. Dinamiche, prospettive, strategie*, a cura di M. De Benedetto e G. Preite, Trento, Tangram Edizioni Scientifiche, 2019, 28-29.

<sup>75</sup> Del resto, la raccolta e l'elaborazione di ingenti flussi di dati in ambito sanitario, oltre al settore della gestione assicurativa, può interessare altre aree dell'organizzazione sanitaria. In tal senso, si pensi alla proposta del Ministero della Salute per la ripartizione delle risorse del Fondo Sanitario Nazionale (FSN). Il Ministero intenderebbe realizzare un'interconnessione-

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

La gestione diretta del rischio permette alle amministrazioni sanitarie di entrare in possesso di numerose informazioni riguardanti i sinistri per *malpractice*, di norma difficilmente reperibili in ipotesi di integrale ricorso al mercato assicurativo, se non limitatamente alle statistiche riguardanti i sinistri denunciati ed il *quantum* liquidato. La gestione diretta, invece, consente di accedere all'integrale raccolta dei sinistri denunciati, dei sinistri riservati, dei sinistri confermati e dei sinistri liquidati, nonché a tutti i dati relativi agli accordi transattivi sottoscritti fra le parti, all'eventuale contenzioso, o al contenuto delle perizie medico legali.

I dati, se correttamente aggregati, permettono di predisporre report e statistiche finalizzate a fornire una base informativa minima sui tassi di sinistrosità delle singole strutture sanitarie, sui reparti e le attività più frequentemente soggetti al verificarsi di sinistri, sulle percentuali di sinistri denunciati per tipologia. L'obiettivo è quello di implementare specifiche misure a livello aziendale o regionale per prevenire eventi di rischio futuri, basandosi sull'analisi degli eventi dannosi e/o errori commessi in passato, sfruttando il patrimonio informativo, a seguito di rielaborazione mediante software e database utilizzati per scopi di *business intelligence* in ambito clinico, assicurativo e gestionale.

Nell'esperienza dell'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia, l'attività di raccolta ed elaborazione dati è stata affidata ad ARCS, quale soggetto con funzioni di coordinamento della gestione assicurativa centralizzata. Più in generale, l'art. 39, l.r. n. 22/2019, attribuisce ad ARCS le funzioni di progettazione, organizzazione, sviluppo e conduzione del sistema informativo e telematico unitario per le amministrazioni aderenti al servizio sanitario regionale<sup>76</sup>. Il legislatore regionale mira a garantire l'aggiornamen-

ne tra diversi flussi di dati, in particolare, incrociando le informazioni reddituali, disponibili presso l'anagrafe tributaria, i registri di mortalità, i dati delle anagrafi regionali dei codici di esenzione per patologia, per procedere alla successiva "stratificazione" degli utenti del SSN. L'attività di "stratificazione" della popolazione ("profilo sanitario individuale" connesso allo stato di salute del singolo e alla relativa situazione reddituale) consentirebbe un riparto più efficiente del FSN, nonché la creazione di un sistema diagnostico ad ampio spettro capace di razionalizzare l'azione dell'amministrazione sanitaria (cfr. GDPR, parere n. 43/2020, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

<sup>76</sup> Il sistema informativo socio sanitario regionale (SISSR) è un sistema unitario ad elevata complessità funzionale e strutturale, utilizzato per il governo e la gestione di tutti gli enti del SSR. Il SISSR riunisce soluzioni gestionali multiutenza connesse e integrate tra loro – area clinica, territoriale, amministrativa e direzionale – mediante la condivisione dei database e la razionalizzazione e automazione dei processi. Tale sistema, oltre a costituire il principale supporto operativo per le strutture sanitarie, è la fonte informativa più consistente a livello aziendale e regionale. A partire dal 2020 è stato previsto l'impegno di un elevato nu-

to delle infrastrutture tecnologiche in uso presso le diverse aziende sanitarie, soprattutto per garantire l'interoperabilità tra piattaforme, affidando ad ARCS il compito di individuare e pianificare gli interventi necessari per garantire l'integrazione dei sistemi informativi in ambito assistenziale.

Sotto il profilo specifico della gestione assicurativa, il Centro Servizi Condivisi (oggi ARCS) ha provveduto allo sviluppo *in house* di un software, basato su algoritmi deterministici. L'intero patrimonio informativo viene raccolto all'interno di una banca dati sinistri e successivamente elaborato in base alle esigenze segnalate dall'amministrazione sanitaria<sup>77</sup>. Più nel dettaglio, l'ufficio Gestione Assicurativa Centralizzata di ARCS, attraverso l'utilizzo di tale infrastruttura tecnologica e dei dati raccolti, è in grado di svolgere le seguenti attività: *a)* elaborazione di statistiche e report funzionali all'analisi della sinistrosità delle singole aziende sanitarie, al fine di individuare le strutture che, nell'erogazione di una data prestazione sanitaria o pratica clinica, presentano un numero di sinistri superiore rispetto alla media degli enti del servizio sanitario regionale; *b)* elaborazione di un "report sinistri" che permetta l'individuazione, in forma singola o aggregata (per anno, per struttura o per tipologia di sinistri), dei sinistri denunciati, delle generalità dei danneggiati, di informazioni relative alle tempistiche e allo svolgimento della fase istruttoria, delle modalità di definizione dei sinistri in via transattiva o giudiziale e dell'eventuale valore economico del risarcimento liquidato; *c)* aggregazione ed elaborazione dei dati relativi ai sinistri storicamente denunciati per garantire una corretta valutazione degli stanziamenti annuali a favore del fondo sinistri, così superando le criticità relative alla stima delle somme necessarie a soddisfare l'insieme delle istanze risarcitorie; *d)* elaborazione di specifiche statistiche per una più accurata apposizione delle riserve a seguito dell'apertura di un sinistro, così limitando le ipotesi di sottostima e sovrastima delle somme riservate all'interno del fondo sinistri; *e)* elaborazione di statistiche relative al numero e alla tipologia di sinistri definiti mediante accordo stragiudiziale, per la stima della proposta transattiva più adeguata alla definizione del sinistro e valutazione predittiva circa le possibilità di successo in ipotesi di contenzioso.

Il database vanta un ampio patrimonio informativo, acquisito in circa quindici anni di gestione accentrata del rischio assicurativo. Nondimeno,

mero di risorse (economiche ed umane) per la revisione dei processi riguardanti la raccolta e l'aggregazione dei dati da parte delle aziende sanitarie e di rinnovamento delle infrastrutture tecnologiche.

<sup>77</sup> In tema di gestione e raccolta dati e trattamento dati personali, cfr. E.A. FERIOLI, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Robot nella tutela della salute*, in *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 423.

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

presenta delle funzionalità di rielaborazione ed aggregazione automatizzate assai limitate. Il software attualmente in uso, risalente al 2012, sconta un'inevitabile arretratezza tecnologica, sia sotto il profilo delle funzionalità, che a livello di interoperabilità con altri sistemi informatici o applicativi. La maggioranza dei report e delle statistiche appena descritte sono, quindi, elaborate "manualmente" dagli operatori, non essendo previste funzioni di aggregazione e di analisi automatizzate.

È per queste ragioni che l'amministrazione sanitaria intende sviluppare un nuovo applicativo, avvalendosi di una *software-house* esterna, meglio rispondente alle esigenze della gestione assicurativa centralizzata e di maggiore avanguardia sotto il profilo dell'avanzamento tecnologico<sup>78</sup>. A conferma di ciò, è stata recentemente pubblicata una consultazione preliminare di mercato propedeutica all'indizione di una procedura per l'affidamento della fornitura del nuovo applicativo in modalità "*Software as a Service*"<sup>79</sup>.

Nello specifico, in base all'avviso pubblico, fra le specifiche funzionali del nuovo applicativo figurano: *i*) la gestione integralmente informatizzata dei sinistri, del flusso di dati e delle relative attività; *ii*) la possibilità di visualizzare in tempo reale il flusso di lavoro e le attività riguardanti il singolo sinistro, con visualizzazioni diversificate in relazione ai differenti profili utente; *iii*) la possibilità di produrre dati statistici e lo svolgimento automatizzato di funzioni di analisi, di reportistica e capacità analitiche con visualizzazione personalizzate in relazione ai differenti profili utente; *iv*) la capacità di creazione ed esportazione di specifici file per la gestione del flusso SIMES (Sistema Informativo per il Monitoraggio degli Errori in Sanità); *v*) la migrazione sulla nuova piattaforma dello storico dati già presente a sistema, così da salvaguardare il patrimonio informativo già consolidato.

<sup>78</sup> In particolare, l'obiettivo è quello di realizzare un'infrastruttura tecnologica interoperabile con il SISR e direttamente accessibile alle singole aziende sanitarie per l'acquisizione di dati e statistiche, senza l'intermediazione di ARCS. L'accesso diretto ai dati aziendali, sebbene con i necessari vincoli di visualizzazione, permetterebbe ai *risk-manager* e ai comitati aziendali un utilizzo più agevole del patrimonio informativo, così facilitando l'implementazione di proposte e politiche mirate per la prevenzione e gestione dei sinistri nella singola realtà aziendale.

<sup>79</sup> Più nel dettaglio, in data 18 ottobre 2022 è stata pubblicata sul sito istituzionale di ARCS una «Consultazione preliminare di mercato finalizzata all'indizione di una gara per l'affidamento della fornitura di una piattaforma per la gestione delle richieste di risarcimento danni notificate alle Aziende Sanitarie del SSR nell'ambito della copertura assicurativa Centralizzata RCT/O del FVG e curate dall'Azienda Regionale di Coordinamento per la Salute». L'avviso pubblico specifica che la soluzione ricercata dall'amministrazione sanitaria dovrà fornire una visione integrata e centralizzata di tutte le informazioni e/o dati relativi ai singoli sinistri, garantendo la possibilità di monitorare lo stato della pratica.

Più in generale, ai fini dell'aggiornamento dell'infrastruttura tecnologica, è auspicabile lo sviluppo di software basati su algoritmi più avanzati, anche con funzioni di “*Natural Language Processing*”, in parte già diffusi nel mercato privato delle assicurazioni, per l'esame e l'aggregazione di un più ampio numero di dati ed informazioni, in base ai criteri di ricerca differenziati<sup>80</sup>. In tal modo, l'amministrazione sanitaria potrà individuare nuovi parametri di valutazione e sviluppare capacità predittive sempre più accurate per la stima delle somme da liquidare, o per la determinazione di *trend* ed esiti giudiziari con riguardo a specifiche tipologie di sinistri<sup>81</sup>.

In sintesi, la raccolta e l'analisi dei dati permette di conseguire almeno due principali risultati. Da un lato, fornisce elementi di valutazione omogenei per situazioni analoghe, in modo da uniformare l'approccio tra i diversi “comitati aziendali” di gestione sinistri; dall'altro, facilita una visione “predittiva” della lite e consente di adeguare le strategie in fase stragiudiziale o giudiziale<sup>82</sup>.

Nondimeno, perdura la centralità della supervisione umana per una corretta gestione del rischio da parte dell'amministrazione sanitaria. E ciò, in particolare, per quegli accadimenti che sfuggono al mero calcolo probabilistico o che non presentano una ricorrenza numerica tale da poter essere considerati un campione rappresentativo<sup>83</sup>. In scenari di rischio meno ri-

<sup>80</sup> Sulla base della documentazione disponibile, infatti, si osserva l'assenza di espliciti richiami all'impiego di algoritmi con funzioni di *machine learning* o con capacità evolute di *Natural Language Processing*, preferendo l'utilizzo dei più diffusi algoritmi deterministici. D'altro canto, lo strumento della consultazione preliminare di mercato mira proprio ad avviare un dialogo informale con gli operatori privati del settore, anche al fine di acquisire soluzioni tecniche alternative più avanzate e/o efficienti per l'espletamento dell'attività oggetto del servizio.

<sup>81</sup> In tal senso, cfr. R. Mancini e A. Torini, *L'Intelligenza Artificiale nella finanza e nelle assicurazioni*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, Giuffrè, 2020, 619; cfr. pure A. Camedda, *Sanità digitale e contratto di assicurazione: un nuovo connubio*, in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, cit., 353 ss.

<sup>82</sup> In argomento, d'interesse la recente delibera adottata della Regione Toscana in materia di Gestione del Rischio in sanità, mediante la quale è stata avviata una collaborazione di ricerca tra la Scuola Superiore Sant'Anna e l'Asl Toscana Centro, che prevede la raccolta sistematica e l'analisi di consulenze medico legali e di sentenze dei tribunali locali di Pistoia, Prato, Firenze relative ad ipotesi di malpractice a carico delle strutture sanitarie locali. In argomento, cfr. B. Guidi, R. Giannini, [et Al.], *Responsabilità medica e sanitaria: analisi dei dati dell'azienda sanitaria Toscana centro*, in *Danno e Resp.*, 2021, 593. L'obiettivo è quello di estrarre, mediante l'analisi automatizzata di una grande mole di dati, dei trend decisionali per realizzare una “predizione” di un potenziale esito giudiziale, con notevoli ricadute sulla deflazione del contenzioso e sull'incremento degli accordi consensuali fra le parti.

<sup>83</sup> Le garanzie derivanti dal mantenimento dello *human in the loop* nell'attività deci-

## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

correnti o emergenti, dove la base informativa storica è limitata, rimane necessario effettuare stime e valutazioni non automatizzate, coinvolgendo attivamente i *risk-manager* aziendali ed i soggetti referenti per i diversi processi.

### **8. Riflessioni conclusive: dal modello dell'amministrazione sanitaria del Friuli-Venezia Giulia ad un modello generale**

Le evidenze raccolte sul modello di gestione assicurativa centralizzata nell'esperienza dell'amministrazione sanitaria regionale del Friuli-Venezia Giulia, mostrano che la gestione diretta del rischio, se correttamente modulata, risulta complessivamente più economica, efficace ed efficiente, rispetto all'integrale ricorso al mercato assicurativo.

La gestione diretta del rischio si contraddistingue per una peculiare flessibilità, che permette di adeguare il modello organizzativo alle prestazioni sanitarie erogate e alle caratteristiche del mercato assicurativo. L'introduzione di meccanismi ibridi, che combinano lo strumento assicurativo con la gestione diretta, permette un governo sempre più efficiente della "cosa pubblica", sfruttando i vantaggi della dicotomia pubblico-privato. Infatti, la parziale autoritenzione del rischio facilita il superamento di molte distorsioni proprie del mercato assicurativo, garantendo, al contempo, la responsabilizzazione dell'amministrazione sanitaria.

L'utilizzo dei meccanismi di gestione diretta del rischio assicurativo risulta, però, necessariamente subordinato all'adozione da parte dell'amministrazione sanitaria di specifiche misure organizzative e/o manageriali. I requisiti minimi di efficienza del modello possono essere come di seguito sinteticamente riassunti.

sionale della pubblica amministrazione, nonché le riflessioni circa la compatibilità tra sistemi *machine learning* e l'azione amministrativa, sono attualmente oggetto di un vivace dibattito dottrinale. In argomento, fra i contributi più recenti, è possibile segnalare M. Macchia e A. Mascolo, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 556; G. Pesce, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti. Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: i problemi*, in *Giur. It.*, 2022, 1507; F. Costantino, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti – Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, *ivi*, 2022, 1507; D. Marongiu, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti. Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, *ivi*, 2022, 1507; B. Marchetti, *La garanzia dello Human in the Loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 305; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto – politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it.*, 2019.

Sotto il profilo delle misure di tipo organizzativo dovrà essere garantita: l'adesione ad un modello di parziale ritenzione del rischio assicurativo, con il trasferimento all'esterno dei c.d. "danni catastrofali" ed individuazione di una soglia di *Self-Insured Retention* adeguata alla tipologia di prestazioni sanitarie erogate ed oggetto di regolare aggiornamento; l'accentramento della gestione diretta a livello regionale o per area vasta, così da ricreare un "rapporto di mutualità" fra le aziende sanitarie, con l'obiettivo di garantire il parziale assorbimento, in forza delle leggi statistiche e di probabilità, delle conseguenze economiche negative derivanti dal verificarsi dei fattori di rischio.

Sotto diverso profilo, con riferimento al modello di gestione economica assume portata dirimente: la costituzione di un fondo autonomo (*self-insurance trust fund*), non aggredibile da parte di creditori terzi, che raccolga le risorse patrimoniali riservate ed oggetto di periodico adeguamento; l'affinamento della capacità di stima dei sinistri, sotto il profilo dell'*an* e del *quantum*, ai fini dell'apposizione ed aggiornamento delle riserve ed il conseguente accantonamento delle risorse economiche necessarie a fronteggiare il verificarsi dell'evento dannoso, con l'obiettivo di limitare inutili immobilizzazioni di risorse pubbliche.

Infine, dovranno essere correttamente implementate le seguenti misure di gestione manageriale: *i*) aggiornamento delle infrastrutture tecnologiche per la raccolta dei dati e sviluppo di software (anche sulla base di algoritmi "Natural Language Processing") per l'analisi e l'aggregazione automatizzata di una grande mole di dati riguardanti la gestione dei sinistri. L'obiettivo è quello di attivare protocolli organizzativi/procedimentali di *clinical risk-management* e garantire una più efficiente ed accurata gestione dell'attività di riservazione, liquidazione e tenuta del fondo sinistri; *ii*) definizione di procedure unitarie per la gestione delle pratiche di sinistro e per la valutazione della fondatezza delle richieste risarcitorie, con la principale finalità di agevolare la conclusione di accordi bonari e giungere alla definizione dei sinistri nei tempi massimi prestabiliti; *iii*) implementazione di idonei sistemi interni di prevenzione, mitigazione e gestione integrata del rischio clinico, anche mediante la costituzione di comitati regionali e/o aziendali. I comitati devono attivare azioni di miglioramento e di predisposizione di protocolli organizzativi e/o linee guida per l'abbattimento della sinistrosità aziendale, proponendo azioni di miglioramento "su misura"; *iv*) attribuzione delle funzioni di coordinamento delle politiche di *risk-management* al soggetto aggregatore della gestione diretta del rischio assicurativo.

Questi requisiti di natura organizzativo/procedurale sono indicatori il cui riscontro garantisce la funzionalità del modello di gestione diretta del rischio, distinguendolo dal mero inadempimento dell'obbligo assicurativo.



## **i modelli di gestione del rischio assicurativo nei servizi sanitari regionali**

D'altro canto, in considerazione della complessità funzionale del modello, una precipitosa transizione alla gestione diretta del rischio può rivelarsi inefficiente, essendo, piuttosto, preferibile una riduzione del ricorso al mercato assicurativo proporzionale all'aumentare delle capacità di gestione e mitigazione del rischio.

In conclusione, l'autoritenzione del rischio da parte dell'amministrazione sanitaria, supportata dalle necessarie componenti organizzative e tecnologiche, evidenzia notevoli ricadute positive, sia sotto il profilo del contenimento della spesa sanitaria, sia con riguardo al miglioramento del *management* clinico.

### *Abstract*

*The essay focuses on the phenomenon of self-insurance models in the healthcare system, weighing its benefits and potential issues. The article proceeds with the study of the "centralized management of RCT/RCO liability coverage" model adopted by the Friuli-Venezia Giulia healthcare administration.*

*The study aims at analysing the distinctive features of the adopted self-insurance model, and evaluate the results achieved. The main goal is to understand whether self-insurance models, when properly tailored and implemented, especially through the deployment of new technologies and a proper collection and elaboration of data flows, can result in a tool capable of increasing the efficiency of healthcare administrations.*



# ARTICOLI

VALENTINA GIOMI

## DIMENSIONE UNITARIA DELL'INTERESSE FINANZIARIO EUROPEO E FRAMMENTAZIONE DELLE TUTELE. GLI (AUSPICABILI) SPAZI DEL GIUDICE CONTABILE NEL RAFFORZAMENTO DELLA PROTEZIONE DI UN BENE GIURIDICO COMUNE

SOMMARIO: 1. L'idea proposta e il conteso in cui sorge. – 2. La dimensione giuridica dell'interesse finanziario pubblico europeo: le coordinate di un modello. – 2.1. L'interesse finanziario europeo come bene giuridicamente rilevante da proteggere. – 2.2. La (apparente) parcellizzazione dell'interesse finanziario sovranazionale attraverso la molteplicità degli strumenti finanziari europei. – 3. I fondi europei e l'interesse finanziario connesso: definire un bene giuridico per mezzo della sua rete di protezione. – 3.1. (*Segue*) Il ruolo della Corte dei conti europea ed il suo rapporto con la Corte dei conti nazionale. – 4. L'interesse finanziario nei Fondi europei (diretti ed indiretti) attraverso lo spazio del giudice contabile. Diversificazione e graduazione delle tutele. – 4.1. L'apertura alla giurisdizione contabile nelle responsabilità pubbliche per danni su fondi indiretti. – 4.2. La chiusura alla giurisdizione contabile sui fondi diretti e il rischio di una “voce” di danno pubblico senza “adeguato ascolto”. – 5. Le nuove prospettive della tutela dell'interesse finanziario: l'uso giurisprudenziale del principio di assimilazione ed il superamento del limite di *interpositio legislatoris*... ovvero *quid disputandum* e *quid disputatum*. – 6. Ripensare gli spazi della giurisdizione contabile nella prospettiva del completamento della regia dei flussi finanziari dei fondi europei. Osservazioni conclusive.

### 1. L'idea proposta e il conteso in cui sorge

La crescente interazione fra la dimensione nazionale di alcuni interessi pubblici, spesso espressione di scelte politiche solo per una minima parte varate in ambito statale, e la dimensione europea dei medesimi, sempre più di frequente elaborati in un contesto sovranazionale dove avviene la previa selezione e l'individuazione di quegli obiettivi ritenuti rilevanti e differenziati<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Il tema della trasformazione del livello decisionale e del mutamento della modalità

trova il suo massimo punto di approdo nel legame finanziario che salda il conseguimento dell'obiettivo comune all'erogazione di una specifica somma ad esso destinata.

L'erogazione di una misura di sostegno finanziario europeo a vario genere caratterizzata per tipologia e per funzione e che consenta di far transitare dal piano comunitario a quello statale somme di denaro che dovranno essere amministrate e gestite da fruitori (pubblici o privati) nazionali, attiva nuove e diverse forme di responsabilità giuridica, operanti anche sotto il profilo amministrativo contabile.

L'emersione e la costruzione – in ragione della strumentalità necessaria generata – di un interesse finanziario sovranazionale, da intendersi quale bene giuridico direttamente connesso alla corretta fruizione del sostegno economico transitato sul piano nazionale, per come funzionalmente collegato all'interesse incorporato nell'obiettivo prescelto sul piano europeo<sup>2</sup>,

di selezione degli interessi pubblici in relazione al consolidamento di processi di integrazione europea ed al perfezionamento di numerosi ambiti in cui si verifica una cessione della sovranità è di difficile sintesi per l'eccessiva ampiezza e per l'impossibilità di riduzione ad una visione unitaria delle molteplici tematiche che lo attraversano; nella prospettiva prescelta, per un richiamo al rapporto fra i due ordinamenti in relazione al momento formativo della scelta pubblica vedi almeno, G. Greco, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, n. 1, 11; E. Cannizzaro, *Democrazia e sovranità fra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, n. 2, 259; M. Macchia, *La cooperazione amministrativa come "questione di interesse comune"*, in *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. Chiti e A. Natalini, Bologna, il Mulino, 2012; S. Battini, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, Milano, Giuffrè, 2013, 1; P. Craig, *A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence*, in *19 European Public Law (2013)*, 503; S. Cassese e M. Savino, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, a cura di G. della Cananea, Milano, Giuffrè, 2011, 204; H. Gaudin, *Primaauté, la fin d'un mythe? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice*, in (a cura di), *L'Union européenne. Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, a cura di J.-C. Masclet, H. Ruiz Fabri, C. Boutayeb e S. Rodrigues, Paris, Pedone, 2010, 639; F. Merusi, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2009, n. 1, 43; con una attenzione specifica all'impatto del diritto europeo sul procedimento decisionale amministrativo, cfr. D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, Giappichelli, 2009; S. Valaguzza, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, Giuffrè, 2008; P. Grilli di Cortona, *Politica, istituzioni, amministrazione: quali linee di trasformazione in Europa?*, in *Istituzioni, politica ed amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, a cura di M. De Benedetto, Torino, Giappichelli, 2005, 341; C. Franchini, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1179.

<sup>2</sup> Sullo sfondo di tale affermazione si richiama all'ampia ed articolata questione, per il vero tutt'altro che di piana soluzione, del rapporto fra legalità comunitaria e certezza del

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

sposta l'attenzione sugli strumenti di protezione di tale interesse predisposti (o predisponibili) sul piano del diritto interno.

Non è casuale, infatti, che al tema dello studio degli strumenti normativi vigenti nella lotta contro le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'UE siano dedicati studi progettuali appositamente finanziati dall'UE per analizzare, in chiave comparata e mediante l'indagine capillare in alcuni settori ritenuti sensibili, limiti e prospettive per un miglioramento del quadro regolatorio futuro<sup>3</sup>.

Se indissolubile è il collegamento fra lo strumento finanziario varato, la regolamentazione del medesimo da parte del soggetto erogatore primario e l'obiettivo ultimo perseguibile dal precettore finale, una rilevanza anche autonoma viene assunta dall'interesse finanziario sovranazionale che, diversamente modellato a seconda della modalità con cui il supporto finanziario si rapporta ai bilanci nazionali, per essere soddisfatto necessita del corretto agire del fruitore finale.

In altri termini, l'interesse finanziario sovranazionale contiene al suo interno un riflesso nazionale che consente di ricavare un segmento del pri-

diritto nazionale, su cui vedi fra i molti studi, per una visione d'insieme, L. De Lucia e B. Marchetti, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, il Mulino, 2015; L. Saltari, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, n. 5, 477; A. Ruggeri, «*Trattato costituzionale*» e prospettive di riordino del sistema delle fonti europeo e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, a cura di S. Gambino, Milano, Giuffrè, 2006, 217; per una prospettiva oltre i confini nazionali, oltre ad alcuni studi monografici fra cui J. Sirinelli, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union Européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, Lgdj, 2011, vedi anche D. Ritleng, *De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union*, in *Revue Trimestrielle de Droit européen* (2009), 682; J. Schwarze, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, in *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, a cura di F. Snyder, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2000, 163.

<sup>3</sup> In particolare, si fa riferimento al recente BETKOSOL project, finanziato dall'UE nell'ambito del programma comunitario HERCULE III e condotto dalla LUISS sotto la responsabilità scientifica del Prof. A. Sandulli; il progetto da poco concluso ha consentito, attraverso un'analisi articolata su quattro *work packages* condotti in parallelo, di pervenire a singoli *deliverables* – a carattere pubblico e con finalità divulgativa – dedicati alla progressiva ricomposizione dell'interesse finanziario europeo in ogni elemento critico (più specificamente: *The Protection of EU Financial Interests across Four National Legal Systems: a Comparative Perspective – The Past and Future of EU Financial Interests – The protection of the EU financial interest in contemporary age: insights from National and European institutions*); il focus del quadro giuridico complessivo fornito è stato centrato sullo stimolo costruttivo per il futuro regolatore comunitario e nazionale sollecitato per mezzo di un'analisi empirica (WP3 – *empirical research*) e di conseguenti raccomandazioni future (WP4 – *recommendations*).

mo in cui può costruirsi uno spazio giuridico aggiuntivo e rafforzativo in termini di tutela.

In ragione di ciò l'interesse finanziario sovranazionale, nella duplice veste acquisita ed a prescindere dall'intensità con cui si salda alla gestione nazionale dello strumento di ausilio europeo, deve divenire tutelabile in via diretta ed immediata sul piano del diritto comunitario ma pure, in via indiretta e mediata, sul piano del diritto interno, con gli strumenti ivi previsti.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, è dato riscontrare che il pregiudizio arrecabile a quella parte dell'interesse finanziario europeo rilevante per il diritto interno, non è limitato a fattispecie sussumibili sul piano penale, civile ed amministrativo, ma può estendersi anche ad ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile, laddove ne sussistano gli estremi.

Oltre al giudice ordinario, sul fronte dei giudici speciali il giudice amministrativo non pare esaurire tutti i profili disfunzionali che attivano le responsabilità intercettabili ed accertabili in relazione alla garanzia della corretta gestione degli strumenti finanziari europei, sollecitando con sempre maggiore frequenza l'intervento della magistratura contabile che finisce, come sarà osservato, per conquistare importanti spazi mai riconosciuti ai citati giudici nazionali.

Vero è, infatti, che tali nuove forme di responsabilità, a prescindere dalla diversità del contesto in cui possono svilupparsi, non sempre sembrano trovare, sul piano interno, adeguati spazi di tutela giurisdizionale al di fuori dei meccanismi predisposti sul piano sovranazionale ovvero, anche laddove questo possa accadere, non sempre gli spazi riservati alla giurisdizione domestica appaiono sfruttati per intero nelle potenzialità di cui dispongono, tuttavia si reputa che un più adeguato riconoscimento del ruolo del giudice contabile potrebbe garantire una migliore saldatura delle diverse componenti dell'interesse finanziario.

In questo senso ci si soffermerà sul contrasto fra la spinta ad implementare l'effettività della tutela per mezzo dei rimedi giurisdizionali domestici e la rigidità di alcuni rimedi interni che, pur istituzionalmente deputati alla cognizione degli interessi finanziari, sono chiamati ad operare solo a seguito di una interposizione legislativa specifica, in ragione della specialità della giurisdizione.

La sollecitazione ad un intervento del legislatore domestico, colpevolmente inerte dinanzi all'evoluzione di una tutela di un bene a dimensione economica che, oggi, necessariamente deve divenire effettiva per mezzo dell'ausilio delle legislazioni nazionali, è la conclusione a cui si giungerà, nella speranza che tale criticità possa divenire uno stimolo futuro.

Tale auspicio ben trova conforto nelle costanti affermazioni della giu-

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

risprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione al riconoscimento dell'interesse finanziario sovranazionale quale bene giuridico meritevole di tutela, oggi ancora più potenziato in ragione dei consistenti stanziamenti dei fondi varati in relazione alle macroaree di intervento strutturale europeo dal Quadro Finanziario Pluriennale UE 2021-2027 e dal *Next Generation EU*<sup>4</sup>.

### **2. La dimensione giuridica dell'interesse finanziario pubblico europeo: le coordinate di un modello**

#### *2.1. L'interesse finanziario europeo come bene giuridicamente rilevante da proteggere*

La ricostruzione dello spazio giuridico (eventualmente) riservato al giudice contabile in relazione alla protezione dell'interesse finanziario europeo sorto dalla previsione di peculiari forme di ausilio economico agli Stati (o agli attori sociali in esso operanti), muove dal duplice presupposto che, da un lato, tale interesse finanziario abbia rilevanza giuridica e divenga meritevole di specifica tutela e che, dall'altro, la sovranazionalità dell'interesse tolleri forme di tutela nazionale attivabili mediante il ricorso alla giurisdizione domestica, nelle articolazioni in cui si sviluppa.

In premessa occorre ricordare che l'aspirazione (o, più esattamente, l'accessibilità), il conseguimento e la fruizione del beneficio finanziario europeo erogato per mezzo di specifici fondi, investe sempre di un ruolo attivo anche le strutture amministrative che fungono da fulcro nodale nella relazione fra il beneficiario finale e il finanziatore europeo.

Esse, con intensità gradualmente crescente in rapporto alle modalità con cui i fondi si interfacciano ai bilanci nazionali, sono chiamate in modo diretto o indiretto a porsi come interpreti di un bene giuridico meritevole di tutela, divenendo responsabili del proprio operato e sottoponendosi a specifici meccanismi di controllo appositamente elaborati per vigilare su quanto svolto e per prevenire comportamenti illeciti<sup>5</sup>.

Un chiaro esempio di un simile intreccio funzionale lo possiamo ri-

<sup>4</sup> Tutti i documenti citati sono rinvenibili su sito istituzionale MEF; per un inquadramento generale degli strumenti di sostegno economico e di spinta allo sviluppo varati in ambito europeo, F. Fabbrini, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino, 2022.

<sup>5</sup> Per una descrizione della rete multilivello delle strutture di vigilanza e controllo predisposte per prevenire e combattere le frodi nei finanziamenti europei vedi infra par. 4.

scontrare nelle recenti forme di sostegno europeo agli Stati membri in conseguenza dei noti eventi epidemiologici da Sars-Covid-19<sup>6</sup>.

Le vicende pandemiche dell'ultimo biennio se da un lato hanno saggiato la tenuta politica di un sistema europeo ancora basato sull'autonomia (anche finanziaria) dei sistemi sanitari nazionali, dall'altro hanno rappresentato una imponente sfida per un ripensamento di una gestione europea condivisa dei differenti riflessi indotti, sul tessuto economico e sociale degli Stati membri, da tali nuove emergenze sanitarie.

Ciò ha costretto l'Unione ad elaborare strategie di sostegno finanziario comuni a quadro strutturale sostanzialmente invariato<sup>7</sup>, fatta salva la necessaria flessibilità finanziaria per consentire l'adeguamento per la disponibilità delle risorse proprie<sup>8</sup>.

L'invarianza del quadro strutturale è qui da intendersi ai limitati fini della intangibilità dell'assetto delle competenze istituzionali europee e dell'impiego di una tipologia predefinita di strumenti di politica economica formalmente disponibili dalle istituzioni comunitarie.

Non è certo associabile agli ambiziosi obiettivi che tali strumenti si propongono di raggiungere, in una prospettiva comune di crescita e sviluppo tutt'altro che rigida e statica, che impegna le amministrazioni pubbliche

<sup>6</sup> Per un efficace framework giuridico che metta in evidenza come la diversa modalità di protezione dell'interesse finanziario sovranazionale in ambito nazionale possa modificare l'iniziale convergenza sul significato dello stesso, cfr. A. Sandulli, E. Tati, A. Nato, V. Bontempi, M. Serowaniec, E. Rulands, R. Sabia ed E. Birritteri, *The protection of the EU financial interest in contemporary age: insights from National and European institutions*, in *BETKOSOL project – Work Package*, n. 3, 3 ss.

<sup>7</sup> Non è un caso che il *Multiannual Financial Framework (MFF) 2021-2027* sia stato presentato nell'ambito di un più complessivo quadro finanziario generale che ha previsto, contestualmente, anche l'inclusione del NGEU con la relativa articolazione degli stanziamenti da esso predisposti; ma non è neppure un caso che tale visione d'insieme, senza dubbio "multicomposta", non abbia inciso sul profilo strutturale proprio dello strumento finanziario a lungo termine, il quale, peraltro, è apparso potenziato e rinnovato rispetto alla versione precedente ma all'esito di un autonomo processo di revisione interna, vedi per una analisi più dettagliata al riguardo, A. De Feo e B. Laffan, *EU Financing for Next Decade. MFF 2021-2027 and Next Generation EU*, in *Quaderni European University Institute of Florence*, EUI, Firenze, 2020; P. Becker, *A New Budget for the EU. Negotiations on the Multiannual Financial Framework 2021-2027*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin, 2019.

<sup>8</sup> Con la decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom sono state fissate le norme relative all'attribuzione di risorse proprie all'Unione, al fine di assicurare il finanziamento del bilancio annuale. Con essa sono stati stabiliti anche i massimali delle Risorse proprie ed i mezzi supplementari straordinari e temporanee, nonché il relativo incremento di essi, per far fronte alle conseguenze della crisi Covid-19.



## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

nazionali nei confronti di nuovi sistemi di governance economico-finanziaria<sup>9</sup>, appositamente creati dal decisore politico<sup>10</sup>.

La sostanziale flessibilità che assiste gli strumenti finanziari europei messi in campo per il sostegno e la ripresa dalla crisi pandemica, consente di adattare a nuove e sopravvenute esigenze vecchi modelli di ausilio europeo degli Stati, miranti ad uno sviluppo (europeo) più sostenibile e più inclusivo.

Si rende in tal modo coniugabile l'erogazione, agli Stati membri, di specifici fondi europei – concessi sotto forma di imponenti contributi finanziari non rimborsabili – con la duplice esigenza di far fronte, nel breve periodo, ad una situazione di criticità (anche) sanitaria e, nel medio-lungo periodo, a rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale del disegno europeo nella sua dimensione comune, intervenendo su alcuni importanti pilastri molto differenti fra loro.

Il Piano di ripresa e resilienza varato in ambito nazionale va a collocarsi nel più ampio perimetro tracciato dagli stanziamenti assegnati alle macro-aree di intervento strutturale europeo dal Quadro Finanziario Pluriennale UE 2021–2027<sup>11</sup> e dal Next Generation EU e, di quest'ultimo costituisce attuazione diretta<sup>12</sup>.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)<sup>13</sup> ha quindi il compito di consentire l'accesso di uno Stato membro ad un pacchetto europeo di sovvenzioni e prestiti, incentrato in prevalenza sul Dispositivo per la Ripresa e la resilienza (RRF), subordinando la concessione dei suddetti sostegni

<sup>9</sup> Sulla predisposizione della cosiddetta “cabina di regia” varata secondo le disposizioni contenute nella Parte terza del PNRR, vedi G. De Minico, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza?*, in *Federalismi*, 2022, n. 4; P. Cucumile, *Il piano italiano di ripresa e resilienza: la sua architettura e lo stato attuale*, in *www.lexitalia.it*, 2022, e, più in generale, i numerosi contributi rinvenibili in Atti del Convegno AIPDA “*Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*”, in sito Istituzionale dell'Associazione, 2021, soprattutto per alcuni rilievi critici contenuti in varie relazioni.

<sup>10</sup> Nello specifico, sull'analisi del sistema di *governance* introdotto nel diritto nazionale in seguito all'approvazione degli strumenti europei di ausilio agli Stati membri da cui il PNRR origina, M. Macchia, *La governance del Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.* 2021, n. 6, 733.

<sup>11</sup> Sulla cui analisi condotta proprio con attenzione alla logica dell'interesse finanziario europeo si rinvia, anche per i riferimenti alla dottrina comparata citata, si rinvia a A. Nato, *The EU budget between past, present, and future*, in A. Sandulli, A. Nato, M. Bellacosa, M. De Bellis ed E. Tati, *The Past and Future of EU Financial Interests*, Project BETKOSOL, *Work Package 1 – Deliverable 2*, cit., 8.

<sup>12</sup> Per un inquadramento di tale strumento finanziario e per esame del sistema di *governance* si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, a A. Nato, *The EU budget between past*, in A. Sandulli, A. Nato, M. Bellacosa, M. De Bellis ed E. Tati, *The Past and Future of EU*, cit., 31.

<sup>13</sup> Presentato definitivamente dal governo alla Commissione europea il 30 aprile 2021 ed approvato il 13 luglio 2021.

finanziari alla predisposizione di un programma funzionalmente orientato al conseguimento di obiettivi predefiniti, in una sequenza temporale rigida<sup>14</sup>.

Il consolidamento o l'emersione, in sede europea, di antiche e nuove esigenze di comune sostegno economico finanziario agli Stati membri e la loro successiva traduzione, a seguito di processi deliberativi non scevri da forti componenti di politicità, in concreti strumenti di intervento diretto mediante l'erogazione di specifici fondi a circoscritta finalizzazione, cui corrispondono appositi stanziamenti nel bilancio comunitario, può senza dubbio aprire la strada al rafforzamento di uno spazio giuridico proprio dell'interesse finanziario sovranazionale, inteso quale bene giuridico a tutela specifica<sup>15</sup>.

Il richiamo ai fondi *Next Generation EU*-PNRR, a tacer della difficile conciliazione<sup>16</sup> fra l'accelerazione impressa dalla spinta preferenziale nei confronti di questi ultimi e l'apparente rallentamento nella ordinaria programmazione degli altri fondi strutturali<sup>17</sup>, offre spunti utili in una duplice direzione: oltre a confermare l'interdipendenza fra il beneficio finanziario europeo, il perseguimento di obiettivi ad indiretta ricaduta sovranazionale e l'emersione di nuove responsabilità finanziarie per precettori del fondo<sup>18</sup>,

<sup>14</sup> Tale cronoprogramma a finestre temporali rigide, approvato dalla Commissione e dal Consiglio Ecofin, viene rafforzato dalla regola del disimpegno automatico, da parte della Commissione, delle somme investite e non spese nel triennio successivo all'impegno (soltanto per le somme impegnate nell'ultima annualità varrà la regola del biennio), come stabilito dal reg. Ue sui Fondi SIE, n. 1303/2013, per come armonizzato con le previsioni del QFP 2021-2027.

<sup>15</sup> In particolare in questa direzione milita il regime di forte condizionalità previsto dal regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, nel quale si stabilisce che «il rispetto dello Stato di diritto è un presupposto essenziale per il rispetto dei principi di una sana gestione finanziaria, sanciti nell'articolo 317 TFUE» (Considerando n.7), andando poi a tipicizzare i casi di tale violazione e il conseguente regime sanzionatorio.

<sup>16</sup> Per tali profili si vedano gli *European Regional Policy Research Consortium Paper* nn. 1 e 3 rispettivamente su *The Recovery Plan for Europe and Cohesion Policy: An Initial Assessment* e su *Will Cohesion Policy recover from COVID?*, entrambi a cura di J. Bachtler, C. Mendez e F. Wishlade.

<sup>17</sup> La questione è esaminata con attenzione, all'interno degli ordinari circuiti di controllo, anche dalla Sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali della Corte dei conti nella Relazione annuale 2021, *I rapporti finanziari con l'Unione europea e l'utilizzazione dei Fondi europei*, la quale dedica al tema un'apposita sezione: *L'impatto del NGEU e le sue interconnessioni con i fondi SIE e la loro riprogrammazione*, 127 ss.

<sup>18</sup> Al riguardo è sufficiente rammentare come la nuova regia dei flussi finanziari disegnata dal governo in conseguenza del PNRR abbia investito di un rinnovato ruolo gli apparati amministrativi esistenti o ne abbia creati di specifici in relazione alla diversità di compiti

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

costituisce un supporto per sostenere il contenuto valoriale dell'interesse finanziario pubblico europeo.

Richiamando l'attenzione sull'ultimo profilo evidenziato, se le amministrazioni nazionali divengono portatrici responsabili dell'interesse pubblico economico collegato allo strumento di sostegno finanziario da cui il primo è originato, esse, al contempo, rappresentano anche il punto di emersione dello stesso sul piano dell'attivazione della tutela<sup>19</sup>.

Una tutela che deve necessariamente essere concreta ed effettiva, cioè orientata ad assicurare che gli strumenti previsti siano impiegati in modo non differenziato per sviluppare una capacità dissuasiva e persuasiva, in funzione preventiva<sup>20</sup>.

Al riguardo sia sufficiente ricordare come, anche per i fondi indiretti erogati dall'Unione per il sostegno alle attività agricole e, quindi, transitati nei bilanci nazionali, sia previsto un apposito meccanismo di tutela degli interessi finanziari del bilancio dell'UE per mezzo di una procedura di salvaguardia operante nel caso di mancato recupero delle corrisposizioni irregolari ed avente, come conseguenza ultima, quella di ripartire l'onere finanziario della perdita sul bilancio dello Stato membro e sul bilancio europeo.

Al netto dell'eterogenesi dei fini che potrebbe verificarsi, in caso di accertata assenza dell'irregolarità erogatoria/gestoria, dall'impossibilità di recuperare quanto corrisposto in sede nazionale, ciò che qui rileva è la costruzione di un ruolo proattivo dell'amministrazione nazionale ogni qual volta possa trovare spazio un interesse finanziario che non arretra i propri effetti alla dimensione nazionale<sup>21</sup>.

economici da svolgere, moltiplicando le responsabilità pubbliche ed attivando sistemi di controllo e di informazione in capo alla Corte dei conti che ha assistito ad un potenziamento del circuito controllo/giurisdizione.

<sup>19</sup> Militano in tal senso le disposizioni degli artt. 4 e 10 del TFUE per come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria, che ha ribadito che la garanzia di equiparazione del livello di protezione e dei mezzi impiegati a difesa degli interessi finanziari europei obbliga gli Stati ad applicare «ogni azione di diritto amministrativo, tributario o civile, diretta a riscuotere o a recuperare risorse ovvero obbligazioni comunitarie conseguite o per converso eluse in modo fraudolento, nonché ad ottenere il risarcimento del danno», cfr. C. giust., 14 luglio 1994, C-352/92.

<sup>20</sup> In particolare, vedi C. giust., 28 ottobre 2010, C-367/09; C. giust., 8 luglio 1999 C-186/98; ma negli stessi termini già C. giust., 21 settembre 1989, C-68/88.

<sup>21</sup> Un chiaro segnale della trasversalità dell'interesse finanziario, inteso in una dimensione inevitabilmente sovranazionale (con particolare riguardo alle conseguenze generate), emerge con forza dai provvedimenti regolatori adottati, in ambito comunitario, per disciplinare la tempistica dei pagamenti dei debiti (anche) delle pubbliche amministrazioni, così scongiurando che il ritardo nella corresponsione dei corrispettivi dovuti per le transazioni

Il che, in una prospettiva che trascenda la specificità della tematica trattata, accade con sempre maggiore frequenza in seguito alla valorizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio come espressione di un nuovo concetto di interesse pubblico economico che accomuna, saldandola, la realtà finanziaria nazionale con quella europea<sup>22</sup>, in una logica improntata alla armonizzazione finanziaria di cui costituisce espressione l'attuale testo costituzionale novellato<sup>23</sup> e supporto il regolamento finanziario europeo<sup>24</sup>.

commerciali in essere possa tradursi in un documento finanziario in grado di alterare la garanzia del pagamento dei debiti, ritenuto un valore a supporto dell'equilibrio dei bilanci (anche pubblici). Nello specifico, infatti, l'originaria direttiva 2000/35/CE, attuata in Italia dal d.lgs. n. 231/2002, è stata rafforzata dalla direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 (da recepire entro il 16 marzo 2013), che ha sostituito la prima, rendendo più incisiva la tempistica dell'assolvimento dell'obbligo debitorio a carico delle amministrazioni degli Stati membri. Si rammenta, però, che, mentre da un lato la Corte costituzionale si affanna a stringere le maglie del vincolo europeo con pronunce di indiscusso significato (da ultimo vedi Corte cost., 9 marzo 2020, n. 78, da più parti commentata, cfr. I. De Cesare, *Il ritardo dei pagamenti della PA: una disciplina a tutela della concorrenza*; M. Bergo, *Legittime le norme per garantire la puntualità dei pagamenti da parte degli enti del Servizio sanitario nazionale. Brevi osservazioni a margine di Corte cost., sentenza n. 78 del 2020*, entrambe in *Forum Quad. Cost.*, 2020), dall'altro la Corte di giustizia non manca di intervenire per sanzionare l'Italia per l'inottemperanza di quanto richiesto (così C. giust., 28 gennaio 2020, C-122/18, *Commissione c. Italia*).

<sup>22</sup> In merito, nell'impossibilità di dar conto in modo compiuto dei numerosissimi contributi dottrinari sull'argomento, si vedano, per alcuni spunti critici qui utili, A. Brancasi, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Oss. Fonti*, 2012, n. 2, e G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. Cost.*, 2012, n. 1, 9.

<sup>23</sup> Tale riforma, introdotta con l. n. 1/2012, è nello specifico attuata dalla l. 24 dicembre 2012, n. 243, recante «Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione». Sul tema della riforma dell'art. 81 Cost., i contributi della dottrina sono assai ampi ed eterogenei, pertanto si vedano, senza esaudività e con precipuo riferimento ai profili qui attenzionati, C. Bergonzini e G. Rivosecchi, *L'art. 81 Cost. e le procedure finanziarie*, in *Il Filangieri-Quaderno 2015/2016*, 239 ss.; *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, a cura di A. Morrone, Torino, Giappichelli, 2015; C. Golino, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzioni e prospettive*, Padova, Cedam, 2013; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi*, 2012, n. 4, più in generale in una prospettiva comparatistica, R. Bifulco, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli, Torino, Giappichelli, 2013.

<sup>24</sup> L'esigenza dell'armonizzazione finanziaria europea prende forma già nel primo regolamento finanziario del bilancio UE varato nel 2002, ma si perfeziona nel corso dell'ultimo ventennio sfociando, oggi, nel reg. UE, Euratom 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 luglio 2018 che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i regolamenti (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014,

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

La concretezza giuridica dell'interesse finanziario europeo passa in primo luogo attraverso l'ampiezza dimensionale delle decisioni (politiche) a carattere economico-finanziario assunte su un piano sovranazionale e pertanto acquista oggi, sul piano del diritto nazionale, una portata destinata ad andare oltre il singolo caso di specie circoscritto allo strumento finanziario di sostegno impiegato.

Su un livello più circoscritto, invece, la valenza giuridica dell'interesse finanziario sovranazionale appare più direttamente percepibile laddove si abbia riguardo alle politiche di erogazione dei fondi UE<sup>25</sup>, che consentono alla dimensione giuridica dell'interesse finanziario in oggetto di divenire, al tempo stesso, vincolo di gestione delle risorse erogate allo Stato membro o ad alcuni attori sociali di esso e strumento di realizzazione di obiettivi pubblici sovranazionali, di cui rappresenta il principale strumento condizionante<sup>26</sup>.

Ancora sotto un profilo generale è dato osservare come la costruzione, in ambito sovranazionale, di un interesse finanziario comune spinga a delineare una struttura regolatoria comune per cristallizzare le decisioni di governance economica europea e come un importante risultato della cessione di sovranità monetaria e delle politiche di bilancio statuali prenda le mosse da una armonizzazione finanziaria che ponga al centro l'obiettivo di una sana gestione finanziaria di ogni risorsa, operante su qualsiasi piano, ma non a differente costo<sup>27</sup>.

(UE) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/UE e abroga il regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012.

<sup>25</sup> Netto in tal senso il reg. (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 luglio 2018 che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che, ai sensi dell'art. 125, disponendo in ordine alle forme di contributo europeo a gestione diretta, indiretta e concorrente precisa che essi «promuovono il conseguimento di un obiettivo strategico dell'Unione e dei risultati specificati».

<sup>26</sup> Il forte legame di condizionalità fra la traduzione sul piano finanziario delle scelte politiche europee ed il necessario vincolo di equilibrio di bilancio imposto agli Stati a seguito della cessione della sovranità monetaria di questi ultimi, si manifesta anche nell'influenzare l'accessibilità alle risorse europee (specialmente nelle materie coperte con Fondi indiretti e diretti) al conseguimento di quel tipo di obiettivi varati sul piano sovranazionale e predefiniti dall'alto, così da saldare lo strumento di sostegno economico ad una specifica finalità gestoria che passa da regole di bilancio predisposte per soddisfare l'interesse finanziario dell'Unione; sul tema, ampiamente vedi A. Citarella e A. Filocamo, *Processo di integrazione europea: economia di mercato, vincoli di bilancio e obiettivi mancati della politica di coesione*, in *Riv. Econ. Mezzogiorno*, 2017, nn. 1-2, 117.

<sup>27</sup> Ma si rammenta il monito di S. Holmes e C.R. Sunstein, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, New York 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000.

In tale contesto l'accessibilità, la verifica ed il controllo dello sfruttamento (auspicabile) delle risorse disponibili ruotano intorno al bilancio, che acquista una valenza rinforzata non soltanto in ragione del processo decisionale che è chiamato ad esprimere<sup>28</sup>, negli spazi che ancora oggi si ritiene debbano persistere<sup>29</sup>, ma soprattutto perché esso viene elevato a "bene pubblico", con conseguente saldatura alla funzionalizzazione che lo connota<sup>30</sup>, come in differenti occasioni non ha mancato di rilevare, non senza significative dissonanze<sup>31</sup>, la Corte costituzionale<sup>32</sup>, la quale, da ultimo, sembra aver riposto un'attenzione particolare sul bilancio come strumento di controllo democratico delle risorse<sup>33</sup>.

Sembrano rispondere alla logica di assicurare una «informazione fi-

<sup>28</sup> In tale direzione sempre fondamentali rimangono gli insegnamenti di P. Laband, *Il diritto del bilancio*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2007, che stimolano oggi una riflessione sullo spazio giuridico e sulle responsabilità istituzionali riconosciute all'atto di approvazione del bilancio, in un quadro di rapporti politici dell'intero ordinamento fluidi e dinamici.

<sup>29</sup> Lungo la prospettiva volta a ritenere che il sacrificio della socialità non debba prevedere l'opzione-zero della loro esclusione, ben potendosi l'equilibrio imposto tradursi in una spinta verso una allocazione più proporzionata e ragionevole, si collocano le condivisibili riflessioni di T. Giupponi, *L'equilibrio di bilancio in Italia, tra Stato costituzionale e integrazione europea*, in *La Costituzione finanziaria*, a cura di A. Morrone, cit., 15.

<sup>30</sup> Così si esprime Corte cost., 21 giugno 2016, n. 184, in *Giur. Cost.*, 2016, 1368, in una pronuncia che ha il pregio di distinguere fra compiti pubblici di garanzia della finanza pubblica, attraverso il rispetto del principio di armonizzazione finanziaria, e osservanza della rappresentanza elettiva, «onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato»; sul rapporto fra vincoli di bilancio e (crisi della) rappresentatività politica vedi, per riflessioni di ampia portata, dove sono rinvenibili i numerosi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali al tema.

<sup>31</sup> Con una efficace metafora C. Buzzacchi, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2012, raffigura le stonature delle rime obbligate imposte dalla rigidità del quadro finanziario ogni qualvolta il margine riservato alla politica sulle questioni sociali non sia stato sfruttato a pieno; in termini vedi anche G. Rivosecchi, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2012.

<sup>32</sup> Lo sforzo di inquadramento costituzionale dei vincoli di bilancio e dei rispettivi limiti per come imposti e per come interpretati in sede politica ha da svariati anni impegnato la Consulta, per il vero già in epoca anteriore alla novella costituzionale di riforma dell'art. 81 (cfr. Corte cost., 28 marzo 2012, n. 70, in *Giur. Cost.*, 2012, 919): per una recente ricostruzione critica delle principali tappe di tale giurisprudenza costituzionale vedi M. D'Onghia, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Lav. Dir.*, 2018, n. 1, 93, e M. Dani, *Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea*, in *Lav. Dir.*, 2018, n. 1, 147.

<sup>33</sup> Ad esempio, in Corte cost., 14 giugno 2016, n. 188, in *Giur. Cost.*, 2016, 1378, commentata da F. Guella, *Omesso rispetto del principio pattizio ed effettività del sindacato costituzionale:*

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

nanziaria chiara e completa ed accessibile ai cittadini ed ai livelli delle istituzioni» i principali interventi che hanno mirato a creare ed imporre regole condivise per la redazione dei bilanci, a partire da quello comunitario, così stimolando importanti riflessioni della dottrina circa l'importanza che esso risponda a principi di trasparenza ed intelligibilità<sup>34</sup>, così attivando forme di responsabilità politica multilivello<sup>35</sup>.

Il quadro ricostruito lascia intuire la molteplicità di forme in cui si sviluppa, in concreto, l'interesse finanziario pubblico europeo al cui presidio sono poste le regole finanziarie e contabili di armonizzazione operanti a vari livelli istituzionali e consente di ipotizzare che la rilevanza degli effetti connessa alla sua esistenza attivi meccanismi di tutela e di protezione trasversali, tali da assicurare, ad ogni livello in cui esso opera, adeguate risposte in termini di reazione.

Quanto da ultimo evidenziato è centrale: la interconnessione fra il grado di rilevanza dell'interesse e l'adeguatezza delle forme di protezione per esso predisposte come reazione alla sua violazione è inscindibile e vive in rapporto di diretta proporzionalità<sup>36</sup>.

La saldatura fra la rilevanza di un interesse giuridico e la misura della sua tutela rischia di però avviare un processo circolare senza alcun arresto se condotto in presenza di una oggettiva difficoltà definitoria, perché finisce, in questo caso, per identificare l'interesse finanziario dell'Unione con la misura della sua protezione, confondendo la causa con l'effetto.

Il bisogno di inquadramento dogmatico del concetto di interesse finanziario europeo non sempre è stato soddisfatto dalla giurisprudenza comunitaria che, per contro, con sempre maggiore frequenza è chiamata a statuire sulla violazione o elusione delle regole preposte per la sua tutela.

*la neutralità della riforma fiscale tra poteri istruttori della Corte e modulazione nel tempo degli effetti di annullamento della legge*, in *Le Regioni*, 2017, nn. 1-2, 193.

<sup>34</sup> Cfr. G. Rivosecchi, *La Corte e l'equilibrio di bilancio*, cit., 576, e G.A. Ferro, *Chiarezza dei conti pubblici e democrazia rappresentativa*, in *Ambienteditto.it*, 2018, entrambi a commento di Corte cost., 9 gennaio 2018, n. 49, in *Giur. Cost.*, 2018, 552.

<sup>35</sup> Per uno sguardo "interno" sulla logica seguita dalla Corte in merito all'indagine di tali profili vedi A. Carosi, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 3, 834, in part. 838.

<sup>36</sup> Sia sufficiente rammentare come già con il reg. (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 si era inteso dettare regole specifiche per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità che operassero in trasversale in tutti i settori in cui si potesse verificare la lesione e come fosse necessario predisporre un contesto giuridico comune a tutti i settori contemplati dalle politiche comunitarie, senza per questo precludere le azioni delle giurisdizioni penali nazionali, per i relativi profili di competenza, in reazione alle condotte lesive.

Ciò ha comportato che l'interesse finanziario pubblico sia stato più presupposto che non indagato: nel filtro giurisprudenziale si rinvergono spesso attraverso formule di stile e tendenzialmente apodittiche, impiegate dalla Corte di giustizia e dal Tribunale UE con una frequenza ripetuta e ritmata, a dimostrazione che tra frequenza e rilevanza si realizza uno scollamento significativo.

Un primo tentativo di corretta identificazione potrebbe allora muovere dalla ricerca di quegli elementi caratterizzanti l'interesse finanziario europeo in rapporto agli obiettivi che è chiamato a soddisfare in uno specifico ambito, laddove si accerti che esso viene ad emergere se ed in quanto saldato ad un obiettivo primario.

Anche in questo caso l'esempio dei fondi del *Recovery Plan* offre un valido sostegno all'ipotesi cennata quando si ha riguardo al modo in cui l'Unione europea costruisce il regime di condizionalità a protezione dell'interesse finanziario sorto in ragione di essi.

Dal combinato delle disposizioni contenute nel regolamento finanziario con quelle predisposte all'interno del regolamento che istituisce il dispositivo di ripresa e resilienza si evince la necessità che il livello di tutela dell'interesse finanziario sia elevatissimo e che l'interazione con i compiti e le azioni degli Stati sia indispensabile nella elaborazione di una strategia unitaria di protezione di un bene giuridico comune, tanto da far sospettare l'ipotesi di una illegittimità costituzionale per violazione del diritto unitario ogni qual volta nel diritto interno siano presenti regole che restringono il regime di responsabilità erariale per l'impiego di risorse di derivazione europea<sup>37</sup>.

Ciò conferisce una caratura concreta all'interesse finanziario, che si caratterizza per una immanenza necessaria con il momento della decisione politica in ordine allo stanziamento della consistenza economica che lo identifica, in ragione della funzione che è chiamato ad assolvere.

In altre parole, con particolare riferimento all'ambito tematico qui trattato, l'interesse finanziario sorge e prende forma all'atto delle deliberazioni

<sup>37</sup> Per il rilievo di questo profilo vedi ampiamente G. Rivosecchi, *La Corte dei conti ai tempi del "Recovery plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi*, 2021, n. 20, 14. L'A. precisa che, costituendo ogni limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive, una violazione dei principi dello stato di diritto facenti parte del regime di condizionalità per la protezione del bilancio europeo e parimenti considerando che sui fondi del *Recovery* grava un onere di vigilanza e controllo stringente, la responsabilità finanziaria così disegnata postula «normative nazionali di rafforzamento e non certo di restringimento della responsabilità erariale in relazione all'impiego dei fondi derivanti dal *Recovery plan*».



## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

che lo quantificano in rapporto all'interesse che deve contribuire a soddisfare.

A supporto di quanto sostenuto si può osservare come l'attuale momento di stasi che sta investendo la politica dei fondi strutturali in ragione della priorità assegnata ai fondi destinati al PNRR, non ha intaccato l'esistenza dei fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE), ma ne ha solo alterato la consistenza<sup>38</sup>, spingendo il decisore politico europeo a flessibilizzare la modalità di utilizzo dei medesimi anche per facilitare la possibilità di recupero di posizioni contributive modeste di alcuni Stati membri (fra cui l'Italia) verso il bilancio europeo<sup>39</sup>.

### *2.2 La (apparente) parcellizzazione dell'interesse finanziario sovranazionale attraverso la molteplicità degli strumenti finanziari europei*

L'isolamento delle aree tematiche in cui l'interesse finanziario diviene un principio-guida delle attività future che dovranno essere condotte nel rispetto del vincolo di scopo, consentirà di indagare, secondo la prospettiva dell'effettività dei rimedi offerti, sugli strumenti di garanzia giurisdizionale per esso predisposti dall'ordinamento e, con particolare riguardo all'ordinamento nazionale, sullo spazio riservato al giudice contabile in quanto giudice (speciale) delle risorse finanziarie pubbliche.

Seguendo la logica ipotizzata, il settore degli strumenti finanziari di supporto agli Stati membri, per come circoscritto ai fondi europei strutturali e tematici, si manifesta come quello in cui emerge con nitidezza un interesse finanziario sovranazionale all'interno di un vincolo di strumentalità, cioè maturato in rapporto all'impiego di specifiche somme che diventano strumenti di conseguimento di politiche comunitarie, per mezzo dell'intervento attivo degli Stati beneficiari-precettori finali.

<sup>38</sup> Sul difficile rapporto fra Fondi strutturali e PNRR vedi quanto di recente rilevato nell'ambito di una ricerca tematica commissionata da REGI, *The impacts of the COVID-19 pandemic on EU cohesion and EU cohesion policy, Part I: Overview and first analysis*, ed i cui risultati, pubblicati in sito istituzionale Parlamento europeo evidenziano svariati aspetti problematici.

<sup>39</sup> Il rilievo è ben analizzato dalla Sezione di controllo per gli affari comunitari e internazionali della Corte dei conti nell'ultima *Relazione annuale sui rapporti finanziari tra l'Italia e l'Unione europea e l'utilizzazione dei fondi europei* per il 2020, approvata con delibera n. 1/2022 e rinvenibile sul sito istituzionale della Corte dei conti, dove si auspica di pervenire ad una inversione di tendenza dell'Italia rispetto alla crescita negativa del saldo netto tra versamenti e accrediti in seguito al mutamento delle regole di assegnazione e della modalità di gestione dei fondi, anche grazie all'impatto dei finanziamenti erogati con il *Recovery plan*, i quali, come ben evidenziato, potrebbero essere in grado di migliorare la posizione di contributore netto dell'Italia.

In premessa non può trascurarsi la duplicità dei sistemi con cui si attivano i singoli strumenti di sostegno finanziario agli Stati membri, i quali, a monte, presuppongono una diversa regolamentazione del rapporto fra l'amministrazione erogatrice primaria ed il fruitore finale del beneficio economico.

Se, infatti il precettore ultimo è sempre l'interessato al godimento ed allo sfruttamento del beneficio economico, l'erogatore formale dello strumento finanziario può variare e solo in alcuni casi coincide con il soggetto che ha stanziato lo strumento di sostegno, verificandosi in altri una frattura soggettiva fra quest'ultimo ed il primo.

Nel dettaglio, la categoria degli strumenti di sostegno finanziario agli Stati raggruppa due tipologie distinte di ausilio<sup>40</sup>.

Nella categoria dei fondi cosiddetti a gestione indiretta, rientra un vasto pacchetto di modelli di sostegno finanziario cosiddetto tematico<sup>41</sup> ed oggi regolato in forma unitaria<sup>42</sup>.

Nella categoria dei fondi cosiddetti indiretti sono ricompresi strumenti molto diversi fra loro, per modalità di funzionamento e obiettivi, che, però sono accomunati dalla medesima modalità gestoria, affidata in modo esclusivo alla Commissione senza alcuna interferenza delle amministrazioni pubbliche nazionali.

La descritta ramificazione degli strumenti finanziari, se da un lato moltiplica i livelli delle responsabilità e disarticola gli strumenti di tutela, dall'altro espone la categoria dei fondi europei al rischio di tutele ad intensità differenziata, talvolta inidonee a divenire effettive.

<sup>40</sup> Per una visione d'insieme dei fondi prodromica ad una specificazione dei medesimi sia in rapporto alle finalità conseguite, sia in rapporto al quadro finanziario complessivo in cui si inseriscono, fra i più recenti lavori, cfr. A. Marozzi e G. Bartolomei, *I fondi europei 2021-2027 e Next Generation EU*, EPC, Roma, 2022; L. Monti, *I fondi europei. Guida al Next Generation EU e al QFP. Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027*, Luiss University Press, Roma, 2021.

<sup>41</sup> Si tratta dei Fondi strutturali e di investimento europei, cosiddetti SIE, che comprendono FESR; FSE; Fondo di coesione, FEAMP; FEASR; Cooperazione territoriale EU; a questi fondi di consolidato impegno se ne aggiungono molti altri sviluppati in contesti strategici ampliati agli stanziamenti finanziari connessi alle nuove politiche di sviluppo e sostegno agli Stati in relazione alla crisi pandemica: un quadro completo ed aggiornato dei programmi di finanziamento attuati attraverso il quadro finanziario pluriennale 2021-2027 è rinvenibile nel sito istituzionale dell'Unione europea, nella Sezione Programmi di finanziamento dell'UE.

<sup>42</sup> La comune disciplina è contenuta in regolamento (UE) del Parlamento e del Consiglio europeo del 17 dicembre 2013, n. 1303, successivamente interato e modificato, ma ancora idoneo a rappresentare l'asse regolatorio principale.

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

La diversificazione degli strumenti di tutela è ricavabile in via indiretta dal combinato disposto degli artt. 274<sup>43</sup> e 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), i quali, pur non occupandosi in modo diretto dei fondi europei, dettano principi ad essi estendibili per analogia.

Dalla lettura coordinata delle richiamate norme emerge con forza l'intenzione del legislatore europeo di far convergere le future azioni degli Stati membri verso la protezione degli interessi finanziari dell'Unione, che devono essere preservati con ogni strumento possibile ed assicurati in modo omologo all'interno di tutti gli ordinamenti degli Stati membri<sup>44</sup>.

La spinta, a carattere reattivo e proattivo, si muove nella duplice direzione: da un lato, con un'azione di armonizzazione, a potenziamento delle risposte avverso la lesione degli interessi finanziari europei, disponendo organismi e procedimenti *ad hoc* con funzione anche preventiva; dall'altra, con la fissazione della regola dell'alternatività e della concorrenza fra i rimedi giurisdizionali esclusivamente riservati all'Unione ed i rimedi giurisdizionali apprestati dal diritto interno per i vari ambiti di competenza nazionale rilevanti in relazione al comune oggetto, a precisazione dell'indipendenza reciproca degli spazi giurisdizionali e dei profili connessi ai rispettivi ambiti istituzionali.

La ricerca di un terreno comune per il tramite dell'unicità dell'interesse finanziario maturato in relazione al lato economico in cui si snodano tali strumenti europei, pur sullo sfondo della complessità in cui si articola la diversa tipologia di strumenti finanziari di ausilio europeo agli Stati membri, consente di isolare le modalità e le forme di protezione che fungono da antidoto ad una gestione nazionale non corretta e non regolare, che rischia di compromettere gli obiettivi pubblici cui lo strumento è funzionalizzato.

L'emersione di un interesse finanziario pubblico sovranazionale origina dalla saldatura di due differenti momenti pubblicistici: la scelta dell'obiettivo perseguibile e la previsione della corrispondente opportunità finanziaria ritenuta idonea a conseguirlo.

<sup>43</sup> Esso dispone che «Fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia dell'Unione europea dai trattati, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali».

<sup>44</sup> È possibile osservare infatti come, oltre al noto monito contenuto nel comma 2 dell'art. 325, che recita «Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari», ad assumere rilievo siano anche le previsioni dell'art. 1 ult. periodo e dei successivi commi 3 e 4, dalle quali si ricava che il generale principio di necessaria equivalenza deve estendersi anche alla garanzia dell'effettività delle misure predisposte.

La ricaduta, sul piano nazionale, degli effetti generati dall'unione dei due momenti fa scattare un'azione proattiva dello Stato beneficiario dello strumento finanziario che ha per fulcro proprio l'interesse finanziario sovranazionale, il quale diviene condizione necessaria per la realizzazione dell'interesse pubblico selezionato, nel modo in cui è stato filtrato sul piano europeo.

Un chiaro esempio della circolarità che caratterizza il momento della selezione dell'interesse pubblico in ambito europeo, la previsione – per esso – di uno strumento di sostegno finanziario sovranazionale destinato ad operare sul piano nazionale ed il vincolo che salda la protezione dell'interesse finanziario da esso originato al conseguimento dell'obiettivo finale è rinvenibile nella recente opportunità di supporto economico varata nel QFP 2021-2027 all'interno dei Programmi e fondi dell'UE finanziati dal bilancio dell'UE e da *Next Generation EU*, avente ad oggetto Il programma antifrode dell'Unione.

Se l'oggetto del finanziamento diviene l'attrezzatura tecnica e operativa per le indagini, la formazione specializzata e le attività di ricerca, a supporto della tutela degli interessi finanziari dell'UE, si assiste, qui, ad una centralizzazione dell'interesse finanziario europeo che acquista una dimensione sua propria nella quale è sempre rinvenibile un ruolo statuale.

Ma si continua a scontrarsi anche col permanere della difficoltà definitoria cui si faceva cenno, tanto che l'importanza del valore attribuito al connesso interesse finanziario europeo sembra misurarsi con l'intensità della tutela per esso costruita.

È dato allora ritenere che questo specifico interesse finanziario sovranazionale, costruendosi come bene giuridico a duplice rilievo, deve (*rectius* dovrebbe) attivare un sistema di protezione rafforzato, operante sempre su un duplice livello, quello comunitario e quello nazionale.

Ciò non sempre accade, specialmente se si ha riguardo ai fondi a gestione diretta, cioè a quegli strumenti finanziari che non transitano nei bilanci pubblici nazionali, ma vengono erogati, gestiti e rendicontati direttamente dalle istituzioni comunitarie, le quali avviano con i precettori un rapporto non filtrato dalle pubbliche amministrazioni nazionali.

Si tratta, nel dettaglio, di indagare i limiti della tutela costruita a difesa di un processo circolare in cui la scelta pubblica europea che cristallizza una sinergia necessaria fra la selezione di uno specifico interesse e la sua realizzazione sul piano materiale, passa attraverso l'attivazione di un interesse finanziario sovranazionale, a diretto impatto nazionale, che necessita di essere adeguatamente soddisfatto in quanto strumentale al conseguimento dell'obiettivo selezionato.

Ma si tratta altresì di sondare la percorribilità di nuovi spazi di tutela.

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

Il dato reale ci riporta, infatti, ad una risposta di tutela modulata in modo differente a seconda del modello con cui l'interesse finanziario europeo prende forma sul piano nazionale, atteggiandosi in maniera distinta a seconda che lo strumento finanziario venga erogato nella forma del contributo indiretto o del contributo diretto.

Ciò, come è ovvio, sconta una visione eccessivamente parcellizzata dell'interesse finanziario sovranazionale attivato in ragione dell'esistenza di uno strumento di sostegno economico a destinazione statale, il quale sembra, per tale ragione, perdere la sua dimensione giuridica di principio generale e depotenziarsi tutte le volte in cui non abbia modo di essere adeguatamente protetto.

La progressiva vulnerabilità acquisita dall'interesse finanziario sovranazionale, per come *oggettivamente inteso* in relazione al legame che si è sviluppato fra il beneficio economico erogato e la finalità cui esso è preposto dall'origine, rappresenta un effetto finale indiretto della diversificazione delle tutele sulla base della tipologia di strumento impiegato, ma viepiù rischia di trasformarsi in un danno collaterale, se non opportunamente corretta.

La fragilità dell'interesse finanziario sovranazionale si manifesta ogni volta in cui l'apertura alla concorrenza delle forme di tutela, resa possibile dal divieto di aprioristica preclusione avverso rimedi giurisdizionali nazionali, se non adeguatamente regolata e coordinata con la disciplina interna prevista per l'ambito giurisdizionale ritenuto idoneo a conoscere anche alcuni profili di indebita percezione, distrazione o illecita utilizzazione di finanziamenti o contributi comunitari, si trasformi nel rischio di avallare zone grigie sfornite di tutela.

In questo senso, allora, si rinnova la forte propensione dell'interesse finanziario sovranazionale ad essere inteso, senza soluzione di continuità, in una prospettiva unitaria che operi indipendentemente dal soggetto che ne esercita la titolarità e, soprattutto, che provveda alla gestione del beneficio ad esso connesso, atteso che detta unitarietà può scongiurare tutele a intensità differenziata.

La spinta verso una protezione completa ed effettiva dell'interesse finanziario sovranazionale stimola a rileggere il medesimo come elemento di convergenza rispetto alla evidenziata partizione degli strumenti finanziari e, per questo, consente di riconoscere al suddetto una funzione proattiva nei confronti del legislatore nazionale e della giurisprudenza (non solo nazionale), chiamati ad intervenire per assecondare il monito generale formalizzato dal TFUE<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Così come stabilito dalle norme del Capo 6 del TFUE, lette nella cornice tracciata dal Capo 4.

Ciò, in modo particolare, laddove i giudici interni – come nel caso del giudice contabile – possano disporre di azioni ancora più efficaci in relazione alla cura di questo bene (a rilievo) economico che richiede la protezione giuridica.

Ecco il senso di una indagine incentrata sul ruolo del giudice contabile nella tutela dell'interesse finanziario sovranazionale in connessione ai fondi europei e, mediante essa, sul rapporto fra lo spazio utilizzato dalla magistratura contabile, quello ancora disponibile e regolabile dal legislatore.

È dal riconoscimento di uno spazio per la giurisdizione contabile nazionale che si sviluppa un effettivo livello di protezione alla lesione della dimensione sovranazionale dell'interesse finanziario pubblico nella gestione dei fondi europei, realizzando il completamento auspicato di un reale controllo della legalità finanziaria.

### **3. I fondi europei e l'interesse finanziario connesso: definire un bene giuridico per mezzo della sua rete di protezione (cenni)**

La consapevolezza della particolare rilevanza dell'interesse finanziario europeo sorto in relazione all'erogazione di strumenti finanziari pubblici elargiti per mezzo dei fondi strutturali e tematici, unita ad una crescente vulnerabilità di tale bene giuridico, in ragione della sua indeterminatezza, ha spinto il legislatore comunitario a costruire una rete di protezione strutturale ed a carattere stabile e generale<sup>46</sup>.

A monte dell'articolazione di un complesso *framework* legale vi è il progressivo rafforzamento dell'idea che l'Unione possa essere pensata anche come "area comune di giustizia" in grado di elaborare e predisporre, in reazione al rischio di aggressione dell'interesse finanziario comune, meccanismi di tutela specifici ed originali, soltanto in parte mutuati su modelli giuridici già operanti nell'ambito dei singoli Stati membri<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> In modo molto nitido già nel reg. CE n. 2988/1995 si avverte l'esigenza di predisporre «un contesto giuridico comune a tutti i settori contemplati dalle politiche comunitarie» per evitare che la frammentazione delle «condotte che danno luogo a irregolarità nonché le misure e sanzioni amministrative relative (sono) previste in normative settoriali» intacchino il livello di tutela degli interessi finanziari della Comunità europea ritenuto adeguato.

<sup>47</sup> Per un approfondimento sull'elaborazione del concetto di interesse finanziario europeo come premessa per l'analisi di una rete regolatoria che si muove nella doppia direzione di potenziare strumenti di protezione dall'interno, attraverso il controllo del bilancio e dall'esterno attraverso norme a rilevanza penale, vedi A. Venegoni, *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Key Ed., Roma, 2018, da cui si è ripresa l'espressione utilizzata nel testo.

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

La logica regolatoria sovranazionale ha seguito tre direttrici: flessibilizzazione dell'illecito, predisposizione di un sistema di garanti istituzionali e prevenzione.

Quanto al primo elemento, si è cercato di ampliare il concetto giuridico di frode ai fondi UE mediante una interpretazione estensiva della fattispecie illecita che approdasse a nuove tipizzazioni del fatto lesivo avverso gli interessi finanziari dell'Unione.

Seguendo tale direttrice sono divenute ipotesi di danno perseguibili e sanzionabili, già sul piano comunitario, l'indebita percezione, l'illecita distrazione, l'illecita gestione, l'illecita fruizione, ma anche differenti forme di irregolarità che assumono una dimensione giuridica concreta a seguito della specializzazione operata sul piano della legislazione nazionale degli Stati membri<sup>48</sup>, pur nel quadro tracciato dall'Unione e previo rispetto del principio di proporzionalità.

L'incrementale ruolo degli Stati membri ha assolto ad una doppia funzione: da un lato ha consentito l'emersione di nuove forme di pregiudizio lesivo degli interessi finanziari sovranazionali, dall'altro ha reso operativi e favorito il perfezionamento di meccanismi di tutela<sup>49</sup> e di repressione dell'illecito<sup>50</sup> che avrebbero altrimenti operato in modo disomogeneo, con il rischio di una eccessiva frammentazione e così scongiurando il permanere di "zone franche"<sup>51</sup>.

Ciò ha comportato, per riflesso, una dilatazione delle fattispecie indagabili anche sul piano nazionale<sup>52</sup> e conoscibili, ferma restando l'autonomia

<sup>48</sup> Sul ruolo integrativo della legislazione nazionale e sulla necessità che il completamento divenga strumento di tipizzazione per quelle fattispecie definibili solamente attraverso l'integrazione del legislatore nazionale, vedi Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 2008, cause riunite da C-383/06 a C-385/06, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*, Racc. I, 1561, punto 39.

<sup>49</sup> Vedi, a titolo esemplificativo C. giust., 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione/Grecia*, Racc., 2965, punto 23, nonché 8 luglio 1999, C-186/98, *Nunes e de Matos*, Racc. pag. I-4883, punti 12 e 14.

<sup>50</sup> Emblematica la vicenda costitutiva della Procura europea antifrode, sorta con accordo di cooperazione rafforzata su EPPD per volontà statutale (da un gruppo di 22 Stati membri) all'esito del fallimento delle trattative su una proposta della Commissione che, dopo un quadriennio, non era riuscita a coagulare in modo unanime.

<sup>51</sup> Vedi, fra le molte, C. giust., 10 luglio 2003, C-15/00, *Commissione/BEI*, Racc., I-7281, punto 135.

<sup>52</sup> È però il caso di segnalare come lo sforzo di tutelare l'interesse finanziario dell'Unione si scontri talvolta con la difficoltà di compiere un agevole coordinamento fra la normativa comunitaria e quella nazionale: proprio di recente, con riferimento al reg. CE 30 giugno 1992, n. 2080, in tema di benefici a favore della conversione boschiva dei terreni adibiti a colture agricole, è stata posta in dubbio l'ampiezza decisionale del legislatore nazionale che, nel

degli spazi giurisdizionali interni riconosciuti dall'Unione, non soltanto in relazione ai profili dell'illecito penale<sup>53</sup>, ma anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa contabile.

Le altre direttrici che hanno guidato la costruzione di un sistema di tutela dell'interesse finanziario pubblico sovranazionale stabile, articolato ed integrato si sono mosse all'unisono, facendo leva sulla necessità di valorizzare tale bene giuridico per il tramite dell'adeguatezza della sua protezione.

Per rendere effettiva la rilevanza giuridica delle nuove forme di pregiudizio finanziario non era sufficiente far scattare i singoli meccanismi di tutela previsti, ma era pure necessario che questi operassero all'interno di un modello sinergico di cooperazione reciproca fra le istituzioni e le giurisdizioni di ogni livello.

La rete che si è andata componendo ha coinvolto nella protezione del sistema finanziario europeo una molteplicità di soggetti, in parte già funzionalmente preposti allo svolgimento di compiti di tutela dell'interesse finanziario pubblico, in parte di nuova istituzione in ragione della specificità del caso<sup>54</sup> ed in parte impiegati per mutazione delle competenze e della esperienza tematica<sup>55</sup>.

silenzio del regolatore comunitario, ma in vigenza del regolamento CE n. 2988/1995, aveva disposto regole di diritto interno a specifica protezione dell'interesse finanziario europeo, rischiando di andare oltre il perimetro ammesso, del quale, appunto la Cassazione con una articolata ordinanza del 19 gennaio 2022, n. 5860, chiede conferma rimettendo la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

<sup>53</sup> Del resto, il regolatore comunitario già nel reg. CE 18 dicembre 1995, n. 2988, aveva avuto modo di precisare che la tutela della frode lesiva degli interessi dell'Unione è una «finalità propria la quale lascia impregiudicata, sul piano del diritto penale, la valutazione da parte delle autorità competenti degli Stati membri della condotta degli operatori economici interessati; che la loro efficacia deve essere garantita».

<sup>54</sup> È questo il caso di EPPU, la Procura europea costruita come organismo indipendente dell'Unione europea incaricato di indagare, perseguire e portare in giudizio i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE; esso, divenuto operativo solo nel 2017 e dotato di un doppio livello di funzionamento, centrale e nazionale, ha consentito di concretizzare un modello di cooperazione rafforzata sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione (cfr. reg. CE n. 1939/2017), che procede di concerto con le autorità di contrasto nazionali e in stretto contatto con altri organismi quali Eurojust ed Europol; sulle annose vicende che hanno portato all'effettivo avvio delle attività di EPPU si veda, fra i molti, L. Salazar, *Habemus EPPU! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, e A. Venegoni e M. Mini, *I nodi irrisolti della nuova Procura Europea*, in *Giur. pen.*, 2017, n. 12; sul recentissimo completamento del livello nazionale avvenuto con d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 9 (*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017*), vedi Id., *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPU alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema pen.*, 2021, n. 4.

<sup>55</sup> In tal senso si può osservare come la Procura generale della Corte dei conti fin dai



## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

La lotta alle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione nel settore dei fondi e degli strumenti di sostegno agli Stati è stata disegnata su un modello ad impronta prevalentemente penalistica<sup>56</sup>, laddove il pregiudizio patito è stato delineato nel suo aspetto illecito e tipicizzato in quanto violativo di un interesse pubblico da proteggere con azioni ad intensità crescente che si estendono fino ad imporre procedure sanzionatorie o ad avviare procedimenti di recupero (anche coattivo) del finanziamento non dovuto (o illecitamente percepito) o, ancora, ad accertare l'esistenza di fonti di responsabilità perseguibili ed, infine, attivare meccanismi di segnalazione preventiva<sup>57</sup>.

A prescindere dalle peculiarità che caratterizzano ciascun soggetto in vario modo investito della protezione dell'interesse finanziario europeo, il dato che balza maggiormente agli occhi è la crescente apertura verso il coinvolgimento della Corte dei conti in processi di controllo e di indagine che rafforzano l'attività repressiva svolta dalle Autorità penali e dagli Uffici antifrode europei.

In merito è stato da ultimo sottoscritto un protocollo collaborativo tra la Procura europea (EPPO) e la Procura generale della Corte dei conti per lo scambio segnalazioni e informazioni, nonché per la condivisione elementi istruttori che potrebbero risultare utili nelle indagini condotte a tutela della frode e dell'irregolarità lesiva.

La centralità assunta dalla Corte dei conti induce, però, a non circoscrivere lo spazio di quest'ultima all'attività non giurisdizionale funzionale al supporto di azioni (anche processuali) condotte interamente da altri soggetti istituzionali, in relazione all'esercizio dei compiti ai medesimi attribuiti dalla legge, ma crea le condizioni per un diverso ingresso della magistratura contabile negli anelli del sistema di difesa dell'interesse finanziario europeo.

primi anni '90 abbia basato la propria collaborazione con OLAF e con COLAF sulla capacità competenziale maturata nell'ambito dell'esercizio ordinario dei propri compiti istituzionali di accertamento delle responsabilità amministrativo contabile a protezione dei danni pubblici all'erario e idonea ad offrire all'Organismo europeo di lotta alle frodi un prezioso supporto indagatorio.

<sup>56</sup> In questa direzione si è mosso anche il recente reg. UE n. 2223/2020, varato dal Consiglio e dal Parlamento europeo per rendere ancora più performante il sistema di protezione avverso tale illecito già delineato dal reg. (UE, Euratom) 11 settembre 2013, n. 883, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF).

<sup>57</sup> Un rilievo sempre più consistente sta assumendo l'accertamento dell'esistenza di fenomeni corruttivi e di *maladministration*, sui quali si concentrano molti sforzi delle istituzioni e delle strutture preposte al controllo antifrode in prospettiva di riuscire ad incrementare una cultura della legalità finanziaria che operi in funzione preventiva e correttiva.

Il riconoscimento dell'utilità arrecata alla rete di protezione edificata da parte di una magistratura funzionalmente predisposta a tutelare le finanze pubbliche fa del giudice contabile un soggetto di primario rilievo nella reazione alle frodi avverso gli strumenti finanziari pubblici destinati a vantaggio degli Stati.

L'apertura di nuovi spazi all'attività che può utilmente essere svolta dal giudice contabile in relazione ai danni pubblici perpetrati a carico dell'interesse finanziario coincide con lo sforzo di perfezionamento del livello di protezione garantita avverso nuove forme di aggressione del bene finanziario che sostiene l'intera politica di supporto funzionale agli Stati membri.

Un valido supporto a quanto rilevato può ricavarsi anche dagli atti del recente incontro internazionale svoltosi a Roma, nel maggio 2021 sul tema dedicato appositamente alle forme di cooperazione nella lotta alle frodi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione ed elaborato nell'ambito del progetto Catone<sup>58</sup>, dal quale il ruolo del giudice contabile nazionale esce rafforzato in ragione della specificità del contributo che può offrire in termini di supporto al percorso processuale intrapreso dalle autorità penali a garanzia dei danni arrecati a tale bene giuridico pubblico<sup>59</sup>.

Lo sforzo avviato reca con sé la volontà di rendere effettiva la diversificazione della tutela in base alla pluralità di soggetti che possono contribuire a potenziare la risposta offerta avverso la lesione che ricade all'interno di un generale profilo di disvalore giuridico del fatto.

Se, infatti, la lesione dell'interesse finanziario può essere colta da numerose angolazioni perché differenti sono gli elementi che la compongono è necessario che i molteplici aspetti giuridicamente rilevanti sul piano della tutela trovino una adeguata risposta in ambito giurisdizionale, avendo ipotizzato che la effettiva protezione dell'interesse finanziario europeo diviene l'elemento connettivo della diversità strutturale delle forme di sostegno finanziario agli Stati mediante i fondi diretti ed indiretti.

In questo senso può cogliersi un importante segnale verso il completamento della risposta rimediabile dovuta proprio nell'apertura alla giurisdizione contabile, l'unico giudice nazionale preposto per legge ad indagare sulle responsabilità pubbliche sorte in relazione alla gestione dei beni finanziari,

<sup>58</sup> Il progetto (Cooperation Agreements and Training on Objectives and New Experiences), nato nell'ambito dell'opera collaborativa fra COLAF e Procure Generale Corte conti, è stato illustrato nei risultati finali nella conferenza di Roma, 25-28 maggio 2021, ed è rinvenibile sul sito istituzionale della Corte dei conti.

<sup>59</sup> In particolare, vedi, A. Canale, *Il ruolo della Procura generale della Corte dei conti nel campo della lotta alle frodi a danno del bilancio UE: il rapporto fra giurisdizione contabile, OLAF e giurisdizione penale in casi specifici*, 37.

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

in quanto e se pregiudicati o aggrediti da comportamenti colpevoli generatori di un danno pubblico alle risorse collettive<sup>60</sup>.

Dietro a questo primo indicatore di apertura al giudice contabile, che si ritiene non debba essere trascurato, ci pare che possa starci l'idea di avallare una tutela destinata a muoversi lungo due assi portanti, il secondo dei quali merita un rafforzamento.

Il primo è quello segnato dal perimetro della rilevanza penale dell'illecito compiuto a danni degli interessi finanziari dell'Unione<sup>61</sup>: lungo tale asse si sono sviluppati tutti i principali interventi ed è da sempre ricaduta l'attenzione delle istituzioni europee<sup>62</sup>.

L'altro è quello che isola la componente di tutela nella reazione specifica al pregiudizio finanziario arrecato da chi è istituzionalmente preposto alla gestione del denaro pubblico e la costruisce come danno pubblico che ha ad oggetto l'incisione di specifiche risorse funzionalizzate ad un obiettivo selezionato in ambito europeo.

A favore del potenziamento di quest'ultima strada militano sia il co-

<sup>60</sup> Per una impostazione generale sul tema, fra i molti, C.E. Gallo, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in Aa.Vv., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2018, 275; G. Caia *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in *www.giustamm.it*, 2008, 6; F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2006, 1; di recente, si sono soffermati sulla trasformazione della natura del giudizio contabile in relazione all'accertazione della rilevanza dell'oggetto ed al conseguente potenziamento di tipologie di poteri sanzionatori connessi a fattispecie tipicizzate, A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, e S. Cimini, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, entrambi in F.G. Scoca e A. Di Sciascio, *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, risp. 25 e 34; M. Occhiena, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il dir. econ.*, 2017, n. 3, 919: tale evoluzione non è irrilevante per la prospettiva analizzata, specialmente se letto in combinato con la progressiva elaborazione di fattispecie di danno pubblico rilevante alle finanze europee in conseguenza del distorto utilizzo dei fondi UE.

<sup>61</sup> Quanto rilevato trova conferma in molti studi che approfondiscono il fenomeno delle frodi ai fondi UE sotto lo specifico profilo della rilevanza penalistica della fattispecie corruttiva o disvaloriale, vedi fra i più recenti, G. Stampanoni Bassi, *La corruzione, le corruzioni Prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi*, Padova, Cedam, 2022.

<sup>62</sup> Per una panoramica aggiornata degli effetti del potenziamento di tale forma di tutela vedi di recente, vedi R. Sicurella e V. Scalia, *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura Europea*, Pisa, Pisa University Press, 2021, e, in un approccio comparativo di taglio trasversale, K. Ligeti, M. J. Antunes e F. Giuffrida, *The european public prosecutor's office at launch*, Padova, Cedam, 2020.

stante orientamento della Corte di giustizia in ordine alla necessità che l'interpretazione della normativa interna funga da consolidamento degli scopi espressi dalle normative europee<sup>63</sup>, sia la recente attualizzazione del medesimo offerta dalla Cassazione proprio con riferimento alla tutela dell'interesse finanziario europeo<sup>64</sup>.

Va da ultimo ribadito che il collegamento con la funzione giurisdizionale esercitata dalla magistratura contabile domestica diviene anche un modo per saldare la finalità reattiva alla finalità preventiva: offrendo un valido strumento per reagire in modo adeguato avverso fattispecie lesive emergenti che cercano di divenire quanto più idonee possibile a filtrare la realtà che si sviluppa con continuità, si genera una importante funzione deterrente per scongiurare azioni illecite future.

### 3.1. (Segue) Il ruolo della Corte dei conti europea ed il suo rapporto con la Corte dei conti nazionale

L'analisi del perfezionamento della tutela dell'interesse finanziario comune attraverso la ricerca di possibili spazi per il giudice contabile merita di soffermarsi ancora un attimo sul rapporto fra la Corte dei conti nazionale e la Corte dei conti europea, oggi, in relazione ai profili di interferenza funzionale, ritenute parte di un più complessivo sistema integrato di "vigilanza protettiva" di un bene giuridico a rilievo ultra-nazionale.

Si ritiene che ciò sia opportuno per almeno tre ordini di motivi.

Il primo, di carattere metodologico, è imposto dall'esigenza di stabilire il modello di interazione fra organi istituzionali solo formalmente omologhi ma chiamati ad operare in ordinamenti giuridici il cui processo integrativo presenta tratti di peculiare originalità<sup>65</sup>.

Il secondo, a connotazione più funzionale, deriva dalla imperfetta corrispondenza dei poteri e dei compiti originari che, nell'ambito di esercizio di una medesima funzione di *auditing*, sono attribuiti per legge ai due "sorveglianti dei conti pubblici" e dal conseguente sforzo successivamente intrapreso per colmare quegli aspetti della mancata omogeneità iniziale che ostano alla realizzazione di obiettivi convergenti.

Il terzo, a sfumatura più sistematica, lascia emergere come aspetti di

<sup>63</sup> Vedi C. giust., 4 luglio 2006, C-212/04; 5 ottobre 2004, C-397/01 e 403/01.

<sup>64</sup> Vedi fin da ora Cass., sez. un., 10 settembre 2013, n. 20701, più in seguito analizzata.

<sup>65</sup> In generale sul tema della complessa interazione fra dimensione europea e dimensione nazionale che miri a realizzare una unità priva di uniformità imposta dall'alto, in una prospettiva qui condivisa, vedi L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, il Mulino, 2006.

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

divergenza strutturale incolmabili, se non compensati, possano aprire al rischio di una tutela meno vigorosa di un interesse nodale per la realizzazione delle scelte politiche dell'Unione, dalle quali sempre più dipendono percorsi di sostegno alla crescita ed allo sviluppo economico sociale dei singoli Stati membri.

In premessa si rammenta come la Corte dei conti europea nasca e venga concepita fin dall'origine<sup>66</sup> come un organo – indipendente ed esterno – di controllo contabile-amministrativo<sup>67</sup> che svolge il ruolo di “custode” delle finanze pubbliche comunitarie, dopo che il Parlamento aveva acquisito poteri sul bilancio e dopo che le risorse europee avevano ottenuto una propria collocazione formale<sup>68</sup>.

Attraverso una attività rivolta alla verifica gestoria delle entrate e delle uscite dichiarate nel bilancio e negli altri documenti ufficiali validi ai fini della attestazione dei movimenti contabili compiuti da chiunque entri in contatto con il denaro pubblico comunitario<sup>69</sup> si pongono le basi per il collegamento fra il rispetto della legalità comunitaria ed il soddisfacimento di quelle istanze di democraticità sottese alla gestione delle risorse da parte delle istituzioni rappresentative di una comunità<sup>70</sup>.

Già nell'art. 248 Trattato CE (oggi art. 287 TFUE) si precisa che il fulcro della funzione ad essa attribuita sia il controllo della legittimità e della regolarità dei conti (le entrate e le spese) della Comunità al fine di verificare l'assenza di irregolarità che compromettano la dichiarazione di sana gestione finanziaria, condizione a sua volta indispensabile per una corretta amministrazione delle disponibilità economiche dell'Unione attraverso cui consentire a tutte le istituzioni ed agli Stati membri di rendersi parte attiva nel raggiungimento degli obiettivi politici varati.

<sup>66</sup> Tale origine non coincide con il Trattato istitutivo della CE del 1957, dal quale la Corte dei conti era assente, bensì con il successivo Trattato di Bruxelles, nel quale tale neocostituito organo fu inserito, su tale percorso vedi G.M. Palmieri, *La Corte dei conti delle comunità europee*, Padova, Cedam, 1983, 11

<sup>67</sup> Si precisa infatti che solo a partire dal Trattato di Maastricht la Corte dei conti viene inserita fra gli organi istituzionali dell'organigramma europeo, essendo prima qualificata come organo servente altre istituzioni.

<sup>68</sup> Per una analisi critica di tali passaggi G. Clemente, *La Corte dei conti europea dieci anni dopo*, in *Cons. Stato*, 2004, n. 2, 2095.

<sup>69</sup> La versione originaria della norma istitutiva della Corte dei conti europea (art. 246 TCE) è formulata in modo generico e si limita a disporre che tale organo assicuri il controllo dei conti.

<sup>70</sup> Sulla premessa che tale legame sia validamente configurabile, vedi S. Pajno, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467; il tema, con riferimento all'argomento trattato è ripreso da D. Ruffo, *Corte dei conti europea: il controllo dei conti pubblici fra trasparenza e legalità*, in *Riv. Corte conti*, 2011, n. 3.

Va tuttavia precisato che solo al termine di un recente processo evolutivo affidato in gran parte alla giurisprudenza della Corte di giustizia ed alla costata opera interpretativa della Commissione, si è riusciti a sfruttare al massimo le potenzialità del citato disposto normativo, così ampliando la logica del controllo dell'organo europeo della contabilità dal profilo quantitativo al profilo qualitativo, cioè dalla attestazione della correttezza delle operazioni contabili condotte alla verifica del livello di realizzazione delle politiche dell'UE<sup>71</sup>.

Una differenziazione della funzione audit che si è poi ramificata in audit finanziario e il controllo sulla sana gestione finanziaria, caratterizzati, rispettivamente, dal controllo dei rendiconti finanziari di tutte le entrate e le spese a rilievo pubblico per riscontrare legittimità e regolarità, e dal controllo della performance e dell'ottimizzazione delle risorse in base ai criteri dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia per verificare livello di rispetto degli obiettivi<sup>72</sup>.

Si è quindi agevolato la trasformazione dei poteri connessi all'esercizio di una funzione all'apparenza unitaria<sup>73</sup>, sensibilizzando la Corte dei conti europea verso tematiche di contorno al nucleo centrale originario e consentendo alla medesima di acquisire un ruolo di primordine anche nell'ambito della lotta alle frodi, rispetto a cui la Corte conti UE è sì auditor esterno,

<sup>71</sup> Vedi, fra le molte, C. giust., Grande Sez., 15 novembre 2011, C-539/09, spec. punti 27-29 e 58-62 da dove emerge la necessità di una interpretazione estensiva di compiti e dei poteri dell'organo contabile il per assicurare un ruolo proattivo della Corte dei conti europea nella contribuzione alla realizzazione delle politiche europee.

<sup>72</sup> Per un quadro completo del ruolo e dei compiti della Corte conti UE, vedi G. Cogliandro, *Corte dei conti delle Comunità europee*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, 347.

<sup>73</sup> Che la funzione della Corte dei conti europea si sviluppi attraverso una complessa articolazione di compiti e di poteri differenziati è ben visibile dalla pluralità di obiettivi cui essa mira: già scorrendo il sito istituzionale ad essa dedicato è possibile riscontrare come il controllo dei conti sia prodromico non solo ad un miglioramento dell'uso dei fondi dell'UE attraverso una più efficace e trasparente attività di rendicontazione, ma anche a potenziare la fiducia delle istituzioni degli Stati membri e dei cittadini europei aumentando la conoscibilità delle scelte della gestione finanziaria dell'UE (si forniscono relazioni periodiche ai decisori e ai cittadini dell'UE; si definiscono i principi per l'audit delle finanze pubbliche) ed a rafforzare meccanismi di cooperazione con altre istituzioni superiori di controllo per scongiurare fenomeni frodati sulle pubbliche risorse; per una visione complessiva dei poteri della Corte conti EU in rapporto alle altre istituzioni comunitarie vedi D. Siclari, *La Corte dei Conti europea nel sistema multilivello dei controlli*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, cui si rinvia anche per ulteriori riflessioni in ordine ai collegamenti funzionali di tale organo con la Corte conti nazionale.

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

ma ben può (non indagare ma) notificare alla competente Commissione i casi di presunta frode a scapito degli interessi finanziari dell'Unione.

Se la molteplicità di compiti di cui la Corte dei conti europea viene investita porta ad un accrescimento e ad una differenziazione dei poteri spendibili per una tutela erariale sovranazionale in termini multidirezionali, l'inquadramento istituzionale dell'organo di controllo finanziario europeo in relazione all'organo di controllo contabile domestico rimane un punto nodale per la ricostruzione dei poteri sfruttabili (e degli eventuali limiti opponibili) dalla Corte dei conti interna in relazione alla difesa dell'interesse finanziario sovranazionale<sup>74</sup>.

Come già è stato precisato, proprio attraverso l'atteggiarsi «del rapporto istituzionale tra ordinamenti originari [...] e ordinamento comunitario che dai primi o rispetto ai primi è derivato», è possibile scorgere quell'evoluzione del ruolo e dei compiti della Corte nazionale in una direzione più aderente al modello europeo di vigilanza finanziario-contabile, in grado di stimolare un auspicabile mutamento che inviti a flessibilizzare la funzione di controllo in entrambe le direzioni<sup>75</sup>.

La flessibilizzazione auspicata, proprio con particolare riferimento alla prospettiva di indagine seguita, potrebbe potenziare il già elevato impegno della Corte dei conti domestica nell'ambito dell'attività di controllo sui fondi europei<sup>76</sup>, giungendo a perfezionare quella collaborazione con la Corte

<sup>74</sup> Per una articolazione, svolta in chiave parallela, degli elementi caratterizzanti le attività di competenza delle rispettive Corti contabili vedi F. Giuseppone, *La Corte dei conti europea e la Corte dei conti italiana: parallelismi e differenziazioni*, in *giustamm.it*, 2021.

<sup>75</sup> Così già R. Cavallo Perin, *Le nuove prospettive del ruolo della Corte dei conti italiana nel sistema delle Istituzioni*, in *La cooperazione fra Corte dei conti europea e Corte dei conti italiana. Esame comparato delle metodologie e dei procedimenti di controllo*, Quad. Seminario formazione permanente Corte conti, 2008, n. 1, 45 che in uno dei primi scritti comparativi fra i due organi deputati istituzionalmente al controllo sulla regolarità amministrativo-contabile delle entrate e delle spese pubbliche iscritte a bilancio, giunge ad individuare un punto di contatto o confluenza fra i diversi poteri dei due distinti organi di controllo solo dopo aver previamente definito i termini del rapporto fra la sovranità e l'autonomia in relazione agli ordinamenti nazionali ed all'Unione europea; la conclusione raggiunta mira a ritenere che la Corte dei conti nazionale, in ragione della sua partecipazione ad un'attività di controllo della Corte dei conti europea che non è propria, ma che si caratterizza per la modalità di svolgimento mediante forme di collaborazione con gli organi di controllo nazionali, partecipa anche ai poteri che tale attività definiscono, integrando per l'occasione il nucleo originario di questi ultimi senza però intaccare la sfera di autonomia funzionale che l'ordinamento interno le riconosce.

<sup>76</sup> Una indiretta conferma della necessaria perduranza dell'interconnessione fra fondi europei ed obiettivi nazionali è offerta dalla recente istituzione, all'interno della Corte dei conti domestica, di un apposito Collegio del controllo concomitante, istituito nel 2021 presso

conti UE voluta dal legislatore<sup>77</sup>, in una direzione che sfrutti i poteri della prima a vantaggio della seconda<sup>78</sup>, ciò anche grazie al supporto di una apposita struttura organizzativa per tale scopo creata<sup>79</sup>.

Numerosi segnali inducono a ritenere che tale percorso abbia avuto avvio, specialmente laddove si considera che fra i compiti primari dell'Ufficio relazioni internazionali della Corte dei conti domestica vi è proprio la promozione del «proprio modello organizzativo quale Istituzione Superiore di Controllo dotata di funzioni giurisdizionali e di numerose funzioni di controllo».

Ciò consente una riflessione parzialmente anticipatoria delle conclusioni.

Il permanere di significative differenze strutturali dovute alle radici originarie dell'istituzione di controllo dei conti pubblici nei vari Paesi degli Stati membri<sup>80</sup> può non costituire un ostacolo all'edificazione di una futura rete di protezione unitaria dell'interesse finanziario europea solo a condizione che si riescano a potenziare tutti quei meccanismi di raccordo che rendano possibile mettere a servizio di questo bene giuridico comune la speciale funzione giurisdizionale della Corte dei conti nazionale e l'apparato altamente specializzato che intorno ad essa è stato costruito.

la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato e con funzione di controllare i principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale, fra cui quello relativo all'attuazione del PNRR nei limiti delle proprie competenze.

<sup>77</sup> L'art. 287, c. 3, TFUE, dispone che «La Corte dei conti e le istituzioni nazionali di controllo degli Stati membri cooperano in uno spirito di reciproca fiducia, pur mantenendo la loro indipendenza. Tali istituzioni o servizi comunicano alla Corte dei conti se intendono partecipare al controllo».

<sup>78</sup> Tale direzione, per il vero, è stata già da tempo sollecitata dalla dottrina, vedi M.V. Lupó Avagliano, *Corte dei conti europea e Corte dei conti degli stati membri: esigenza di omogeneizzazione della struttura e delle modalità di funzionamento*, in *Tar*, 1996, 217.

<sup>79</sup> All'interno della Corte dei conti nazionale è infatti sorto l'Ufficio Affari Internazionali con specifici compiti di gestione dei rapporti internazionali e comunitari, ove sono espressamente ricompresi i rapporti con la Corte dei conti europea, che si sviluppano grazie ad un previo coordinamento della programmazione degli audit della Corte dei conti europea, poi redatti dalla Sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali.

<sup>80</sup> In termini cfr. C. Astraldi de Zorzi, *Le Corti dei conti europee: esperienze a confronto*, in *Amministrazione e contabilità*, 1998, 157.



#### 4. L'interesse finanziario nei Fondi europei (diretti ed indiretti) attraverso lo spazio del giudice contabile. Diversificazione e graduazione delle tutele

##### 4.1. L'apertura alla giurisdizione contabile nelle responsabilità pubbliche per danni su fondi indiretti

L'ingresso del giudice contabile nell'operazione rimediale avverso i danni provocati all'interesse finanziario sorto in relazione ai fondi a gestione indiretta è oggi ammesso senza particolari problemi, essendo stati risolti i due punti nodali relativi alla configurazione di un rapporto di servizio e del danno pubblico.

La gestione indiretta della risorsa finanziaria europea che viene corrisposta al soggetto pubblico che ne abbia fatto richiesta consente di attivare su quest'ultimo un regime di responsabilità amministrativo contabile sul cui accertamento è chiamato ad indagare il giudice contabile.

Il trasferimento del finanziamento europeo riconosciuto al richiedente pubblico, attivando un passaggio contabile nei bilanci di quest'ultimo che si perfeziona con "l'incameramento della somma"<sup>81</sup> corrispondente all'importo del contributo economico predefinito e finalizzato in sede europea, configura il primo degli elementi richiesti per costruire una responsabilità pubblica connessa all'illecito danneggiamento di quanto istituzionalmente si è chiamati a gestire.

In ossequio a quanto previsto dal meccanismo di funzionamento del fondo europeo a gestione indiretta<sup>82</sup>, il ricevente iniziale – che generalmen-

<sup>81</sup> L'espressione è qui impiegata in modo metaforico ed in parte atecnico, teso a raffigurare un ruolo attivo dell'amministrazione nazionale in rapporto al finanziamento europeo; ciò nella consapevolezza, da un lato, che il meccanismo operativo del finanziamento mediante fondi indiretti (in particolar modo FEAGA e FEASR) prevede una corresponsione a rimborso delle spese, sulla base della previa verifica di regolarità degli Uffici dell'Unione (*rectius* della Commissione); dall'altro che sulle amministrazioni nazionali grava un generale obbligo di diligenza che si estende anche alla eventuale fase rimediale (recupero e interruzione delle irregolarità sui fondi), vedi *ex multis* Tribunale UE, sez. V, 30 gennaio 2020, n. 292.

<sup>82</sup> La fattispecie, secondo quanto previsto dall'art. 63 del novellato regolamento finanziario europeo approvato dal Consiglio il 18 luglio 2018, n. 1046, rientra nelle ipotesi di gestione concorrente (con la Commissione) del bilancio, nella quale le funzioni dell'esecuzione del medesimo sono delegate agli Stati membri, su cui ricadono precisi obblighi: dal rispetto dei principi di sana gestione finanziaria, trasparenza e non discriminazione, alla garanzia della visibilità dell'azione dell'Unione nella gestione dei fondi dell'Unione. Tale norma dispone anche che la Commissione e gli Stati membri assolvono i rispettivi obblighi in materia di controllo e audit e assumono le conseguenti responsabilità stabilite dal presente regolamento.

te si identifica con una autorità pubblica (degli Stati membri dell'UE o di paesi terzi associati), con istituti di ricerca e di istruzione, con organismi senza scopo di lucro e con qualsiasi entità giuridica costituita a norma del diritto dell'UE o con qualsiasi organizzazione internazionale – non coincide quasi mai con il beneficiario finale, che diviene, invece, il fruitore reale del sostegno economico erogato in relazione alla corrispondenza fra quanto richiesto e la specifica destinazione del contributo.

La funzionalizzazione che salda l'obiettivo europeo alla risorsa economica per esso quantificata, attivando l'onere di una corretta gestione del contributo, trasforma il soggetto pubblico nazionale che assume l'obbligo di regolare il modo di disposizione del beneficio, in parte pregiudicata (assieme all'Unione europea) dai danni ad esso prodotti dal precettore o da altro dipendente della struttura pubblica che ha colpevolmente generato o contribuito a generare il sorgere del danno erariale.

Ciò è possibile perché fra l'amministrazione ed il precettore del fondo si instaura un rapporto di servizio che la giurisprudenza chiama "funzionale"<sup>83</sup>.

Di conseguenza l'interesse finanziario sovranazionale di cui l'amministrazione attributaria del contributo economico diviene "titolare in concorrenza" è protetto da un regime di responsabilità amministrativo contabile che può indurre il precettore del fondo o un altro pubblico dipendente (interno all'amministrazione nel cui bilancio grava la somma rimborsabile da destinare all'esterno dell'amministrazione) che con il proprio comportamento colpevole abbia provocato all'amministrazione domestica un danno economico in relazione a tale fondo<sup>84</sup>, a rispondere davanti al giudice contabile, anche se il reale effetto finale del pregiudizio talvolta ricade su un'amministrazione sovranazionale.

L'esistenza, nell'ordinamento interno, di un giudice speciale come la Corte dei conti, che è l'unica autorità specificamente competente a sindacare quei profili inerenti al cattivo utilizzo di soldi pubblici da parte di soggetti preposti alla cura dell'interesse finanziario nazionale, senza per questo impedire la concorrenza di più giurisdizioni sul medesimo fatto materiale (per differenti profili)<sup>85</sup>, evitando che le questioni inerenti alla proponibilità dell'azione contabile in relazione ai medesimi fatti indagati in altre sedi giu-

<sup>83</sup> Così C. conti, sez. giur., reg. Lazio, 13 ottobre 2020, n. 493

<sup>84</sup> L'esistenza di un danno erariale è ben chiara, ad esempio, laddove il rimborso delle spese sostenute dall'amministrazione non avvenga per irregolarità riscontrate in sede comunitaria e la somma erogata si ripercuota direttamente sui bilanci nazionali.

<sup>85</sup> È ormai consolidato che le domande per la restituzione dei contributi comunitari illecitamente percepiti possono essere proposte dall'amministrazione davanti al giudice civile per mezzo delle ordinarie azioni di responsabilità e che queste ultime non limitano la giuri-

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

risdizionali si trasformino in preclusione alla giurisdizione contabile<sup>86</sup>, apre una strada percorribile.

Occorre allora verificare la concreta possibilità di percorrerla, consolidando gli elementi idonei a radicarla, stante la sua specialità.

L'assenza di una norma esplicita sul punto apre alla via interpretativa sulla ricostruzione dell'esistenza di un valido fondamento alla giurisdizione contabile, del rapporto di servizio e del danno all'erario.

Il primo punto, pur pacifico, non è scontato.

L'ammissione al contributo europeo del soggetto pubblico nazionale che, a sua volta, provvederà, attraverso uno specifico procedimento, ad instaurare una relazione con l'eventuale precettore materiale del fondo, sigla l'avvio di un rapporto giuridicamente rilevante nell'ordinamento italiano.

Esso rappresenta il presupposto per configurare l'ingresso della magistratura contabile, chiamata ad appurare il regime delle responsabilità pubbliche emerse da ipotesi di illiceità gestoria che provochino un danno pubblico alle risorse finanziarie europee a specifica destinazione, ma erogate per mezzo dell'amministrazione nazionale, quindi transitate nei bilanci interni.

L'intermediazione dell'amministrazione pubblica domestica nella operazione di fruizione del denaro comunitario consente di soddisfare in modo adeguato la necessità di una interposizione legislativa idonea a rendere operativo il generico precetto che fonda la speciale giurisdizione della Corte dei conti.

Non osta a questa ricostruzione il quadro normativo europeo che, come evidenziato, sembra favorire con decisione il potenziamento degli strumenti di tutela giurisdizionale dell'interesse finanziario europeo anche per il tramite dell'autonomia delle giurisdizioni nazionali<sup>87</sup>, rimaste impregiudicate nelle rispettive funzioni, pur al di fuori degli spazi occupati dalla Corte di giustizia<sup>88</sup>.

sdizione contabile, dando vita ad un giudizio regolato da norme proprie, cfr. Cass., sez. un., n. 295/2013 e 50192; n. 9963/2010; n. 1515/2016.

<sup>86</sup> In questo senso netta appare l'autonomia del giudizio amministrativo contabile rispetto ai rapporti civili, amministrativi e disciplinari che possono intercorrere tra i soggetti passivi dell'azione contabile ed i soggetti danneggiati, passibili anche di essere giudicati in sede penale, laddove si rinvergono gli estremi di una fattispecie in tal contesto rilevante, vedi in termini Cass. n. 27092/2009; nn. 25495-25503/2009; n. 10667/2009; n. 6581/2006.

<sup>87</sup> In modo costante il giudice contabile ha precisato che l'autonomia del giudizio di responsabilità amministrativa non trova ostacolo nella disciplina comunitaria, che anzi la salvaguarda, vedi fra le più recenti C. conti, sez. giur., reg. Puglia, 3 marzo 2020, n. 172.

<sup>88</sup> In base al combinato disposto degli artt. 272, 274 e 325 TFUE, se da un lato la riserva di giurisdizione a favore della Corte di giustizia opera solo in presenza di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di diritto pubblico o di diritto privato stipulato

Su un piano più generale e prodromico all'estensione della cognizione della Corte dei conti sui fondi europei indiretti, appare utile rammentare che proprio in relazione alla gestione di contributi pubblici nazionali di non esclusiva derivazione comunitaria, una copiosa giurisprudenza, nel consolidare l'esistenza di uno spazio per la giurisdizione contabile, si è misurata con lo sforzo di ampliare l'estensione applicativa del regime delle responsabilità pubbliche a fattispecie dove non immediata appariva la sussistenza di un rapporto di servizio tra il privato gestore e la p.a. responsabile del fondo<sup>89</sup>.

Tale operazione ermeneutica, non a caso compiuta quasi sempre dal giudice regolatore della giurisdizione, ha inteso rafforzare l'idea che non può esserci adeguata protezione di un interesse finanziario connesso alle risorse pubbliche, se non si estende, *nei limiti del giuridicamente possibile*, la giurisdizione della Corte dei conti, in quanto essa è l'unico giudice in grado di rilevare e sindacare quel profilo di danno connesso al pregiudizio gestorio, al di là della forma con cui si sviluppa il rapporto di gestione del denaro pubblico.

Questo passaggio ha aperto la strada al riconoscimento della giurisdizione contabile in tutti i casi in cui una tutela effettiva dell'interesse finanziario europeo attuato con uno specifico strumento di sostegno economico agli Stati membri, dove il quantitativo di denaro erogato si salda alla sua destinazione<sup>90</sup>, debba passare, per i profili di competenza, da quel giudice na-

dall'Unione ed è di stretta applicazione (cfr. C. giust., 20 febbraio 1997, IDE, C-114/94; Trib. UE, 3 marzo 2011, Caixa, C-401/07), dall'altro la giurisdizione contabile rientra fra "gli altri rimedi giurisdizionali" alternativi e concorrenti agli strumenti disponibili dall'Unione (anche in modo facoltativo *ex art. 299 TFUE*), vertendo su profili istituzionali reciprocamente indipendenti.

<sup>89</sup> Per l'operazione ampliativa della giurisdizione contabile mediante la flessibilizzazione del rapporto di servizio si vedano, con particolare attenzione, alcune recenti pronunce, fra cui Cass., sez. un., 22 novembre 2019, n. 30526, dove si è riconosciuta la giurisdizione contabile in un caso di erogazione di contributi europei per l'editoria confermando il rapporto di servizio tra il privato beneficiario e la p.a. erogatrice sul presupposto che la concessione di risorse erariali agli operatori del settore è intesa a realizzare, tramite la permanenza di imprese editrici nel mercato, l'interesse pubblico al pluralismo dell'informazione; oppure Cass., sez. un., 14 settembre 2020, n. 19086.

<sup>90</sup> Il profilo di danno pubblico connesso al pregiudizio generato dalla distrazione delle risorse dai fini istituzionali dell'amministrazione, che, a loro volta, costituivano la ragione dell'erogazione del contributo è ben messo in luce da Cass., sez. un., n. 19086/2020, dove è stato ritenuto sussistente il rapporto di servizio idoneo a radicare la giurisdizione contabile nel caso di una Onlus (in persona del suo presidente) costituita per erogare prestazioni assistenziali attraverso l'utilizzazione di contributi corrisposti da una Asl sulla base di apposita convenzione: di particolare interesse si mostrano le motivazioni con cui la Suprema Corte conferma lo spazio del giudice contabile anche nel caso della responsabilità di una struttu-

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

zionale speciale che è funzionalmente deputato alla protezione giurisdizionale delle risorse finanziarie dei soggetti che gestiscono il pubblico denaro.

In tutte le pronunce in cui la Cassazione è stata investita della questione definitoria del confine della giurisdizione contabile, è apparsa in modo nitido l'esigenza di tutelare il legame fra funzionalizzazione della risorsa erogata a scopi di interesse pubblico e inerenza di quegli scopi all'attività istituzionale del soggetto gestore<sup>91</sup>.

Ciò ha comportato che, a prescindere dalla formalizzazione della qualifica soggettiva del gestore e del fruitore<sup>92</sup>, ogni pregiudizio arrecato da una gestione irregolare del pubblico denaro, rischiando di collidere con gli scopi istituzionali del titolare dell'interesse finanziario sorto con il contributo previsto e, quindi, contravvenendo alla ragione giuridica stessa della sua erogazione, divenga necessariamente conoscibile all'interno di un sistema di tutela idoneo ad assicurare una risposta soddisfacente alla violazione perpetrata.

Lungo il perimetro tracciato dalla Cassazione si è poi sviluppata una articolata giurisprudenza contabile tesa a proteggere lo spazio riconosciuto alla Corte dei conti attraverso l'opera di perfezionamento delle ipotesi di danno all'interesse finanziario europeo<sup>93</sup>.

Ad esempio, muovendo dalla considerazione che il gestore dei fondi europei transitati nel bilancio nazionale diviene il punto terminale della de-

ra non pubblica, avendo cura di mettere in luce non soltanto l'aspetto della pubblicità nel legame fra gli organi dei due soggetti (pubblico e privato) oppure nelle risorse impiegate, ma soprattutto il pregiudizio arrecato dalla distrazione dei contributi pubblici ricevuti dagli interessi istituzionali dell'ente, che si traduce in frustrazione dello scopo perseguito dalla pubblica amministrazione.

<sup>91</sup> Ancora più nettamente si è espressa Cass., sez. un., 7 gennaio 2020, n. 111, affermando la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti una federazione sportiva destinataria di contributi pubblici da parte del CONI per il danno erariale cagionato dall'illecito utilizzo dei fondi ricevuti, posto che la provenienza dal bilancio pubblico dei fondi erogati attiva il dovere, per chi li amministra, di assicurarne l'utilizzo per i fini cui essi sono destinati.

<sup>92</sup> In quest'ottica il giudice regolatore della giurisdizione segue una visione sostanzialistica nell'asservire all'amministrazione il precettore finale del contributo europeo e generatore di danno erariale: ciò consente di estendere il sindacato anche alle persone fisiche che abbiano diretto o rappresentato o amministrato quelle giuridiche beneficiarie dei finanziamenti comunitari, cfr. Cass., sez. un., n. 295/2013; nn. 5019 e 9963/2010; n. 20434/2009.

<sup>93</sup> Tale aspetto, per altro verso, si inserisce con continuità nella crescente tendenza a flessibilizzare il concetto di danno pubblico alle risorse finanziarie collettive che ha reso così possibile l'emersione e la protezione di interessi cosiddetti "adespoti", i quali in svariate occasioni sono riusciti a trovare nelle maglie della giurisdizione contabile una adeguata collocazione in ragione del peso economico delle ricadute pregiudizievoli per l'intera collettività amministrata.

stinazione del contributo ed assume la posizione di soggetto agente nell'interesse dell'amministrazione, si è riconosciuta la giurisdizione contabile per consentire l'accertamento di una responsabilità connessa ad un danno pubblico generato all'ente in ragione della condotta illecita del gestore, originata dall'attuazione difforme del programma connesso alla corresponsione del contributo: in quel contesto è stato affermato che una colpevole irregolarità gestoria generatrice di danno pubblico fosse rinvenibile proprio nello sviamento dalle finalità dallo stesso ente perseguite in via istituzionale<sup>94</sup>.

Ne è conseguito un orientamento consolidato che, ad oggi, porta a rinvenire uno spazio per il giudice contabile «in tutti quei casi in cui tra l'amministrazione erogante e la persona fisica o giuridica destinatarie della risorsa pubblica vi sia un rapporto di servizio di tipo funzionale o addirittura semplicemente un rapporto di fatto che, in tutti i casi di indebita percezione, distrazione o cattiva utilizzazione, per la natura del danno arrecato all'ente pubblico, risulta idoneo a radicare la giurisdizione della Corte dei conti»<sup>95</sup>.

Ma occorre da ultimo accennare fin da adesso ad un altro profilo che verrà ripreso al momento della configurazione di uno spazio per il giudice contabile anche nel caso di contributi europei a gestione sovranazionale diretta.

Il riconoscimento di un perimetro consolidato per la giurisdizione contabile in questo particolare ambito non implica anche un automatismo nel riconoscimento della positiva sussistenza di quegli elementi che caratterizzano quel tipo di responsabilità<sup>96</sup>.

Come sarà meglio approfondito, in seguito, le recentissime novelle volte ad alleggerire il regime delle responsabilità amministrative per il tramite dell'allentamento delle maglie dell'elemento soggettivo, si scontrano con gli sforzi ermeneutici fin qui condotti rischiando di vanificarne i risultati.

In altri termini, la dilatazione verso nuove forme di responsabilità amministrativa spesso configge con la rigidità di un modello a cui quella responsabilità deve rispondere, restituendo una tutela a macchia di leopardo

<sup>94</sup> Così C. conti, sez. giur., reg. Lazio, 13 ottobre 2020, n. 493, che riprende quanto affermato dalla Cassazione nel 2013.

<sup>95</sup> Vedi C. conti, sez. giur., reg. Lombardia, 5 dicembre 2019, 336.

<sup>96</sup> Non pare casuale, infatti, che nella maggior parte delle fattispecie attenzionate dal giudice contabile, quelle concluse con un giudizio di condanna finiscano per coincidere con le ipotesi sottoposte al giudice penale per condotte illecite, mentre per quelle in cui non vi siano profili penalistici, l'esito negativo è connesso alla presenza di "gravissima colpevolezza" (cfr. C. conti, sez. giur., reg. Toscana, 3 novembre 2020, n. 385).

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

proprio in quei casi in cui il pregiudizio arrecato alle pubbliche risorse meriterebbe di essere tutelato attraverso un sindacato contabile forte<sup>97</sup>.

*4.2. La chiusura alla giurisdizione contabile sui fondi diretti e il rischio di una "voce" di danno pubblico senza "adeguato ascolto"*

L'approdo raggiunto nel settore dei fondi europei indiretti consente di spostare l'attenzione sul diverso scenario delineato con riferimento ai fondi diretti, rispetto al quale è opportuno procedere per confronto.

Contrariamente alla forza espansiva maturata in seno alla giurisprudenza domestica in relazione all'ampliamento dello spazio del giudice contabile in ordine alla cognizione del danno erariale sui fondi europei indiretti, per i quali il passaggio fondativo della speciale giurisdizione è stato più semplice e più immediato sotto il profilo giuridico, per i fondi diretti, cioè per quei fondi la cui gestione finanziaria non prevede neppure un ingresso temporaneo nei bilanci pubblici nazionali, mancando un filtro domestico su cui poggiare l'ipotesi ricostruttiva, non si è assistito ad un pari attivismo giurisprudenziale.

L'ostacolo principale era rinvenuto nella fragile legittimazione legale al fondamento della giurisdizione contabile, indispensabile per poter estendere tale forma di tutela ai danni provocati all'interesse finanziario europeo da un precettore nazionale che impiegava uno strumento di ausilio finanziario che in nessun modo si ancorava, contabilmente, alle amministrazioni nazionali.

La specialità di questa giurisdizione obbligava a ricercare una chiara interposizione legislativa in tutti i casi in cui la generalità invocata non si mostrasse adeguata e la ricaduta del pregiudizio al di fuori dell'erario domestico ha per lungo tempo reso impraticabili gli strumenti di tutela per esso previsti.

Ciò in evidente distonia con il costante riconoscimento, nelle sedi decisionali politiche, del primario rilievo acquisito dai fondi tematici a gestione diretta, non tanto sotto un profilo di impatto quantitativo, quanto sotto il ben più delicato profilo della rilevanza della funzione ultima cui mirano.

Come efficacemente messo in luce in ambito parlamentare, «i fondi a gestione diretta stanno assumendo carattere sempre più strategico in un

<sup>97</sup> È significativo, ad esempio, che, riconosciuta la giurisdizione contabile, non sia configurabile una responsabilità erariale, per mancanza dell'elemento soggettivo della colpa grave o del dolo, in relazione alla condotta di chi abbia percepito contributi agricoli europei, in presenza di un valido ed effettivo titolo di disponibilità dei fondi indicati in quanto conduttore, commettendo violazioni formali consistenti nell'indicazione, quale titolare concedente, di uno o più soggetti deceduti, cfr. C. conti, sez. giur., reg. Basilicata, 18 giugno 2021, n. 38.

contesto mondiale globalizzato ed in forte concorrenza tra sistemi produttivi nazionali (in linea con la Strategia di Lisbona), e rappresentano certamente il futuro della politica regionale che vedrà il loro progressivo sostituirsi ai finanziamenti indiretti. L'importanza del fondo a gestione diretta sta anche nella sua funzione di richiamo per altri finanziamenti di natura internazionale e privata, che molto spesso seguono e si inseriscono nel solco tracciato da quello europeo<sup>98</sup>.

La spinta ad un cambiamento è maturata nel tempo.

Il superamento della difficoltà a rinvenire un appiglio giuridico per giustificare l'intervento del giudice contabile si è mosso lungo diverse direttrici.

Un primo significativo spiraglio si è avuto dalla giurisprudenza contabile che, per prima, ha tentato di spingersi oltre, aprendo il varco ad una costruzione articolata.

Come è noto la Sezione giurisdizionale della Regione Lombardia<sup>99</sup>, con una sentenza capofila premonitrice del ribaltamento operato dalla Casazione ed anticipando di un decennio molti dei ragionamenti da quest'ultima solcati per ricondurre i danni ai finanziamenti europei diretti alla giurisdizione della Corte dei conti, aveva riconosciuto la sussistenza di una valida interposizione legislativa nella ricomprensione dell'Unione europea fra le "amministrazioni diverse" i cui danni erariali, se provocati da funzionario o dipendente pubblico esterno, divengono idonei a fondare una responsabilità amministrativo-contabile.

Il disposto previsto dell'art. 1, c. 4, l. 14 gennaio 1994, n. 20, aveva rappresentato una base legittimante per estendere il raggio di tutela del giudice contabile a quei danni al bilancio pubblico europeo occorsi in conseguenza di un fatto illecito colpevolmente o dolosamente causato da un pubblico funzionario o dipendente nazionale, chiamato a gestire fondi comunitari che non erano transitati nei bilanci pubblici interni.

I giudici lombardi avevano fatto leva sul principio di assimilazione, elaborato in sede europea sulla lettura dell'articolo e trasposto in ambito nazionale dalla giurisprudenza penale, per sostenere anche nell'ambito dell'azione di responsabilità amministrativa, l'equiparazione delle amministrazioni di livello diverso, ma operanti su un comune ambito europeo.

<sup>98</sup> Così si esprimeva nel 2011 la Commissione permanente Politiche dell'Unione europea, *Indagine conoscitiva sui profili di utilizzo e controllo dei fondi comunitari in Italia*, in *Atti sito istituzionale Camera*, 31-32.

<sup>99</sup> C. conti, sez. giur., reg. Lombardia, 8 aprile 2004, n. 528, con commento di P.L. Rebecchi, *Tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e giurisprudenza della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2004, n. 4, 324.



## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

In particolare, ponendosi in linea con la tendenza estensiva che amplia il concetto di amministrazione pubblica suscettibile di giudizio contabile, si era ritenuto che solo con una lettura unitaria dei bilanci pubblici, resa possibile dalla visione unitaria degli apparati amministrativi pubblici, si sarebbe potuto adeguatamente tutelare l'interesse finanziario sovranazionale sorto dall'erogazione di strumenti di sostegno economico europei agli Stati e pregiudicato, in via generale, da comportamenti condotti sul piano nazionale.

In sintesi, l'unicità del bilancio, dedotta per assimilazione, avrebbe consentito la generazione dell'unicità del pregiudizio finanziario ed avrebbe ammesso l'accesso alla giurisdizione contabile anche per la responsabilità conseguente alla pregiudizievole gestione dei contributi comunitari a gestione interamente sovranazionale, sul presupposto che il danno pubblico generato si sarebbe trasformato in un pregiudizio generale per le finanze pubbliche regolate nel bilancio comunitario.

La ricostruzione operata, pur accolta con entusiasmo dalla dottrina<sup>100</sup>, ha impattato in modo tiepido nelle procure regionali, in poche occasioni giunte ad avviare l'azione contabile per un danno arrecato al bilancio pubblico europeo per mezzo di un finanziamento diretto irregolare<sup>101</sup>.

Il terreno diviene, però maturo per avviare la riflessione in ordine alla corretta impostazione degli strumenti di tutela previsti a protezione (o in reazione) degli illeciti compiuti per mezzo dei contributi europei ed al necessario perfezionamento richiesto agli Stati per assicurare, attraverso adeguati percorsi giurisdizionali, il conseguimento di un livello di tutela effettivo.

### **5. Le nuove prospettive della tutela dell'interesse finanziario: l'uso giurisprudenziale del principio di assimilazione ed il superamento del limite di *interpositio legislatoris*... ovvero *quid disputandum* e *quid disputatum***

La sollecitazione viene raccolta dalla Cassazione in occasione di due interventi regolatori dei confini della giurisdizione contabile, distinti per fattispecie ma analoghi per oggetto.

L'ingresso della Corte di cassazione nella questione dei fondi europei

<sup>100</sup> G. Berretta, *La giurisdizione della Corte dei conti si estende ai finanziamenti della Commissione europea*, in *Dir. e pratica amm.*, 2014, n. 1, 71; E. Lorenzini, *Frode comunitaria: la giurisdizione è del giudice contabile*, in *Dir. e pratica amm.*, 2014, n. 11, 77.

<sup>101</sup> Fra le poche pronunce si inserisce C. conti, sez. I, centr. app., 7 ottobre 2010, n. 385, che conferma in appello la sentenza pilota lombarda.

ha rappresentato, in entrambe le pronunce in cui si articola, una importante tappa per una svolta che, si ritiene, avrebbe potuto essere più decisa e rigorosa su alcuni profili potenzialmente idonei a tracciare, per il futuro intervento del legislatore, le linee di una tutela effettiva avverso il pregiudizio finanziario sovranazionale in tema di finanziamenti pubblici europei diretti.

Lo sforzo interpretativo del giudice regolatore della giurisdizione è meritevole nel risultato, ma talvolta ozioso nel percorso seguito.

Va rammentato che nel caso dei fondi europei a gestione diretta, mancando il passaggio del denaro dalla contabilità domestica, viene meno qualsiasi appiglio per collegare l'eventuale danno pubblico all'erario al giudice nazionale dei conti pubblici. Pertanto, la questione si pone in termini molto diversi da quanto appena visto con riferimento ai finanziamenti indiretti.

Ciò lascia già intravedere la difficoltà di pervenire ad una soluzione rigorosa in assenza di un fondamento legislativo legittimante più volte invocato.

Le conclusioni cui si giungerà sono interessanti e originali, ma poco convincenti sul piano sistematico, perché inadeguate a supplire ad una lacuna legislativa da sempre esistente ma mai colmata.

Già dalla lettura dell'art. 325 TFUE, per come interpretato dalla giurisprudenza europea e dalla cornice tracciata dalla lettura combinata degli artt. 4 e 10 TFUE, era dato ricavare un obbligo per gli Stati di lottare contro la frode e le irregolarità che recano pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione al pari di quanto non avveniva nel diritto interno, dal momento che a tale figura di danno erariale è associato un pregiudizio destinato a ripercuotersi sulla portata e sull'efficacia del diritto comunitario.

Militava in tal senso anche l'invito a predisporre un contesto giuridico comune a tutti i settori contemplati dalle politiche comunitarie per potenziare l'efficacia della lotta contro gli atti lesivi degli interessi finanziari delle Comunità, monito che con ogni evidenza non tollera differenziazioni e graduazioni nella portata applicativa degli strumenti impiegabili<sup>102</sup>.

Un invito, a ben vedere, la cui cogenza è stata nuovamente ribadita anche dalla giurisprudenza interna e proprio dalla Cassazione nella pronuncia qui esaminata, che si è mostrata ben consapevole della inerzia del legislatore.

L'inerzia del legislatore ha impedito il completamento del disegno di protezione dell'interesse sovranazionale ipotizzato in ambito europeo, con

<sup>102</sup> In merito si ricorda che è la stessa Corte di Cassazione ad invocare la parità di trattamento fra le fattispecie di finanziamenti erogati indirettamente e quelli erogati direttamente per escludere che la discriminazione giuridica si traduca in disparità di tutela, vedi punto 6 dei motivi di diritto.

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

ciò generando una frattura che avrebbe dovuto ricomporsi solamente attraverso la formalizzazione di una nuova competenza per il ruolo che il giudice contabile era già chiamato a svolgere sul piano del diritto interno in ordine ai fondi indiretti.

È sul tentativo di porre rimedio a questa lacuna che si sviluppa l'operazione ermeneutica seguita dalla Cassazione, dando vita ad un percorso non sempre convincente.

L'impressione è quella che il giudice della giurisdizione abbia mirato più a ribadire l'equilibrio di un sistema a regole invariate, che non a fornire strumenti integrativi certi per rimediare, in costanza di un vuoto normativo sul punto, alla necessità di potenziare la tutela dell'interesse finanziario europeo per mezzo dello sfruttamento, in chiave sovranazionale, di una magistratura unica nel suo genere e istituzionalmente preposta a tutelare siffatto bene giuridico.

L'attenzione della Cassazione, tutta rivolta al rapporto fra rimedi comunitari alle frodi all'interesse finanziario europeo e azione contabile, nell'ottica di meglio delineare gli spazi già tracciati da un quadro normativo abbastanza chiaro, sebbene talvolta interpretato con evidenti forzature, mira a rileggere il ruolo del giudice contabile avendo cura di riaffermarne l'autonomia, sul piano del diritto interno e sul piano del diritto unitario, ma nulla aggiunge al difetto originario.

A quanto rilevato dedica un'ampia parte delle ragioni poste a sostegno del proprio *decisum* laddove, nel tessere la trama della tutela integrata dell'interesse finanziario per danni ai fondi europei, richiama alla corretta combinazione fra rimedi propri dell'Unione, condizioni di esperibilità dei medesimi e compiti delle giurisdizioni interne alla luce dei principi di non esclusività, non conflittualità e rafforzamento degli obiettivi eurounitari.

Ma è con riferimento alla concreta individuazione del fondamento delle condizioni di operabilità della giurisdizione contabile che emerge il limite della condotta operazione ermeneutica, incentrata in toto sul principio di assimilazione.

Ora, per la ricerca degli elementi configurativi del danno pubblico può operare con successo il richiamo al principio di assimilazione<sup>103</sup>, nella versione ormai consolidata anche sul piano del diritto interno da una giurisprudenza trasversale<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> In termini vedi A. Vetro, *Il principio di assimilazione e sua applicazione in tema di giurisdizione della Corte dei conti per danni all'erario dell'Unione europea*, in *contabilità-pubblica.it*, 2013.

<sup>104</sup> Il primo ingresso di tale principio è avvenuto ad opera della giurisprudenza penale Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235; in particolare sugli sviluppi dell'applicazione *in ma-*

La flessibilità dell'interesse finanziario rende possibile una impermeabilizzazione del medesimo alla diversità del soggetto pubblico che ne è titolare e ne permette una costruzione uniforme, col risultato che il pregiudizio da esso sofferto è parimenti valutabile in termini di danno pubblico avverso cui reagire, ma attraverso i rimedi già predisposti dall'ordinamento (europeo e nazionale).

L'equiparazione del bilancio europeo al bilancio nazionale per consentire agli interessi finanziari – sorti dai fondi europei diretti aggrediti da atti lesivi compiuti in ambito nazionale – di essere assorbiti sul piano del diritto interno, divengono meritevoli di tutela secondo le regole della responsabilità per danno pubblico se ed in quanto quelle regole possono essere applicate in via diretta o analogica.

L'assimilazione dell'interesse finanziario sovranazionale può servire a far sorgere, in capo ad esso, il diritto ad una tutelabilità astratta con gli strumenti in origine predisposti dal diritto interno per la sua dimensione nazionale, ma non è sufficiente a far scattare l'automatica pretesa di giustizia laddove la giurisdizione adita sia a carattere speciale.

Davanti allo spazio della giurisdizione contabile perimetrato dalla legge, pur in vigenza della regola del parallelismo degli strumenti di tutela avverso gli atti lesivi degli interessi finanziari europei e pur gravando sugli Stati membri l'obbligo di assicurare l'effettività di tale tutela, il principio di assimilazione ci sembra perdere parte della forza originaria se applicato per giustificare l'esistenza di una soggettività pubblica idonea a far scattare il meccanismo della responsabilità amministrativa, per come previsto dalla legge.

L'aver considerato meritevole di tutela l'interesse finanziario europeo assimilato all'interesse finanziario nazionale realizza una tipicizzazione del pregiudizio<sup>105</sup>, ma non risolve in modo nitido la questione della configura-

*lam partem* di detto principio derivante dall'art. 325 TFUE, si rinvia alla nota vicenda Taricco, sulla quale si dà contro, fra i numerosissimi contributi, solamente quelli ultimi e riassuntivi del delicatissimo dialogo giurisprudenziale fra le Corti multilivello, cfr. M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 4; D. Gallo, *La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Paper*, 2018, n. 3.

<sup>105</sup> Del resto, anche la giurisprudenza contabile ha rilevato come la mancanza di tipizzazione normativa delle fattispecie d'illecito amministrativo-contabile, diversamente dall'illecito penale non sia censurabile davanti alla Consulta, C. conti, sez. II, giur. centr. app., 23 ottobre 2001, n. 343/A, in tema vedi ampiamente A. Crismani, *Illeciti contabili tipici ed ipotesi sintomatiche di danno erariale*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Mila-

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

bilità dell'esistenza di un soggetto pubblico danneggiato nei cui confronti opera la speciale tutela assicurata dal giudizio contabile.

In sostanza: l'esistenza di un danno alla collettività per la lesione dell'interesse finanziario alla corretta gestione di un fondo europeo non vuol dire anche esistenza di una responsabilità pubblica rilevante sul piano nazionale.

L'elemento della pubblicità necessaria del danneggiato – in questo caso l'Unione europea per mezzo della Commissione – è pacifico, ma è il confine della nazionalità previsto dal legislatore che tipicizza la giurisdizione contabile a rimanere, a parere di chi scrive, invalicabile.

Si è provato a forzare la lettura del disposto ritenendo che il concetto di “amministrazione diversa da quella di appartenenza”, ineludibile premessa per estendere la responsabilità dei soggetti danneggianti al pregiudizio arrecato ad altri soggetti pubblici rispetto a quelli identificabili sulla base del rapporto di servizio, ingenerasse una logica ricomprensione dell'amministrazione europea entro l'alveo della “pubblicità diversa”<sup>106</sup>.

Si è pure sostenuto che il carattere sovranazionale dell'amministrazione o la natura del fondo non potesse essere ragione di discriminazione applicativa della tutela nei confronti degli interessi finanziari ormai dotati del carattere della universalità, tanto da riconoscere al principio di assimilazione la capacità di superare il criterio di appartenenza<sup>107</sup>.

Tuttavia, il richiamo alla portata estensiva dell'art. 1, c. 4, l. n. 20/1994, è risultato piuttosto faticoso.

Nonostante l'apparente flessibilità della norma e la generalità della formulazione impiegata, il richiamo alla rigidità imposta dal dettato costituzionale che pone le fondamenta per la specialità di un giudice in ragione della sua funzione, ha reso necessario ricercare un appiglio differente.

Tale appiglio è stato tentato con il principio di assimilazione.

no, Giuffrè, 2006, 706. Sull'inversa tendenza a tipicizzare in conseguenza dell'estensione del potere sanzionatorio in capo al giudice contabile, S. Cimini, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in FG. Scoca e A. Di Sciascio, *Le linee evolutive della responsabilità e del suo processo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 99; P.L. Rebecchi, *Recenti fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa. Incremento delle tutele o “trappola della tipicità”?*, in [www.amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it). 2016; meno di recente, P. Santoro, *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2007, n. 12, 3565.

<sup>106</sup> In questo senso si era orientata quella giurisprudenza contabile sviluppatasi lungo la scia tracciata dal *leading case* del 2004, cfr. C. conti, sez. giur., reg. Lombardia, 30 dicembre 2015, n. 221 (che prosegue il giudizio nel quale fu sollevata la questione di giurisdizione dinanzi alla Cassazione); sez. giur., reg. Lazio n. 880/2011, confermata in appello.

<sup>107</sup> In tali termini G. Colombini, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *Federalismi*, 13, 2017, qui 44-45.

La stessa Cassazione, ben consapevole della fragilità dell'ancoraggio ipotizzato, fa perno sul principio di assimilazione per fugare i residui dubbi avanzati con riferimento alla debolezza della lettura orientata dell'art. 1, c. 4, l. n. 20/1994, vantando, con riferimento a tale principio, un obbligo applicativo ricavato in via autonoma e così giungendo ad offrire una giustificazione... che non giustifica<sup>108</sup>.

Dall'automatismo evocato nella motivazione si desume il permanere di una incertezza maturata da un nodo giuridico irrisolto.

L'impegno profuso ad offrire una lettura unitaria del danno da frode finanziaria all'erario ha finito per assorbire, senza risolvere, le criticità sulle condizioni che rendono difficile l'esportazione, su scala sovranazionale ed in assenza di un precetto normativo puntuale, dell'operabilità di una giurisdizione speciale come quella preposta a difesa dell'interesse finanziario nazionale.

La logica seguita dà conto di una prospettiva invertita: prima si sono ricostruiti gli elementi della responsabilità pubblica, poi si è cercato di risalire al fondamento legale della speciale giurisdizione attraverso una interpretazione analogica degli stessi.

L'aver fatto leva sulla rilettura della pubblicità del danno generato per giungere alla ampiezza dimensionale del soggetto pubblico danneggiato, così supplendo alla mancanza di un sicuro ancoraggio legale per legittimare la giurisdizione del giudice contabile, si ripercuote nella successiva difficoltà di definire con rigore il rapporto di servizio, così aprendo la strada a futuri percorsi di tutela di faticoso svolgimento e di indubbio risultato.

Dalla giurisprudenza contabile, come anticipato, non sono mancate adesioni all'orientamento espresso dalla Cassazione sul corretto radicamento della giurisdizione, come era immaginabile ogni qual volta si fosse giunti ad una pronuncia nel merito che presupponeva la risoluzione positiva di ogni eventuale eccezione di difetto di giurisdizione: ciò, però, non ha offuscato il dubbio prospettato, trattandosi, nelle poche fattispecie giunte a conclusione, di pronunce nelle quali la vicenda contabile si innestava su una vicenda già oggetto di sindacato in ambito penalistico<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> Esplicitamente si afferma che «pur se si ritenesse, per mera ipotesi, che le disposizioni contenute nelle R.D. n. 1214 del 1934, art. 53 ed L. 20 del 1994, art. 1, l'abbiano in origine prevista esclusivamente per proteggere l'erario nazionale, l'obbligatoria applicazione del principio di assimilazione comporta necessariamente, e comunque, l'estensione di detta giurisdizione anche in materia di danno sia esso diretto o indiretto all'erario comunitario».

<sup>109</sup> Ad esempio, C. conti, sez. II, centr. app., 30 dicembre 2020, n. 313, con commento di A. Crosetti, *Gli atti lesivi degli interessi finanziari dell'U.E.*, in *Lexitalia*, 2021, n. 1, dove la responsabilità contabile imputata a titolo doloso era sorta in conseguenza di una frode origi-

## **dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo**

Per queste ragioni si è ritenuto che lo sforzo della Cassazione, non limitato<sup>110</sup> e né isolato<sup>111</sup>, non potesse essere ritenuto un solido punto di appoggio, ma un importante punto di avvio e di stimolo per il decisore politico chiamato con urgenza ad intervenire per rimediare al fatto che, ad oggi, «lo Stato italiano non ha adottato un'apposita legge che impone la giurisdizione contabile anche in materia di danno all'erario europeo per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione»<sup>112</sup>.

In conclusione, non si può accettare che, in ordine a siffatto orientamento giurisprudenziale del giudice regolatore della giurisdizione, si maturi la condizione di “cosa giudicata”, così da ipotizzare la copertura del “dedotto” e del “deducibile”: se, infatti per dedotto intendiamo quanto fatto espressamente valere con riferimento alle argomentazioni interpretative a sostegno dell'esistenza della giurisdizione contabile e per deducibile l'assentimento operato dalla Cassazione in ordine all'assenza di una norma di interposizione legislativa a favore del giudice contabile, ritenuta un precedente logico essenziale e indefettibile del primo, ben si comprende come su questo punto non possa formarsi un giudicato implicito.

La strada per la costruzione della dimensione sovranazionale del giudice contabile appare, quindi, ancora lontana.

### **6. Ripensare gli spazi della giurisdizione contabile nella prospettiva del completamento della regia dei flussi finanziari dei fondi europei. Osservazioni conclusive**

La definizione legislativa del perimetro di attività giurisdizionale della Corte dei conti in rapporto ai fondi europei (indipendentemente dal loro transito o meno nella gestione di bilancio interna) costituisce un presuppo-

nata da dichiarazioni intenzionalmente fraudolente e da documentazione risultata falsa, tanto da rendere il contributo totalmente privo di giustificazione causale; in modo analogo vedi, per l'innesto del giudizio contabile nel procedimento penale svolto, ai sensi dell'art. 640 bis c.p. per il reato di truffa aggravata per il perseguimento di erogazioni pubbliche, C. conti, sez. giur., reg. Puglia, 3 marzo 2020, n. 172.

<sup>110</sup> Anche di recente la giurisprudenza contabile, nel ritenere la propria giurisdizione con riferimento alla responsabilità per frode sugli atti lesivi dell'interesse finanziario sorto in relazione ai fondi europei diretti,

<sup>111</sup> Sulle stesse questioni si era pronunciata, in modo analogo, Cass., sez. un. 27 gennaio 2016, n. 1515.

<sup>112</sup> Così espressamente si esprime la Cassazione nella nota pronuncia n. 20701/2013.

sto indefettibile per poter rendere effettivo l'obbligo di salvaguardia dell'interesse finanziario pubblico da atti lesivi o fraudolenti.

L'equiparazione delle fattispecie di danno ai fondi europei diretti ai danni erariali nazionali per estendere l'ambito di cognizione del giudice contabile oltre i confini nazionali non fuga i dubbi sull'equilibrismo di una operazione giurisprudenziale interpretativa che si scontra con la rigidità di una giurisdizione speciale.

Ma perché richiamare siffatta attenzione sulla magistratura contabile e perché la medesima può assumere un significativo rilievo nel panorama della costruzione di una tutela concreta ed effettiva per l'interesse finanziario europeo?

È stato di recente sostenuto che «nel regime di (stringente) condizionalità cui sono soggetti gli Stati membri in caso di irregolarità che pregiudichino gli interessi finanziari dell'UE, si rivela fondamentale il ruolo della magistratura contabile nel vigilare sul corretto impiego delle risorse pubbliche, mediante le sue articolazioni di controllo in primis e, al verificarsi di un danno erariale, mediante lo strumento della giurisdizione contabile»; ciò in considerazione del fatto che «i danni al bilancio dell'UE risultanti da condotte illecite sono ingenti ogni anno, costituendo un obiettivo sfidante migliorare la tutela degli interessi finanziari dell'UE»<sup>113</sup>.

A maggior ragione si ritiene che urga una riflessione da parte del legislatore nazionale sulle conseguenze innescabili dalla frattura fra l'acquisita dimensione unitaria dell'interesse finanziario connesso agli strumenti di sostegno economico agli Stati mediante fondi strutturali o diretti ed il permanere di un limite formale all'estensione della giurisdizione contabile su alcune tipologie di finanziamento pubblico europeo.

La centralità della Corte dei conti nella operazione rimediale al danno avverso tale bene giuridico a dimensione economica è un tassello mancante al sistema perché solamente con la specifica competenza di uno speciale giudice deputato istituzionalmente alla tutela delle pubbliche risorse si potrebbe adeguatamente ristorare o prevenire l'enorme impatto economico, sociale e politico causato dalle azioni lesive contro l'interesse finanziario europeo, evitando che danni pubblici non perseguiti si trasformino in costi sociali indiretti per la collettività.

Grazie ad una formalizzazione del nuovo spazio giuridico della magistratura contabile si aprirebbe l'ingresso ad una indagine mirata alla ricerca di quegli elementi di danno che compongono il pregiudizio all'interesse

<sup>113</sup> Così A. Crosetti, *Gli atti lesivi*, cit., 4.



## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

finanziario e che potrebbero essere imputabili solo a fronte del riconoscimento di un meccanismo di responsabilità amministrativa.

Le procure contabili offrirebbero senza dubbio una elevata capacità d'indagine nell'accertamento delle componenti degli illeciti commessi in danno dell'interesse finanziario sovranazionale, potendo disporre di adeguati strumenti processuali in grado di operare un sindacato intrinseco sul fatto.

Si eviterebbe così che la dispersione della componente di un pregiudizio, non altrimenti filtrabile in differenti contesti giurisdizionali, divenisse un danno perduto, con inevitabili conseguenze nocive<sup>114</sup>.

Il mancato adeguamento all'esigenza di tutela per tale bene pubblico a "rilievo finanziario" mal si giustifica sotto vari profili.

Sul piano del diritto interno, in primo luogo, contrasta con la costante tendenza ad ampliare l'ambito della giurisdizione contabile per mezzo della costruzione di ipotesi di danno pubblico idonee a filtrare nuove forme di aggressione alla complessa dimensione delle "risorse pubbliche"<sup>115</sup>.

Mal si giustifica, poi, col perfezionamento di un sistema processuale in grado di poter contare anche su azioni esecutive e su meccanismi di esecuzione<sup>116</sup>.

Sul piano del diritto comunitario già si è detto dell'attenzione rivolta a perfezionare l'efficacia dei rimedi previsti per la tutela dell'interesse finanziario, anche ribadendo le ragioni dell'esclusività di determinate azioni<sup>117</sup>;

<sup>114</sup> Come rileva A.Vetro, *Il principio di assimilazione*, cit., 3, «le frodi ai danni dell'Unione europea sono nel nostro Paese di vastissima portata, sia in termini numerici, sia per l'entità delle somme frodate, con riflessi devastanti sull'immagine della Nazione e sulla corretta gestione delle iniziative assistite dai contributi comunitari nei diversi campi dell'istruzione, della ricerca scientifica e tecnologica, dell'industria, dell'agricoltura».

<sup>115</sup> Per una ampia ricostruzione delle fattispecie, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di V.Tenore, Milano, Giuffrè, 2018; C.E. Gallo, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in Aa.Vv., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2018, 275; S. Foà, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, a cura di M. Andreis e R. Morzenti Pellegrini, Torino, Giappichelli, 2016, 25.

<sup>116</sup> Ciò a seguito dell'entrata in vigore del Codice del processo contabile come di recente aggiornato, cfr. (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174; d.lgs. correttivo 7 ottobre 2019, n. 114; d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176; d.l. 1° aprile 2021, n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76).

<sup>117</sup> Al riguardo appare interessante ricordare come la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su fattispecie di pignoramento presso terzi di finanziamenti gestiti direttamente dalla Commissione Europea, abbia escluso la concorrenza delle azioni statali e, nel rigettare le domande di autorizzazione a procedere al pignoramento, abbia precisato che «l'autorizzazione del pignoramento significherebbe, nella specie, destinare ad interessi particolari estranei alla politica della cooperazione allo sviluppo, fondi espressamente destinati dalla Comunità a

parimenti si è detto del continuo monito agli Stati per rafforzare gli strumenti di diritto interno in tale direzione.

La difficoltà di intravedere un valido supporto giuridico a tale immobilismo legislativo si scontra, poi, con una opposta tendenza al fermento interventistico che ha visto il legislatore protagonista di scelte politiche di indiscusso impatto e non indifferenti, in ragione della generazione di una influenza indiretta, per l'argomento trattato.

Ci si riferisce, in particolare, alla recente riforma con cui il legislatore "dell'emergenza" ha ridisegnato il meccanismo dell'imputazione dell'elemento soggettivo della responsabilità contabile, alleggerendo il nesso doloso attraverso la sua limitazione a determinate fattispecie omissive, così giungendo di fatto ad elevare la colpa ad unico parametro per la soggettività del danno generato a carico delle finanze pubbliche dal responsabile pubblico<sup>118</sup>.

L'impatto di una simile novella potrebbe tradursi in una sostanziale impunità per tutti quei casi in cui, in presenza di un rapporto di servizio costruito in modo diverso dall'ordinario, risultasse impossibile provare il dolo (per mancanza di elementi o per assenza dello stesso)<sup>119</sup>.

Non può però tacersi neppure della recente novella con cui si è ridisegnato il perimetro della cognizione in via esclusiva delle Sezioni riunite della magistratura contabile ai giudizi aventi ad oggetto l'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica»<sup>120</sup>.

tale politica». Con la conseguenza che detti provvedimenti coercitivi potrebbero ostacolare il buon funzionamento delle Comunità andando ad incidere sulle politiche comuni o sull'attuazione dei programmi d'azione decisi dalla Comunità (ord. 29 maggio 2001 – C-1/00 SA; C-1/02 SA del 27 marzo 2003): un monito rafforzato dalla giurisprudenza di merito nazionale che ha costantemente giustificato l'impignorabilità dei Fondi strutturali, con l'esistenza di un vincolo di destinazione che ne rendeva impraticabile l'aggregabilità in via esecutiva, cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. III, 5 luglio 2017, n. 14133.

<sup>118</sup> In argomento, per una visione critica, M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di nuova (ir) responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, n. 2, 279, cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinari.

<sup>119</sup> Si rammenta che di recente la giurisprudenza penale, proprio con riferimento ai fondi europei materia agricola, ha ribadito che il reato di indebita percezione di fondi europei si consuma quando l'indebito profitto entra nella sfera patrimoniale dell'agente, con ciò spostando molto l'asse della punibilità concreta, cfr. Cass. pen., sez. III, 23 maggio 2017, n. 39540.

<sup>120</sup> Art. 11, lett. b, Codice giustizia contabile, come modificata dall'art. 23-quater, c. 2, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176. In precedenza, identica modifica era stata disposta dall'art. 5, c. 2, d.l. 23 novembre 2020, n. 154, abrogato dall'art. 1, co. 2, della citata l. n. 176/2020, a norma del quale restano validi gli

## dimensione unitaria dell'interesse finanziario europeo

La novella, varata al termine di un faticoso travaglio legislativo, oltre ad inserirsi in modo problematico in ulteriori profili di contrasto con il diritto comunitario<sup>121</sup>, dimostra ancora una volta come il legislatore nazionale tenda a sottrarsi sempre più spesso ai vincoli europei in relazione alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione<sup>122</sup>.

Il disegno europeo della tutela unitaria per gli interessi finanziari lesi dalle frodi ai fondi agli Stati si infrange contro decisioni nazionali “di non decidere” o scelte politiche di “non responsabilizzare”, così aprendo un pernicioso varco anche alla stabilità della regia dei flussi finanziari da ultimo disegnata proprio in occasione del sostegno finanziario europeo mediante i fondi tematici destinati alla ripresa e resilienza.

Detto *vulnus* a mina ad una idea di un controllo sulla legalità finanziaria<sup>123</sup> che attraverso i fondi europei finalizzati al conseguimento di precisi obiettivi, espressione di una strategia politica più generale, dovrebbe consacrare una giustiziabilità dell'interesse diffuso alla corretta gestione delle risorse pubbliche, specialmente laddove più difficile appare la ricerca della responsabilità dell'operato, sfumando il legame fra le amministrazioni nazionali e le istituzioni europee.

Un compito troppo elevato per essere affidato, in supplenza, ad un attivismo giurisprudenziale chiamato a mascherare l'assenza di un adeguato intervento legislativo verso una corretta sistematizzazione.

atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti sulla base del predetto d.l. n. 154/2020.

<sup>121</sup> Sul regolamento SEC 2010 già pende una questione di pregiudizialità sollevata davanti alla Corte di giustizia dalle Sezioni riunite della Corte dei conti, ord. n. 5/2021/RIS depositata in data 3 giugno 2021.

<sup>122</sup> L'ultimo esempio, apparentemente distante dalla tematica qui trattata, torna ad essere conferente se si considera la concorrenza alla determinazione dei saldi di bilancio nazionali delle previsioni e dei risultati delle gestioni di bilancio di ogni pubblica amministrazione: pertanto è dalla loro perimetrazione che si gettano le basi per l'operabilità delle regole finanziarie europee.

<sup>123</sup> È stato acutamente osservato, proprio in relazione al depotenziamento del ruolo della giurisdizione contabile a vantaggio di un ampliamento delle funzioni di controllo, che «sembrerebbe più conforme ai principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea una Corte dei conti che non sia tanto consulente in via preventiva per gli investimenti, ma che sia invece giudice della responsabilità contabile e del corretto ed efficiente impiego delle risorse mediante controlli in via successiva», così G. Rivosecchi, *La Corte dei conti ai tempi del “Recovery plan”*, cit., qui 20.

*Abstract*

*The paper analyses the issue of the European financial interest and its protection. It highlights the lack of an active role of the national Court of Auditors in the protection of a common legal asset. Furthermore, it specifies that the national accounting judge is equipped to provide adequate legal protection to the common European financial interest. It is then clarified that the accounting process is the most appropriate instrument to provide judicial protection to the European financial interest. The current procedural model followed by the accounting judge is specific and updated. It is hoped that soon the Court of Auditors will have a direct and active role in this field and that the current system of protection of directly managed funds will be strengthened. This will provide a more comprehensive protection for the European financial interest that characterises the European funds under direct management.*

# ARTICOLI

ALESSIO MARTINI

## SULLA RILEVANZA GIURIDICA DELLE ATTIVITÀ FUNEBRI TRA VECCHIE ESIGENZE E NUOVE PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Attività e servizi funebri: un preliminare inquadramento normativo. – 3. La produzione normativa regionale. – 4. Attività e servizi funebri: aspetti definitivi. – 5. Il servizio pubblico quale valutazione di doverosità. – 6. Sui possibili profili di sussunzione delle attività funebri all'interno del servizio pubblico. – 7. Conclusioni e possibili sviluppi normativi.

### 1. Introduzione

Il presente contributo intende raccogliere alcune considerazioni su un settore, quello funebre, e su alcune attività, nello specifico quelle che attengono alla gestione del defunto, tanto note quanto poco conosciute. Con questo *incipit* non si vuole certo significare che le attività che concorrono alla gestione dei defunti – e alle quali viene rivolta l'attenzione in queste righe – rappresentino una sorta di novità nella nostra società o del nostro ordinamento. Tuttavia, l'impatto della pandemia sembra aver drammaticamente (ri)acceso i riflettori sulla complessità che le contraddistingue.

L'incedere dell'emergenza sanitaria ha dato prova di come le esequie, che di per sé costituiscono un momento privato di massimo riserbo e di raccoglimento attorno al defunto e ai suoi congiunti, siano in realtà gravate da un coacervo di interessi pubblici, la cui tutela può talora spingersi sino a ostacolare l'organizzazione stessa dei riti funebri. L'impossibilità di riconoscere un dignitoso congedo ai nostri defunti nella fase pandemica più critica ha certamente risvegliato un sentimento collettivo e rimesso al centro dell'opinione pubblica la questione concernente l'adeguatezza dei c.d. servizi funebri nel nostro ordinamento; questione che fluisce direttamente dalla complessità delle attività funerarie e dalla diversa natura degli interessi e dei valori coinvolti. Sul punto, basti pensare ai possibili attriti tra il profilo economico-produttivo e quello socio-giuridico di tali attività.

Si osserva che le pratiche che attengono ai c.d. servizi funebri costituiscono una vera e propria industria, nonché un rilevante settore produttivo

dell'economia nazionale, che movimentata un mercato di beni e servizi dimensionalmente significativo. Secondo i dati più recenti, in Italia sono circa seimila le imprese di onoranze funebri attive<sup>1</sup>, che coinvolgono pressoché venticinquemila lavoratori diretti, ai quali si aggiungono altrettanti lavoratori operanti negli altri comparti del settore funerario, dai fioristi ai produttori di auto funebri, dai cofanisti ai marmisti. Per quanto riguarda il peso economico, si stima che tali attività abbiano un valore complessivo quantificato in circa 1,8 miliardi di euro, che sale a circa 4,5 miliardi se si considerano anche i servizi cimiteriali<sup>2</sup>. Tuttavia, questi dati non raccontano la crisi congiunturale che sta investendo tale settore. Su quest'ultimo pesano il disequilibrio tra la domanda e l'offerta<sup>3</sup> e l'assenza di un quadro norma-

<sup>1</sup> Si fa riferimento, in particolare, allo «Studio di settore WG55U Servizi di pompe funebrie e attività connesse» realizzato dall'Agenzia delle entrate e pubblicato nel Supplemento straordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 301 del 30 dicembre 2014. L'Agenzia, nell'ambito degli studi di settore volti a stimare i ricavi potenziali di determinate categorie di attività professionali, ha condotto un'indagine anche sulle imprese esercitanti attività economica con codice ATECO 2007 «96.03.00 – Servizi di pompe funebrie e attività connesse». Il numero di contribuenti sui quali è stato condotto tale studio è stato pari a 5.964, vale a dire che le imprese registrate con il menzionato codice ATECO erano, al momento della raccolta dei dati (con riferimento al periodo d'imposta 2012), circa 6.000. Se confrontiamo questo numero (circa 6.000 operatori) con i dati più aggiornati (Istituto nazionale di statistica, 2019), che contano circa 182.000 imprese attive nei servizi alla persona – tra le quali rientrano anche le imprese funerarie – ne consegue che in Italia i servizi funebri pesano circa il 3,3% del totale dei servizi alla persona (per operare un confronto, si consultino i dati ISTAT disponibili sul sito dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DICA\_ASIAUEIP#).

<sup>2</sup> I dati provengono da alcune stime realizzate dagli operatori del settore e possono essere consultati ai link in calce. Per quanto concerne la dimensione imprenditoriale, le attività funerarie sono sostanzialmente un affare gestito da imprese micro-piccole, mentre costituiscono una minoranza le società di capitali e le municipalizzate. Anche in virtù di quest'ultimo dato, risulta evidente che i servizi funebri in Italia siano soddisfatti mediante un'erogazione a trazione privata: la domanda viene sostanzialmente coperta da un'offerta di natura privata e il numero di operatori privati ha fatto segnare un'ascesa vertiginosa negli ultimi vent'anni (+111%), grazie alla liberalizzazione del settore [I. Vesentini, *Industria funeraria, business da 1,7 miliardi in crisi (ma la domanda sale)*, in *Il sole 24 ore*, 9 aprile 2018; A. Zinola, *Il business del caro estinto, quanto costa un funerale? E perché aumentano le cremazioni?*, in *Il corriere della sera*, 10 agosto 2019; [www.funerportale.com](http://www.funerportale.com)].

<sup>3</sup> Vale la pena ricordare che il settore funerario è caratterizzato da una domanda anelastica, che dipende esclusivamente dal numero di decessi annui. I paesi che registrano un'elevata aspettativa di vita della popolazione riportano un tasso di decesso annuo sostanzialmente costante: in Italia, tra il 2011 e il 2019 si sono contati circa 620.000 decessi all'anno. A modificare negativamente la tendenza è stato ovviamente l'avvento della pandemia, per cui si è registrato un aumento dei decessi, dai 634.417 del 2019 ai 740.317 del 2020, primo anno di pandemia (ISTAT, *Indicatori demografici anno 2020*, consultabile su [www.istat.it](http://www.istat.it)). Ebbene, il disequilibrio è rappresentato dal fatto che, nonostante la domanda sia rimasta la stessa negli

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

tivo omogeneo, o, meglio, la penuria di regole generali di funzionamento del mercato. Conseguentemente, il mercato si rivela sovente sguarnito di un'offerta adeguata al rispetto delle volontà del defunto e dei suoi cari relativamente alle proprie esequie. A titolo esemplificativo, si pensi al diritto del singolo di disporre la cremazione delle proprie spoglie, la cui effettività dipende sostanzialmente dai diversi regimi normativi regionali e dal numero impianti presenti sul territorio. Inoltre, la mancanza di un assetto giuridico chiaro e consolidato favorisce la proliferazione di comportamenti distorsivi della libera concorrenza, spesso sfocianti in taluni illeciti<sup>4</sup>.

Proprio con riferimento alla mancanza di un apparato normativo omogeneo, si tenga presente che di per sé le attività e i servizi che attengono alla gestione dei defunti nel nostro ordinamento – e che concorrono a formare una vera e propria amministrazione dei defunti<sup>5</sup> – sono foriere di un intreccio di questioni giuridiche di primaria rilevanza, che coinvolgono tanto l'imprescindibile esercizio di pubblici poteri in favore della collettività quanto la necessaria garanzia di diritti e libertà di cittadini e imprese.

In questo contesto, caratterizzato quindi da un panorama lacunoso e confusionario di norme, funzioni e servizi, compete alla scienza giuridica<sup>6</sup> quantomeno un'operazione di riordino. A tal fine, si proverà a far emergere alcune delle questioni poc'anzi citate nel tentativo di razionalizzarle all'interno di una cornice sistematica; l'attenzione sarà posta in particolare su quel fascio di attività e servizi, talvolta definiti "servizi funebri", che concernono la gestione del defunto immediatamente dopo l'evento morte e che si aggranciano al successivo momento del trasporto.

anni, al netto degli effetti pandemici, l'offerta è aumentata in modo esponenziale. Ne consegue che il mercato, fatto perlopiù di micro-piccole imprese, risulta di fatto spartito tra quei pochi operatori che riescono a offrire più servizi, o in forma individuale o in forma associata con altre imprese.

<sup>4</sup> Si fa riferimento, per esempio, al fenomeno del c.d. racket del caro estinto, che concentra tutta quella serie di comportamenti illeciti che, approfittando della delicatezza di tali eventi luttuosi, danneggiano tanto gli altri operatori che operano nel settore funerario quanto coloro che vi si rivolgono per soddisfare una domanda di servizi.

<sup>5</sup> In quanto vincolata dalla legge sia nel risultato finale che nelle attività a esso preordinate.

<sup>6</sup> Allo stato, il contributo della scienza giuridica è insufficiente. Non si trovano lavori monografici sul tema e anche i contributi nelle riviste scientifiche sono assai limitati. Mancano, perfino, specifiche voci nelle diverse enciclopedie di diritto. Si riscontra esclusivamente la presenza di un unico lavoro, che affronta il tema in modo integrato e innovativo (B. Neri, *I servizi funebri e cimiteriali: natura giuridica e forme di gestione*, in questa *Rivista*, 2012, n. 3, 601 ss.). Una discreta produzione scientifica riguarda invece taluni aspetti tecnici della materia, in particolare sulla gestione del demanio cimiteriale e delle concessioni.

La riflessione prenderà le mosse da un necessario inquadramento normativo delle attività funebri e dei servizi funebri in cui esse trovano sostanzialmente dimora. Oggetto di approfondimento sarà anche il *corpus* normativo regionale, in quanto le regioni hanno mostrato un certo attivismo in materia, nel tentativo di sopperire alle inadeguatezze di quello, non senza ingenerare ulteriori criticità applicative. Tratteggiato il panorama legislativo e di competenze, si cercherà di mettere a fuoco le attività svolte dalle imprese di onoranze funebri, partendo dalla loro impervia qualificazione. Difatti, le prestazioni offerte da queste ultime presentano un'insopprimibile duplice dimensione: privata, che si tramuta nella cura di un commiato dignitoso del defunto, ma anche pubblica, in quanto interseca esigenze di interesse generale connesse specialmente con la tutela dell'igiene e della sicurezza sanitaria. Inoltre, in una prospettiva *de iure condendo*, si discorrerà della possibile configurabilità delle stesse come prestazioni di servizio pubblico e verrà data contezza dello stato del processo di riforma del settore che è stato avviato nelle ultime legislature ma che non ha ancora visto l'approvazione definitiva di una legge quadro nazionale.

## **2. Attività e servizi funebri: un preliminare inquadramento normativo**

Prima di analizzare nel dettaglio le attività funebri, capirne la struttura ed eventualmente porle in relazione con i servizi funebri e con l'istituto generale del servizio pubblico, è necessario fare i conti con una evidente criticità con cui l'interprete è tenuto inevitabilmente a interfacciarsi approcciando al tema trattato. Essa è rappresentata dalla presenza di un quadro normativo lacunoso, confusionario e sostanzialmente non più adeguato a disciplinare la realtà in essere. Ciò risulterà evidente sia sul piano definitorio, in ossequio alle attività funebri, che su quello sostanziale, concernente la disciplina dei cosiddetti servizi funebri.

Innanzitutto, il diritto positivo non offre né una definizione di attività funebre né di impresa funebre. Solitamente, le attività funerarie vengono genericamente tipizzate quali il complesso di servizi e prestazioni aventi a oggetto l'espletamento degli oneri amministrativi susseguenti il decesso di una persona e la gestione del commiato del defunto, nel rispetto di quanto previsto dalla legge<sup>7</sup>. In sostanza, esse finiscono per essere disciolte all'inter-

<sup>7</sup> Non esiste una definizione normativa a livello nazionale, essa si ricava dagli ordinamenti regionali, che fanno riferimento alle pratiche amministrative relative al decesso e



## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

no di un servizio più ampio, il cosiddetto servizio funebre. Tuttavia, quest'ultimo è intrinsecamente complesso e articolato in un numero ben più ampio di attività, diverse tanto nell'oggetto quanto negli attori coinvolti. Non a caso, si è solito parlare di servizi funebri al plurale, proprio al fine di tenere unite, ma distinte, le molteplici prestazioni che, se considerate singolarmente, presentano tra loro tratti differenti. Di tale avviso è la stessa giurisprudenza europea, che in punto di diritto ha provato a distinguere, tra tutte queste prestazioni, i servizi mortuari, con valenza essenzialmente pubblicistica, e le pompe funebri, con valenza prevalentemente imprenditoriale<sup>8</sup>.

Nondimeno, va rilevato che il legislatore non definisce neppure i servizi funebri. Dalla lettera della norma possiamo semplicemente ricavare che essi sono composti da attività eterogenee e complesse. Difatti, il piano normativo cui è sottoposto l'intero settore funebre potrebbe essere descritto come misto o differenziato, perché di ciascuna attività che popola il servizio funebre – sia consentito in questa sede l'utilizzo della sua declinazione singolare – il diritto positivo restituisce un regime giuridico diverso. Con ciò si vuole intendere che il servizio funebre è normativamente sezionato in diversi ambiti operativi o “servizi” in senso lato: necroscopico, funerario, di trasporto e cimiteriale<sup>9</sup>. Tralasciando quest'ultimo, che attiene a una fase successiva a quella di gestione vera e propria del defunto e del feretro, gli altri, pur intervenendo immediatamente dopo il decesso dell'individuo, presentano caratteristiche e finalità diverse. Il servizio necroscopico concerne tradizionalmente tutte le attività che attengono all'accertamento della morte, affidate dalla legge a soggetti qualificati, mentre il servizio di trasporto, sul quale si ritornerà più diffusamente<sup>10</sup>, è sempre stato considerato un servizio pubblico e, più precisamente, un servizio pubblico locale. A ciò si aggiungano le attività oggetto della presente riflessione, che di tutte le “sezioni” del servizio funebre rappresentano quella più prospiciente al soddisfacimento di istanze soggettive, sia con riguardo al rispetto delle volontà del defunto e dei suoi cari che alla salvaguardia del libero esercizio dell'iniziativa economica privata. Questa multidimensionalità non è di per sé problematica

alla successiva organizzazione del rito funebre (ivi inclusa l'autorizzazione al trasporto del feretro), la vendita di articoli funerari, la fornitura di servizi connessi al rito funebre prescelto, la preparazione del feretro, i trattamenti del defunto e il trasporto funebre.

<sup>8</sup> La Corte di Giustizia (sent. 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Be-stattung Wien GmbH*) qualifica i servizi mortuari come i servizi obbligatori di cui deve farsi carico l'amministrazione, mentre le pompe funebri sono i servizi la cui offerta viene sostanzialmente da operatori privati che concorrono nel mercato.

<sup>9</sup> B. Neri, *I servizi funebri*, cit., 604.

<sup>10</sup> Cf. § 5.

né inusuale, lo è invece la circostanza che essa non è accompagnata da un impianto normativo sufficientemente esplicativo e in grado di fornire una disciplina giuridica dettagliata delle diverse “sezioni” tenendo conto delle loro peculiarità. *Ad abundantiam*, la cornice prescrittiva non è in grado neanche di chiarire se per attività funebri debbano effettivamente intendersi le prestazioni professionali svolte dalle imprese del settore, quale sia il loro regime giuridico, nonché la loro precipua collocazione rispetto ai più noti e richiamati “servizi funebri”.

Per quanto riguarda la sua struttura, almeno fino alla riforma costituzionale del 2001 il *corpus* normativo inerente alla disciplina dei servizi funebri ha trovato una collocazione abbastanza stabile all’interno del testo unico delle leggi sanitarie e del regolamento statale di polizia mortuaria, a sua volta attuato dai regolamenti comunali di polizia mortuaria<sup>11</sup>. All’interno di questo rapporto trilaterale, il modello architettato dal legislatore poggia sostanzialmente su un aggregato di norme con un obiettivo tanto chiaro quanto preponderante, quello della tutela della salute pubblica, e su una vera e propria amministrazione dei defunti, la c.d. polizia mortuaria, che, in vista dell’obiettivo citato, attribuisce alle autorità sanitarie i poteri di autorizzazione e controllo rispetto alle attività che compongono i servizi funebri.

Da questo sommario *excursus* l’unico elemento certo che vi fuoriesce è quello dell’assenza di prospettive esegetiche univoche e razionali. Difatti, le questioni appena prospettate producono una serie di criticità innanzitutto sul piano interpretativo, rispetto alle quali si proveranno a fornire degli elementi di riflessione certamente non esaustivi, in quanto solo l’attività parlamentare potrà efficacemente razionalizzare il settore adeguandolo alla realtà attuale. Tuttavia, prima di procedere in questa direzione, è opportuno completare l’inquadramento con una *summa* della produzione normativa delle regioni, che è legata a doppio filo ai problemi già evidenziati in sede nazionale. Invero, il settore funebre è interessato da un intreccio di potestà e di competenze che coinvolgono anche le regioni e le amministrazioni territoriali, su cui sostanzialmente grava la responsabilità maggiore per l’attuazione effettiva della norma. Va da sé, dunque, che le carenze appena prospettate

<sup>11</sup> Il Testo Unico delle Leggi Sanitarie (T.U.L.S.) è stato introdotto nell’ordinamento con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, ed è tuttora in vigore. Ai sensi dell’art. 358 T.U.L.S., spetta a un regolamento nazionale di polizia mortuaria, il cui testo in vigore oggi è collocato all’interno del d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, dettare norme di applicazione generale del T.U.L.S. Infine, i comuni si dotano dei propri regolamenti di polizia mortuaria e cimiteriale che regolamentano l’esecuzione delle attività sul proprio territorio. Anche se, data la frammentarietà della materia, è possibile ricavare ulteriori disposizioni anche all’interno di ulteriori fonti primarie e secondarie.

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

si riverberano *in primis* sulle realtà territoriali, provocando una certa disomogeneità e confusione nell'erogazione delle prestazioni e nel riconoscimento dei diritti dei singoli.

### 3. La produzione normativa regionale

Il legislatore regionale ha sempre mostrato un certo attivismo nella produzione normativa in materia di gestione dei defunti e di servizi funebri, cagionata in misura principale dall'inefficienza del livello nazionale. In particolare, pur essendo diversi gli interventi registrati, l'intento delle assemblee regionali sembrerebbe potersi leggere come il tentativo di far emergere una serie di profili, concernenti le attività funebri, che la legge e i regolamenti nazionali non valorizzano. Se infatti è vero, come evidenziato nel precedente paragrafo, che la gestione dei defunti si è sostanzialmente esaurita nel secolo scorso nell'emanazione di un regime giuridico e di provvedimenti preordinati alla tutela dell'interesse pubblico sanitario, è altrettanto pacifico che le attività funebri attengono anche a ulteriori profili, quali l'erogazione di prestazioni di pubblico servizio, la regolazione delle attività commerciali e la tutela della libera concorrenza. Ne deriva che l'amministrazione dei defunti, anche se non assurge a vera e propria "materia" costituzionalmente individuata, racchiude in sé i tratti tipici della trasversalità. Alla luce di ciò, le regioni hanno cercato di giustificare i propri interventi normativi su tali attività agganciandosi alla materia costituzionale «tutela della salute», che per l'appunto rappresenta la prima funzione, almeno storicamente, in rapporto alla quale si è sentita l'esigenza di legiferare. Pur sfruttando la "sponda" offerta dalla concorrente potestà legislativa Stato-regioni, le norme regionali che hanno dettato prescrizioni sulle attività funerarie hanno spesso travalicato le stesse attribuzioni costituzionali. Così, il legislatore regionale, spinto dalla necessità di innovare e di far fronte alle esigenze del territorio, ha affrontato sul piano legislativo ulteriori questioni concernenti anche l'ordinamento civile e l'ordine pubblico, la tutela della concorrenza e del commercio e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni aventi a oggetto i diritti civili e sociali. Conseguentemente, si è intensificato il contenzioso dinanzi alla Corte costituzionale, chiamata a dirimere i casi di conflitto di attribuzione delle competenze tra lo Stato e le regioni<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> S. Scolaro, *Legislazione regionale: quali ambiti di competenze?* in *I servizi funerari*, 2007, n. 2, 10-13. Sul punto, si ricordano anche le vicende concernenti l'approvazione delle leggi in materia della regione Veneto (nota n. 49) e della regione Calabria. In quest'ultimo caso,

Al di là delle più o meno apparenti incursioni operate nel campo di competenza statale, tutte le regioni si sono di fatto dotate di una disciplina concernente l'organizzazione e la regolamentazione delle attività di gestione dei defunti. Volendo schematizzare i modelli normativi adottati, possiamo evidenziare che un primo gruppo di regioni si è concentrato, da un lato, sull'approvazione di una legge regionale in materia funeraria – che condensa in una sorta di testo unico la disciplina dell'esercizio delle attività funerarie entro i confini regionali – e, dall'altro lato, sull'adozione di un regolamento attuativo di polizia mortuaria, necessario a coordinare il d.P.R. n. 285/1990 con le esigenze locali e con i regolamenti comunali. Questa soluzione, che non si discosta sostanzialmente dal solco tracciato dal legislatore, anzi lo replica su scala regionale, è stata perseguita dalle Province Autonome di Trento e Bolzano nonché dalle regioni Emilia-Romagna, Friuli Venezia-Giulia, Lombardia, Marche, Piemonte e Puglia<sup>13</sup>. Viceversa, un secondo gruppo di regioni ha preferito dotarsi di una legge volta a fissare i principi da rispettare nell'esecuzione delle attività funebri sul territorio, e rinviando direttamente ai comuni per l'adozione dei necessari regolamenti attuativi, con ciò salvaguardando le storiche attribuzioni municipali. Si sono avvalse di questa impostazione le regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Liguria, Sardegna, Sicilia, Umbria, Valle d'Aosta e Veneto<sup>14</sup>. Infine, in alcune

a venire in rilievo non è l'invasione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, bensì la competenza statale in materia di ordinamento civile e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, dal momento che il legislatore regionale ha disciplinato la custodia e l'affidamento delle ceneri (art. 16, l. rg. 29 novembre 2019, n. 48). Si osserva che, al netto della successiva abrogazione dell'articolo, la regione Calabria è rimasta priva di una propria disciplina, se non organica, quantomeno attuativa della l. n. 130/2001 sulla cremazione dei defunti e sulla dispersione delle ceneri. Parimenti, si osservi che lo stesso legislatore nazionale non ha ancora provveduto ad emanare il regolamento di cui all'art. 3, c. 1, l. n. 130/2001 che avrebbe dovuto dare attuazione ai principi della legge nazionale, compresa la determinazione del quadro autorizzatorio comunale sulla cremazione dei defunti. Se a tutto ciò aggiungiamo che nell'esempio citato la regione dispone di un solo impianto autorizzato nel 2016, si può affermare che il diritto di cittadinanza del defunto a vedere rispettate le proprie volontà non venga tutelato in modo effettivo sia per la mancanza di disposizioni certe che per la mancanza di una programmazione regionale adeguata (obbligatoria ai sensi dell'art. 6, l. n. 130/2001).

<sup>13</sup> Per un'analisi delle normative, si faccia riferimento a: d.p. prov. T. 12 febbraio 2008, n. 5; l. prov. B. 19 gennaio 2012, n. 1; l. rg. Emilia-Romagna 29 luglio 2004, n. 19; l. rg. Friuli-Venezia Giulia 21 ottobre 2011, n. 12; reg. rg. Lombardia 9 novembre 2004, n. 6; l. rg. Marche 1° febbraio 2005, n. 3; l. rg. Piemonte 3 agosto 2011, n. 15; l. rg. Puglia 15 dicembre 2008, n. 34.

<sup>14</sup> Per un'analisi delle normative, si faccia riferimento a: l. rg. Abruzzo 10 agosto 2012, n. 41, l. rg. Basilicata 31 maggio 2016, n. 11, l. rg. Calabria 29 novembre 2019, n. 48, l. rg. Campania 24 novembre 2001, n. 12, l. rg. Liguria 10 luglio 2020, n. 15, l. rg. Sardegna 2 agosto

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

regioni, all'intervento normativo organico è stata preferita una normazione su aspetti specifici del settore funerario: nel Lazio sono state approvate solo disposizioni in materia di dispersione ed affidamento delle ceneri, in Molise sul trasporto delle salme, sulle case funerarie e sulle sale di commiato, in Toscana sul trasporto, sulla cremazione e sulla dispersione delle ceneri<sup>15</sup>.

A ben vedere, il quadro è ben più disomogeneo di quello schematizzato perché, al di là delle differenze in termini di diritto positivo, esistono delle diversità ben più marcate con riferimento alle dotazioni impiantistiche, agli operatori disponibili e alle esigenze della comunità locale. Pertanto, per poter mantenere una visione unitaria della legislazione regionale, viene data contezza di due direttrici comuni che hanno di fatto ispirato la totalità degli interventi.

La prima è data dalla razionalizzazione classificatoria delle attività che costituiscono il campo di applicazione degli interventi normativi, resa necessaria anche al fine di consentire ai comuni di dettagliare le disposizioni regolamentari in merito. Ebbene, il concetto di attività funebre viene tendenzialmente a coincidere con quello di servizio funebre, da intendersi quale servizio che ricomprende una pluralità di prestazioni necessarie alla gestione del defunto, sia sotto un profilo igienico-sanitario che di rispetto del decoro e della dignità delle scelte del soggetto deceduto e dei suoi congiunti. Se questo è il filo rosso, l'impresa funebre viene allora a identificarsi chiaramente come il soggetto che è in grado di offrire, con organizzazione imprenditoriale, tutte le prestazioni inerenti alla fase del *post mortem*: disbrigo delle pratiche amministrative, fornitura del feretro e degli articoli funerari, trattamento del defunto e trasporto<sup>16</sup>. L'elenco appena stilato è in realtà frutto di una visione tradizionale del servizio funebre e non è impermeabile alle evoluzioni di carattere culturale e sociale; le normative regionali si sono infatti già adoperate inserendovi anche le pratiche funzionali per la cremazione nonché le attività di gestione delle c.d. case funerarie. Invero, la cremazione incide ormai per un terzo rispetto alle sepolture totali, anche se il numero delle cremazioni non è equamente distribuito su tutto il territorio nazionale a causa della mancanza degli impianti autorizzati, oltre che della

2018, n. 32, l. rg. 3 marzo 2020, n. 4, l. rg. Umbria 9 aprile 2015, n. 11, l. rg. Valle d'Aosta 23 dicembre 2004, n. 37 e l. rg. Veneto 4 marzo 2010, n. 18.

<sup>15</sup> L. rg. Lazio 28 aprile 2006, n. 4, l. rg. 12 novembre 2013, n. 19, l. rg. Toscana 4 aprile 2007, n. 18 e 31 maggio 2004, n. 29.

<sup>16</sup> La regione Emilia-Romagna non opta per una classificazione definitiva delle attività funebri, ma distinzione per ambiti: in quello necroscopico ricomprende anche il trasporto funebre agli indigenti, in quello funebre tutte le attività non obbligatorie del comune, ivi ricompreso il trasporto diverso da quello assicurato ai meno abbienti.

disciplina di dettaglio regionale<sup>17</sup>. Inoltre, è in crescita anche il numero delle c.d. case funerarie o sale del commiato – strutture appositamente individuate per ospitare le esequie – per le quali si sconta, anche in questo caso, una diffusione a macchia di leopardo su base regionale.

La seconda direttrice concerne il tema più complesso di come tutelare la concorrenza all'interno del settore funebre. La questione si avverte come urgente sin dalla liberalizzazione delle attività commerciali del 1998<sup>18</sup>, che ha riguardato anche le imprese funebri, ed è acuita dalla trasversalità insita nel settore, che dovrebbe indurre il decisore pubblico a intervenire. Il legislatore invece non ha mai previsto correttivi al mercato in cui esse si inseriscono, che è caratterizzato da una concorrenza imperfetta<sup>19</sup>. In sostanza, la liberalizzazione ha consentito un raddoppio del numero delle imprese operanti su scala nazionale, molte delle quali però non garantiscono l'adeguatezza e la continuità del servizio oppure subiscono comportamenti distortivi della concorrenza – se non veri e propri illeciti anticoncorrenziali – che compromettono di fatto il buon funzionamento dell'intero comparto<sup>20</sup>. Di fronte a questa situazione e alla richiesta di un servizio adeguato proveniente dal territorio, le regioni hanno di fatto forzato il rapporto di competenze Stato-regioni e hanno provato a inserire esse stesse dei principi proto-concorrenziali all'interno dei propri ordinamenti.

Ebbene, due sono gli esiti più evidenti che si rinvengono nei testi normativi regionali. In primo luogo, vengono dettati dei requisiti tecnico-professionali necessari affinché un'impresa possa operare all'interno del settore funebre entro i confini regionali; trattasi perlopiù di titoli concernenti l'aspetto organizzativo, strumentale e dimensionale dell'impresa, che sostanzialmente deve dare garanzie in merito alla propria capacità di assumersi l'onere delle prestazioni<sup>21</sup>. In secondo luogo, viene sancito il divieto per le imprese funebri che operano sul territorio di gestire anche i servizi obitoria-

<sup>17</sup> Per un quadro statistico completo sulle cremazioni effettuate in Italia, si consulti la circolare n. 1914 del 30 agosto 2021 predisposta da Sefit-Utilitalia, nonché il seguente sito: [www.funerali.org](http://www.funerali.org).

<sup>18</sup> La liberalizzazione delle attività commerciali è stata avviata con il c.d. decreto Bersani, vale a dire il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114.

<sup>19</sup> M. Cavallotti, *Il mercato funerario: aspetti economici*, in *I servizi funerari*, 2002, n. 2, 28.

<sup>20</sup> Evidenziate peraltro dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con la segnalazione AS392 del 23 maggio 2007, che fa riferimento anche a diverse vicende locali che hanno dato luogo a pronunce giurisprudenziali.

<sup>21</sup> Valga l'esempio del regolamento lombardo, che richiede che l'impresa funebre abbia una sede commerciale idonea dedicata, almeno un'auto funebre, un'adeguata autorimessa, un direttore tecnico e la dichiarazione del richiedente della disponibilità di operatori qualificati (art. 32, c. 2, reg. rg. n. 6/2004)

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

li e cimiteriali comunali; la *ratio* è quella di evitare che l'impresa possa trarre un indebito vantaggio dalla posizione occupata nel settore e possa quindi garantirsi un bacino di clienti estromettendo le altre imprese concorrenti<sup>22</sup>.

Le misure citate cercano quindi di regolare il mercato con l'obiettivo di tutelare l'interesse generale, rappresentato sempre dalla fruizione del servizio da parte dell'utente e dalla tutela dell'igiene e della salute pubblica. Al contempo, esse si propongono anche di sorreggere i principi concorrenziali che dovrebbero fungere da contesto imprenditoriale; non stupisce quindi che i due correttivi siano in linea con quanto segnalato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), proprio con riferimento alle attività funerarie. L'operato dell'AGCM richiama un altro elemento di complessità che segna il settore e, quindi, anche la legislazione regionale in esame, vale a dire il recepimento del diritto europeo in materia di servizi e di tutela della concorrenza. La nota direttiva *Bolkestein*<sup>23</sup> non sembra ricomprendere nel proprio campo di applicazione anche i servizi funebri. Da una parte, l'art. 2 esclude tanto i servizi «sanitari» quanto quelli «sociali», dall'altra parte viene consentita l'imposizione di restrizioni nei confronti delle prestazioni che si riferiscono a dei servizi giudicati dagli stati membri come di interesse generale<sup>24</sup>. Ne deriva che è potenzialmente conforme al diritto europeo una disciplina dei servizi che preveda anche dei limiti alla loro liberalizzazione, purché tali limiti siano giustificati da ragioni di interesse generale e non siano quindi lesivi né dei diritti fondamentali in tema di libero stabilimento e libera prestazione dei servizi né dei principi di proporzionalità e non discriminazione<sup>25</sup>. Orbene, tale interpretazione assiologica nel nostro ordinamento è espressamente appannaggio del legislatore nazionale, mentre alle regioni

<sup>22</sup> A titolo esemplificativo, si veda l'art. 5, c. 4, l. rg. Veneto n. 18/2010.

<sup>23</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 27 dicembre 2006.

<sup>24</sup> Art. 2, par. 2, lett. f) e j).

<sup>25</sup> Ad affermare tale principio è la stessa Corte costituzionale (v. sentt. n. 98/2013, n. 245/2013, n. 40/2017, n. 269/2017 e n. 49/2014). Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia, essa afferma che «i provvedimenti nazionali in grado di ostacolare o rendere meno attraente l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato FUE possono nondimeno essere ammessi quando sono giustificati da ragioni imperative di interesse pubblico, soano idonei a garantire la realizzazione dello scopo perseguito e non vanno oltre quanto è necessario per il raggiungimento di questo (v., in tal senso, sentenze del 5 dicembre 2006, Cipolla e a., C-94/04 e C-202/04, EU:C:2006:758, punto 61, nonché dell'11 dicembre 2014, Commissione/Spagna, C-678/11, EU:C:2014:2434, punto 42), fermo restando che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito solo se risponde realmente all'intento di raggiungere il medesimo in modo coerente e siste-

non è riservata neppure la semplice riproduzione delle medesime norme. Tale competenza non è però mai stata esercitata dallo Stato con riferimento al settore funerario, come ha più volte segnalato l'AGCM, esortando il legislatore nazionale a provvedere in tal senso<sup>26</sup>. Ne deriva che le regioni risultano essere schiacciate tra l'impellenza di assicurare un equilibrio tra concorrenza e qualità delle prestazioni e l'incompetenza a provvedere in tal senso.

### 3. Attività e servizi funebri: aspetti definitivi

Ricollegandosi alle osservazioni svolte all'interno della cornice nazionale, il compito più arduo che attende l'interprete, a giudizio di chi scrive, è legato alla qualificazione giuridica delle attività funebri e al loro rapporto con i servizi funebri. Posto che la base di partenza è scarna e che tendenzialmente le attività funebri vengono astrattamente ricomprese nell'alveo dei servizi funebri, in questa sede si intende innanzitutto dare conto dei principali orientamenti che la dottrina ha provato a costruire per dare una chiave di lettura il più possibile fedele al dato normativo esistente, ma al contempo attuale.

Secondo una prima interpretazione, che potremmo definire unitaria, le attività funerarie non sarebbero altro che una delle forme di estrinsecazione dei servizi funebri. Alla pari di tutte le altre che compongono i servizi funebri, esse sarebbero preordinate a garantire la protezione della salute pubblica. Inoltre, adottando una prospettiva più ampia, queste attività condividerebbero con le altre "sezioni" del servizio funebre la medesima origine – il decesso dell'individuo – e troverebbero attuazione all'interno di una programmazione temporale unica, che il legislatore ha scandito alla stregua di un procedimento amministrativo, dall'accertamento del decesso fino alla sepoltura del defunto, passando per l'organizzazione delle esequie. Il punto di forza di questa visione sembrerebbe risiedere nell'intenzione di recuperare l'*intentio legislatoris* che permea le fonti di riferimento della materia che qui ci occupa. Come si è avuto modo di precisare, infatti, l'apparente complessità che i servizi funebri recano con sé viene risolta collocando tutte le attività rilevanti sotto il tetto comune della finalità pubblicistica perseguita<sup>27</sup>. Tuttavia, questa

matico (v. sentenza del 13 febbraio 2014, *Sokoll-Seebacher*, C-367/12, EU:C:2014:68, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)» (C. giust., 18 maggio 2017, C-99/16, *Lahorgue*).

<sup>26</sup> Si vedano le segnalazioni dell'Autorità AS1153 del 6 novembre 2014, AS1055 del 14 giugno 2013 e AS1578 del 23 aprile 2019.

<sup>27</sup> Cfr. § 2.



## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

“storicità” interpretativa costituisce allo stesso tempo anche il punto di debolezza della ricostruzione: la ricomposizione unitaria dei servizi funebri rischia di ridefinire o di snaturare talune attività privandole di determinati tratti identitari, quale l’imprenditorialità.

Secondo una diversa interpretazione, che potremmo invece definire differenziata, le attività funerarie godrebbero di autonoma rilevanza e si distinguerebbero dalle restanti “sezioni” del servizio funebre. Tali prestazioni verrebbero a identificarsi, oltre che con il disbrigo delle pratiche amministrative successive al decesso, con la fornitura di beni e servizi concernenti la celebrazione del rito funebre e il trasporto del feretro, per l’esecuzione delle quali l’interessato incarica un soggetto diverso da quello pubblico. Questa concezione delle attività funerarie ribalta la prospettiva precedentemente proposta e la costruisce dal basso, concentrandosi su ciò che contraddistingue il *core business* delle imprese funerarie. L’effetto di questa decodificazione è quello di riportare al centro del dibattito sui servizi funebri il tema dell’imprenditorialità, integrando così l’affermazione secondo la quale la disciplina dei servizi funebri persegue unicamente la funzione di tutela della salute pubblica<sup>28</sup>. In verità, anche questa ricostruzione cela un rischio, rappresentato dal possibile sottodimensionamento della rilevanza pubblicistica che connota i servizi funebri. Esemplicando, l’autonoma rilevanza delle attività funebri in quanto attività puramente commerciali presta il fianco a una considerazione marginale dell’interesse collettivo di cui all’art. 32, c. 2, Cost., nonché della centralità costituzionale dell’individuo e della sua personalità, che si ricava dall’art. 2 Cost. A tal proposito, se è indubbia la funzione e la rilevanza economica delle imprese che operano in questo settore, non sembra peregrino ritenere che, per poter operare, tali attività devono in ogni caso conformarsi ai vincoli imposti dal legislatore in ossequio all’art. 41, c. 2, Cost., con particolare attenzione al rispetto della sicurezza (anche sanitaria) e della dignità umana.

Orbene, per tentare una sintesi tra le chiavi di lettura proposte e per offrire taluni spunti di riflessione, sembra doveroso domandarsi se, alla luce dell’esperienza regionale e delle sopravvenute esigenze provenienti dalla società e dal mercato, l’interpretazione unitaria sia ancora attuale e soddisfacente. Invero, le attività funebri, sia pure manifestandosi sotto diverse vesti giuridiche, avrebbero sostanzialmente una natura tecnico-amministrativa, il cui monitoraggio, se non anche la gestione, residuerebbe in capo ad autorità pubbliche a seguito del decesso di un individuo<sup>29</sup>. Si tratterebbe quindi di

<sup>28</sup> B. Neri, *cit.*, 627.

<sup>29</sup> F. Gagliani Caputo, *Funebri (servizi)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990, 237-238.

un fascio di attività che condividono un medesimo scopo, che il legislatore ha individuato nella tutela della salute pubblica. Ne conseguirebbe dunque un'accezione strumentale di tutte le attività poste in essere dopo il decesso: la gestione del defunto, dall'accertamento della morte dell'individuo fino alla sua sepoltura, va letta unitariamente in vista della funzione di salvaguardia dell'igiene e della salute collettiva.

Così, di nessun pregio sarebbe il rilievo che le attività funerarie costituiscono *in primis* l'oggetto sociale dell'impresa funebre, ovvero sia del soggetto giuridico professionalmente deputato allo svolgimento in forma congiunta o disgiunta delle stesse, a prescindere dalle diverse circostanze entro le quali può manifestarsi l'evento morte e dei rispettivi obblighi cui la legge sottopone tali attività<sup>30</sup>. La questione non è di poco conto: su questi presupposti, i servizi funebri rileverebbero solo in quanto connotati da una forte dimensione pubblicistica, ma sarebbe del tutto assente l'elemento imprenditoriale dell'attività svolta, che invece è quello che caratterizza attualmente tali attività. Invero, le imprese di onoranze funebri offrono prestazioni di servizio che sono al contempo generali, si pensi al disbrigo delle pratiche amministrative, ma anche professionali, si pensi ai trattamenti di conservazione del defunto o alla fornitura del feretro.

È opinione di chi scrive, dunque, che le attività funebri o funerarie<sup>31</sup> non possano più essere scvre di una connotazione professionale che riposi sulle prestazioni effettivamente svolte, molte delle quali "accessorie"<sup>32</sup>, vale a dire erogate oltre il perimetro delineato dall'interpretazione qui contestata. Questo nugolo di attività deve quindi emergere giuridicamente per differenza all'interno del novero dei servizi funebri; ne deriva che le attività funebri devono essere qualificate anche e soprattutto in funzione del proprio *core business*, che coincide evidentemente con l'organizzazione del rito funebre di commiato, il momento più solenne in termini affettivi, sociali e religiosi.

Eppure, con questa obiezione non si vuole palesare una mera preferenza per una ricostruzione giuridica anziché un'altra. Difatti, a fronte

<sup>30</sup> Il decesso può avvenire sia per cause naturali e in una diversità di luoghi (casa, ospedale, istituti di cura...) che per cause violente o sconosciute (omicidio, suicidio, decesso in luoghi pubblici): a seconda di modalità e luoghi, l'ordinamento dà prescrizioni diverse da rispettare nell'interesse pubblico generale.

<sup>31</sup> Per semplicità descrittiva, saranno così appellate le attività oggetto che costituiscono l'oggetto di indagine del presente contributo.

<sup>32</sup> Le imprese funebri offrono molti servizi "accessori", soprattutto nella fornitura di articoli funerari, al precipuo scopo di intercettare e soddisfare le volontà e le esigenze dei dolenti, esattamente come una qualsiasi attività commerciale.

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

della lacunosità e della rigidità del dato normativo, operare una scelta di campo netta, a maggior ragione se basata su due interpretazioni esegetiche che provano proprio a integrare il dato normativo, si ritiene non solo impensabile, ma soprattutto inutile. Viceversa, si intende portare all'attenzione dell'interprete l'evidenza che, per quanto attività caratterizzate ormai da un alto tasso di imprenditorialità, visto il coacervo di interessi che vanno a tangere, la loro prospettiva pubblicistica dovrà sempre essere valorizzata. Invero, si opina che nulla osta a che queste siano effettivamente parte del complesso e articolato servizio funebre, purché esso sia costruito come tale e, a prescindere da ciò, purché ricevano una disciplina giuridica *ad hoc* che restituisca certezza agli operatori economici e garanzia ai fruitori delle prestazioni.

Ricapitolando, dal lacunoso e malfermo apparato normativo tende a emergere una definizione di attività funebre che è sostanzialmente schiacciata su una concezione quasi autopoietica del servizio funebre, che non tiene conto né della configurazione attuale del settore funerario né delle prestazioni offerte dalle imprese sul mercato. Ne consegue che l'intervento del legislatore è richiesto per poter assegnare a tali attività un quadro normativo e regolatorio nuovo, che possa essere orientato tanto alla tutela della libertà privata d'iniziativa economica quanto alle esigenze pubbliche di igiene e sicurezza sanitaria. Ma l'intervento normativo è tanto più necessario per consentire al servizio funebre di ristrutturarsi quale servizio unitario ma complesso. Nella configurazione attuale, infatti, l'attività funeraria fa parte dei servizi funebri ma non ha alcuna rilevanza propria, essendo disciolta in questa sommatoria di attività inquadrata tutte in funzione di un'unica esigenza pubblicistica. Viceversa, l'azione riformatrice del Parlamento potrebbe meglio salvaguardare le esigenze della collettività delineando un servizio multifasico con precipue garanzie a carico delle attività funebri svolte da operatori qualificati.

Ebbene, sempre in una dimensione *de iure condendo*, dinanzi all'interprete si delinea una potenziale nuova linea di indagine. Essa prescinde dal rapporto tra attività e servizio funebre, che abbiamo visto poter essere comunque complementari, attiene piuttosto alla possibile configurazione della stessa come servizio pubblico o del servizio funebre come servizio pubblico a intensità variabile. Esplicitando, tenuto conto delle caratteristiche assunte dall'attività funebre nell'ordinamento e nelle more di un intervento normativo risolutivo, sarebbe interessante ragionare sulla possibile complementarietà delle attività qui in esame rispetto all'istituto del servizio pubblico.

#### 4. Il servizio pubblico quale valutazione di doverosità

In un contesto così magmatico e confusionario, accostare le attività funebri al servizio pubblico potrebbe rivelarsi un esperimento peregrino e, forse, un poco azzardato. Tuttavia, come si è anticipato, il parallelo potrebbe dare adito ad alcune valutazioni di merito interessanti, se si considera che alcune “sezioni” dei servizi funebri, costituiscono a tutti gli effetti un servizio pubblico. Inoltre, la natura del servizio pubblico potrebbe in qualche modo fornire delle chiavi di lettura utili a spiegare perché sinora il legislatore non abbia mai regolato il settore funerario, magari ritenendolo già opportunamente disciplinato e inquadrato giuridicamente. Per fare questo, dunque, si richiamano sommariamente i principali risultati interpretativi della teoria del servizio pubblico, che potrebbero trovare pregnanza rispetto alle attività che qui ci occupano.

È risaputo che la nozione di servizio pubblico è tra le più tormentate<sup>33</sup>. Ciò deriva non solo dalla sua mancata codificazione da parte del legislatore, ma anche dall'aver contemporaneamente introdotto nell'ordinamento una serie di *species* riferibili al più ampio *genus* del servizio pubblico, che hanno acuito ulteriormente le difficoltà di comprensione dell'istituto. In sostanza, anziché chiarire cosa sia un servizio pubblico, per poi sussumere all'interno del relativo regime giuridico le diverse attività a esso ascrivibili, il legislatore ha preferito di volta in volta enumerare le attività di cui esso si compone, provvedendo contestualmente alla loro eventuale disciplina. Invero, il legislatore ha di norma introdotto nuove tipologie specifiche di servizio al fine di ricomprendervi le singole attività che intendeva disciplinare<sup>34</sup> ovvero, secondo una prospettiva rovesciata, ha scomposto il servizio in diversi segmenti e ha provveduto con la qualificazione individuale di servizio pubblico di uno o più di essi<sup>35</sup>.

Da questi pochi elementi di carattere generale sembra potersi anticipare che il servizio pubblico viene a delinarsi all'interno dell'ordinamento giuridico come una scelta, più che come un istituto giuridico. La scelta è

<sup>33</sup> M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, 1986, 69.

<sup>34</sup> Si pensi all'art. 43 Cost. che introduce i servizi pubblici essenziali senza definirli, ma agganciandoli in qualche modo al soddisfacimento dell'interesse generale. Questi sono stati poi parzialmente disciplinati con la l. 12 giugno 1990, n. 146, che però concerne le modalità di esercizio del diritto di sciopero, sia rispetto ai servizi pubblici locali (l. 8 giugno 1990, n. 142) che ai servizi di pubblica utilità (l. 14 novembre 1995, n. 481), ulteriori *species*.

<sup>35</sup> Come si vedrà più avanti, anche nell'ambito delle attività funebri è stato qualificato come servizio pubblico il trasporto del feretro, che costituisce però solo un segmento del più ampio servizio funebre.

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

infatti identificabile nella volontà del soggetto pubblico, *in primis* il legislatore, di disciplinare talune attività al fine di rispondere a un'esigenza collettiva, preventivamente individuata, e meritevole di soddisfacimento. Questa idea di fondo ha accompagnato il pensiero della dottrina, la quale ha tentato di riempire il vuoto definitorio, e lo ha fatto interrogandosi sugli elementi distintivi del servizio pubblico, onde ricavarne una nozione valida e generale<sup>36</sup>.

Secondo un primo filone interpretativo, il servizio pubblico si contraddistingue in virtù del ruolo fondamentale rivestito da un soggetto pubblico<sup>37</sup>. Tale ruolo deriva dall'imputazione diretta in capo a un'organizzazione pubblica della titolarità e della gestione delle attività costituenti servizio pubblico. A connotare il servizio pubblico, quindi, non è tanto la natura dell'attività svolta per il conseguimento dell'interesse generale, quanto piuttosto la previsione normativa di un servizio e la relativa attribuzione a un soggetto pubblico<sup>38</sup>. Provando a effettuare un parallelismo, sarebbe possibile rintracciare tali profili con riferimento alle prestazioni necroscopiche, a quelle cimiteriali e, in generale, alle attività autorizzatorie e di controllo della polizia mortuaria. Relativamente alle attività poc'anzi elencate è infatti indubbio il ruolo svolto dall'amministrazione, in capo alla quale risiede tanto la titolarità quanto la gestione delle stesse. Più problematico è invece il rico-

<sup>36</sup> Quanto all'attività del legislatore, si considerino, a titolo esemplificativo, i seguenti servizi: il servizio postale è stato fondato sulla necessità di consentire gli scambi postali universalmente e permanentemente su tutto il territorio nazionale (art. 3, d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261); il servizio di distribuzione del gas naturale è stato regolato sul rispetto di criteri minimi fissati dall'autorità di settore per la capillare fruizione residenziale (art. 16, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164); il servizio idrico integrato si struttura partendo dalla natura pubblica della risorsa acqua (art. 1, l. 5 gennaio 1994, n. 36, abrogato dal d.lgs. n. 152/2006, che agli artt. 147 ss. disciplina il servizio idrico integrato). Quanto ai contributi dottrinari sugli elementi che contraddistinguono il servizio pubblico, si vedano le note successive.

<sup>37</sup> Per una ricostruzione approfondita, si rimanda alla copiosa letteratura in merito e, in particolare, a: A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, I, Milano, Giuffrè, 1924, 6 ss.; F. Merusi, *Servizio pubblico* (lemma), in *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, Utet, 1970, 215 ss.; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1990; E. Scotti, *Il pubblico servizio*, Padova, Cedam, 2003; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roveri Monaco, F.G. Scoca, IV edizione, vol. II, Bologna, Monduzzi Editore, 2005, 131 ss.; D. Sorace, *I servizi pubblici "economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 1 ss.; G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Bologna, Cedam, 2020, 175 ss.; R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, Torino, Giappichelli, 2021, 1 ss.

<sup>38</sup> D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Il foro italiano*, 1988, vol. 111, 214; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2021, 188.

noscimento del medesimo ruolo per le attività funerarie: non è detto infatti che l'impresa funebre sia sempre organizzata e operi quale braccio operativo dell'amministrazione. Quest'ultimo è certamente un fenomeno rilevante, soprattutto nelle grandi realtà urbane, ma non esaurisce la complessità del settore. A onore del vero, nella ricostruzione in senso soggettivo del servizio pubblico la dottrina ha dato contezza del fatto che l'imputabilità del servizio alla pubblica amministrazione non osta a che lo stesso possa essere gestito da un soggetto privato<sup>39</sup>. L'attribuzione all'amministrazione pubblica diventa allora la condizione necessaria e sufficiente per aversi servizio pubblico. Ne deriva che, a valle di una valutazione compiuta rispetto a un interesse e alla relativa attività protesa al suo conseguimento, l'amministrazione pubblica può affidare quest'ultima a un soggetto privato. Questa differente accezione dell'impostazione soggettiva non altera in realtà quanto in precedenza osservato in merito alle attività funerarie. Infatti, se è vero che esse, anche se praticate da un'impresa privata, possono astrattamente essere inquadrate nell'ambito del servizio pubblico, è parimenti vero che tale qualificazione non è automatica, ma giunge esclusivamente all'esito di una preliminare valutazione pubblica, che si fonda sull'individuazione di un interesse generale e soprattutto sull'eventuale concessione al privato della possibilità di svolgere le attività d'impresa. Riflessione questa non di poco conto, dal momento che le attività funerarie sono di per sé attività imprenditoriali non soggette a concessione. Più precisamente, mentre per le altre attività che compongono i servizi funebri – si pensi ai servizi necroscopici – il soggetto pubblico ha preliminarmente identificato nella tutela della salute pubblica l'interesse generale da proteggere e ha riservato all'amministrazione la gestione delle attività serventi, per le attività funerarie manca un simile apprezzamento.

Stando a un secondo filone interpretativo, il servizio pubblico si distinguerebbe invece per la natura delle prestazioni che lo compongono, a prescindere dal ruolo rivestito dal soggetto pubblico<sup>40</sup>. Si tratta di una tesi che si è affermata posteriormente a quella soggettiva e che ha fatto proprie le novità introdotte dall'art. 43 Cost. La norma citata introduce una riserva di legge a mezzo della quale è possibile riservare o trasferire allo Stato – ma non solo<sup>41</sup> – talune imprese esercenti servizi pubblici essenziali. Ebbene, la scelta del costituente di aver previsto una facoltà e non un obbligo, pur aven-

<sup>39</sup> F. Giglioni, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di «servizio pubblico»*, in *Foro amministrativo*, 1998, 2267; F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 44; G. Falcon, *Lezioni*, cit., 187.

<sup>40</sup> Sul punto, si rimanda doverosamente a U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964.

<sup>41</sup> L'art. 43 Cost. consente la "statizzazione" (in favore dello Stato), la "regionalizzazio-

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

do a che fare con dei servizi apparentemente indefettibili in quanto essenziali, è per i sostenitori di questa teoria indice del superamento della concezione soggettiva del servizio pubblico. Pertanto, la sussistenza di un servizio pubblico è ravvisabile a prescindere dal ruolo della pubblica amministrazione, ben potendo i medesimi scopi essere raggiunti mediante un'attività economica privata. Coerentemente, muta la funzione del soggetto pubblico, divenendo marginale e sussidiaria. Laddove infatti una determinata attività d'impresa riguardi o incroci un servizio pubblico essenziale, questa potrebbe essere riservata *ex ante* o ricondotta entro la sfera pubblica ai sensi dell'art. 43 Cost. o, in alternativa, potrebbe conservare la sua natura privata ma essere assoggettata alla programmazione economica pubblica, secondo quanto previsto dall'art. 41, c. 3, Cost.<sup>42</sup>. A ben guardare, questo punto di vista offre ancor meno elementi risolutivi ai fini dell'indagine qui prospettata. *Prima facie*, è indubbio che una nozione di servizio pubblico fondata sulla centralità del suo contenuto – le attività economiche private astrattamente idonee a perseguire lo scopo – escluda la necessità di una preliminare valutazione sulla titolarità rispetto all'amministrazione dell'interesse generale da perseguire. Tuttavia, all'obiettivo iniziale di restituire oggettività al concetto in esame si contrappone un risultato finale opposto, dal momento che il concetto perde completamente di specificità e finisce con il sovrapporsi alla disciplina pubblicistica delle attività economiche. Ne consegue, quindi, che ove vi sia una regolamentazione pubblica dei settori economici, le singole attività imprenditoriali ivi contenute possano essere considerate un servizio pubblico<sup>43</sup>. L'esempio delle attività funerarie è da questo punto di vista ancor più calzante: esse sarebbero attività di pubblico servizio già solo in ragione del fatto che sono destinatarie di una regolamentazione di carattere pubblicistico. Peraltro, se anche così fosse, ciò non risulterebbe veritiero in termini fattuali in quanto, se si escludono gli interventi puntuali del legislatore regionale – apportati comunque in modo strutturale non prima della riforma del Titolo V – è sempre mancata una regolamentazione ovvero una programmazione delle attività funerarie a garanzia degli interessi di cui all'art. 41, c. 2, Cost.<sup>44</sup>.

ne” (in favore delle regioni), la “municipalizzazione” (in favore dei comuni), la “nazionalizzazione” (in favore di enti pubblici) e la “socializzazione” (in favore di comunità di lavoratori).

<sup>42</sup> U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, 155.

<sup>43</sup> Il rischio è che anche attività imprenditoriali strettamente commerciali, quali la vendita al minuto, rientrino nella nozione di servizio pubblico (E. Scotti, *Il pubblico servizio*, cit., 104); su un altro fronte, il rischio è che l'aggettivo “pubblico” si riferisca a interi settori senza guardare alla specificità rappresentata dalle attività (F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Cedam, Padova, 2000, 302).

<sup>44</sup> Al di là degli interventi puntuali del legislatore, che lo schema normativo sia *ex se* in-

Com'è intuibile, entrambe le tesi mostrano dei punti deboli<sup>45</sup>, che le rendono incomplete ai fini proposti. Alla luce di ciò, appare condivisibile la prospettiva di chi in dottrina ha provato a tracciare una via interpretativa intermedia, non più costruita “dall'alto” delle categorie definitorie, bensì “dal basso”, a partire dall'osservazione empirica delle attività da qualificare. Il fulcro risiede allora non sull'essenza, ma sui suoi accidenti, dal momento che questa analisi mira a indagare tali fenomeni per come si presentano in un ordinamento caratterizzato da talune peculiarità ed evidenti difetti strutturali. Ne consegue che questa terza via intende valorizzare il servizio pubblico in relazione allo strumento che ne dà origine: la legge<sup>46</sup>.

Riprendendo allora quanto precedentemente accennato, si ribadisce che il servizio pubblico scaturisce da una scelta politico-normativa espressa con la legge, che tipizza e disciplina una determinata attività per dare effettività al perseguimento di interessi collettivi assunti come doverosi. In quest'ottica, l'apparente conflitto tra l'impostazione soggettiva e quella oggettiva si risolve nel senso che il servizio pubblico deriva dalla valutazione pubblica vertente sulla sua doverosità, pur essendo nella sostanza costituito da attività analoghe a quelle messe in campo da una qualsiasi attività imprenditoriale privata, dalle quali però si distingue proprio in ragione della pregressa valutazione di stampo pubblicistico<sup>47</sup>. Ebbene, con riferimento alle attività funerarie, non resta che verificare se all'interno dell'ordinamento è stata condotta una simile valutazione di doverosità.

sufficiente lo ha ritenuto anche la Corte costituzionale. In una recente pronuncia, la Consulta ha giudicato apodittica l'idea che il regolamento di polizia mortuaria nazionale sia in grado di fungere da norma interposta, come tale in grado di fissare principi fondamentali vincolanti la potestà legislativa concorrente regionale e, quindi, influenzare le prescrizioni regionali in materia di case funerarie, tanatocosmesi, centri d'affezione (sentenza 9 luglio 2020, n. 180, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 5 agosto 2020). Analogo principio è stato affermato nella sentenza 23 giugno 2021, n. 166, con la quale è stata considerata legittima la norma regionale che consente ai comuni di derogare gli strumenti urbanistici vigenti, sentita prima l'ASL competente, per la realizzazione di case funerarie e strutture per il commiato, in quanto i vincoli localizzativi espressi dal T.U.L.S. trovano applicazione esclusivamente per i cimiteri.

<sup>45</sup> In particolare, la prima aggancia la nozione di servizio pubblico all'elencazione normativa prescindendo da una valutazione in concreto di tali prestazioni; la seconda invece non distingue in modo netto l'attività d'impresa con quella afferente al pubblico servizio.

<sup>46</sup> F. Gigliani, *Osservazioni*, cit., 2275.

<sup>47</sup> A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, n. 4, 468-471.



## 5. Sui possibili profili di sussunzione delle attività funebri all'interno del servizio pubblico

Effettuato un *excursus* sul pensiero giuridico concernente il servizio pubblico, si passano ora in rassegna gli eventuali profili di intersezione con i servizi funebri, in generale, e le attività funebri, nello specifico.

A tal proposito, sia consentito recuperare la precedente suddivisione in sezioni del servizio funebre, che distingue le attività, o i servizi, necroscopici, funerari e di trasporto, oltre a quelli cimiteriali<sup>48</sup>. Effettuando un parallelismo, che potrebbe sembrare improprio in prima battuta, con il settore energetico, anche in quest'ultimo caso abbiamo una serie di attività profondamente diverse tra loro, sottoposte a una disciplina giuridica variegata, ma che concorrono a determinare l'unitarietà del servizio pubblico previsto dal legislatore<sup>49</sup>.

Le attività necroscopiche rispondono tanto a finalità di tutela della salute pubblica, si pensi alla prevenzione di eventuali malattie epidemiche, quanto a finalità di sicurezza e di amministrazione della giustizia, si pensi ai decessi cagionati da reati<sup>50</sup>. A queste corrispondono attribuzioni pubbliche, tendenzialmente riferite alle amministrazioni comunali<sup>51</sup>, che possono essere qualificate come vere e proprie funzioni pubbliche, dal momento che costituiscono estrinsecazione della sovranità dello Stato<sup>52</sup>.

Diversamente, il trasporto funebre è un servizio pubblico locale. In-

<sup>48</sup> Cfr. § 2.

<sup>49</sup> I servizi energetici sono solitamente contraddistinti da attività di diversa natura e finalità, la cui gestione è talora strategica perché risponde a interessi geopolitici nonché concerne la tutela di interessi di primaria rilevanza. Ai fini del discorso in esame, sia permesso fare rinvio all'analisi e alla ricostruzione operata da Villata e Valaguzza (*I pubblici servizi*, cit., 427) con riferimento al settore del gas. Quello del gas naturale non è stato inizialmente qualificato quale settore di servizio pubblico. Ciononostante, vista la pluralità di aree che compongono il settore, coesistono attività quali l'importazione, lo stoccaggio, la coltivazione e la vendita che sono state liberalizzate in senso stretto (e sono quindi "libere"), altre, quali il trasporto e il dispacciamento che sono state liberalizzate in modo più vincolato (sono tendenzialmente libere ma devono rispettare taluni interessi pubblici), e altre ancora, quale la distribuzione, che sono un servizio pubblico a tutti gli effetti.

<sup>50</sup> Di base, si tratta delle funzioni attribuite ai professionisti esercenti la professione medica, che rispettano una serie di prescrizioni di carattere giuridico e scientifico a seconda delle circostanze nelle quali si verifica l'evento morte (si veda l'art. 103, r.d. n. 1265/1934, art. 1, d.P.R. n. 285/1990 e art. 72, d.P.R. n. 396/2000).

<sup>51</sup> Il d.P.R. n. 285/1990 distribuisce competenze e poteri di autorizzazione e controllo tra aziende sanitarie locali e comuni, nella figura del sindaco in veste di pubblico ufficiale.

<sup>52</sup> M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, 615.

nanzitutto, il fenomeno della cosiddetta municipalizzazione dei servizi pubblici ha riguardato anche questo settore, dunque l'esercizio del trasporto funebre, in quanto servizio pubblico, poteva originariamente essere assunto direttamente dal comune o, in alternativa, dato in concessione a terzi<sup>53</sup>. Successivamente, la sottoposizione del servizio alla privativa comunale è stata sottratta alla libera scelta dell'ente locale ed è stata invece affidata alla sussistenza di requisiti fissati dalla legge<sup>54</sup>. Ne è conseguito che i comuni, per mezzo dei propri regolamenti di polizia mortuaria, non possono più sottoporre il trasporto funebre a privativa. Tuttavia, si osserva che tale interpretazione non sembra essere stata seguita pedissequamente dal legislatore il quale, nel disciplinare il regolamento nazionale di polizia mortuaria, sembra ribadire che l'esecuzione del trasporto da parte di un operatore privato costituisce eccezione alla regola generale della possibile riserva comunale<sup>55</sup>. Sul punto, è intervenuta la giurisprudenza, che oltre a sancire l'incompatibilità del monopolio comunale rispetto al nuovo regime normativo, statuisce la disapplicazione dei regolamenti comunali di polizia mortuaria che introducono o reintroducono la privativa nel trasporto funebre<sup>56</sup>. Si è assistito quindi a un tentativo di liberalizzazione in termini di organizzazione del servizio<sup>57</sup>, il quale può essere svolto tanto dal comune quanto da operatori privati. Posto che il servizio deve comunque essere dispiegato nel rispetto di precipi requisiti tecnici – che rispondono tanto alle esigenze di tutela igienico-sanitaria quanto di decoro – e che si presume oneroso, all'ente locale resta riservato l'esercizio dei necessari poteri autorizzativi e di controllo<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Si veda l'art. 1, c. 1, n. 8, r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

<sup>54</sup> Si veda l'art. 22, l. n. 142/1990, abrogato dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.) e ivi riportato.

<sup>55</sup> Si vedano gli artt. 16 e 19, d.P.R. n. 285/1990.

<sup>56</sup> La Cassazione è intervenuta in merito e ha statuito che i regolamenti comunali che introducono un regime di privativa generalizzata dei pubblici servizi (incluso il trasporto funebre) devono essere disapplicati in quanto tale riserva è illegittima rispetto ai principi costituzionali ed europei in materia di servizi e concorrenza, nonché rispetto alla normativa ora vigente (Cass., sez. I, 6 giugno 2005, n. 11276). In tal senso, si veda anche quanto affermato dal Consiglio di Stato: le onoranze funebri (ma il riferimento della pronuncia è al servizio di trasporto) hanno un carattere spiccatamente commerciale il cui esercizio deve essere lasciato al mercato (Cons. St., sez. V, 24 giugno 2011, n. 3815).

<sup>57</sup> Sull'interpretazione del fenomeno della liberalizzazione quale riorganizzazione dei servizi pubblici locali nell'ottica di limitare il ricorso alla gestione diretta, si veda G. Fonderico, *Il comune regolatore*, Firenze, Edizioni ETS, 2012, 244 ss.

<sup>58</sup> Si guardi, per esempio, alle autorizzazioni rilasciate per il trasporto funebre (artt. 16 ss., d.P.R. n. 285/1990) nonché al controllo svolto dall'azienda sanitaria locale competente sul servizio, di cui dà contezza al comune annualmente (art. 16, c. 2).

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

Ciò detto, possiamo asserire che il trasporto funebre rappresenta la “sezione” dei servizi funebri foriera di minori problemi da un punto di vista interpretativo, almeno con riferimento alla sua nozione.

Mettendo da parte i profili che attengono alla privativa e al rispetto dei principi di concorrenza nel mercato in cui esso si inserisce, per il trasporto funebre è possibile isolare quella valutazione di doverosità che abbiamo assunto essere il parametro più affidabile per identificare il servizio pubblico. In primo luogo, essa è stata effettuata dal legislatore, che ha incluso il trasporto funebre tra i servizi pubblici locali e lo ha previsto come obbligatorio<sup>59</sup> in quanto strettamente connesso alla funzione pubblica di salvaguardia della salute e dell'igiene. In secondo luogo, i singoli comuni hanno dettagliato l'esecuzione del servizio all'interno dei propri regolamenti di polizia mortuaria, che trovano applicazione nel territorio di riferimento.

Ebbene, dalla breve panoramica poc'anzi sintetizzata, con particolare riferimento a quella concernente il trasporto funebre, è possibile trarre indicazioni interessanti su cui riflettere anche con riguardo alla sezione di maggior interesse per la presente ricerca, quella concernente le attività funerarie. Si deve preliminarmente osservare che il trasporto e le attività funerarie mostrano un indefettibile collegamento, prodotto diretto dell'attuale quadro normativo. Se infatti il trasporto funebre non è più soggetto alla privativa comunale<sup>60</sup>, ben potendo un operatore privato prestare il servizio in concorrenza con gli enti locali, ne deriva che esso potrà essere svolto anche dalle imprese funebri incaricate delle attività connesse con l'organizzazione del rito funebre. Anzi, rovesciando la prospettiva e considerando che il trasporto interviene tanto nella fase immediatamente antecedente al rito funebre quanto in quella prontamente successiva, potremmo convenire che, al fine di essere competitive sul mercato, le stesse imprese funebri sarebbero quantomeno incentivate a offrire anche il servizio di trasporto, potendo l'interessato rivolgersi a un unico soggetto per l'esecuzione di tutte le prestazioni richieste. Tra i due servizi viene quindi a profilarsi quasi un rapporto di accessorietà, nel senso che l'uno è il necessario complemento dell'altro: proprio i regolamenti di polizia mortuaria comunali cercano di dare contezza di questo legame, dettando una disciplina il più possibile uniforme ovve-

<sup>59</sup> L'art. 13, r.d. 21 dicembre 1942, n. 1880, faceva gravare sul comune il costo del servizio «ordinario», vale a dire il trasporto effettuato «senza servizi o carri speciali od il trasporto sia fatto nella forma ordinaria più semplice», regime che si è confermato con l'art. 14, d.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803. Come ricordato, l'attuale regime prevede che il trasporto sia obbligatorio ed eseguito ai sensi degli artt. 16 e 19, d.P.R. n. 285/1990.

<sup>60</sup> *Ex multis*, si veda la sentenza n. 4910/2014 emessa dalla sez.V del Consiglio di Stato.

ro fondendoli all'interno del medesimo servizio<sup>61</sup>. In tal senso, il Ministero dell'interno, nell'enumerare i c.d. servizi pubblici a domanda individuale, vi ricomprende insieme i «trasporti funebri» e le «pompe funebri»<sup>62</sup>.

Tuttavia, nonostante gli evidenti punti di contatto, a differenza di quanto evidenziato con il trasporto funebre, non è possibile concludere positivamente circa la sussistenza di una valutazione di doverosità anche per le attività funerarie. Il motivo è presto spiegato: se guardiamo alle attività funerarie come a una sorta di monade, il legislatore non ha mai provveduto a una loro tipizzazione né alla valorizzazione di eventuali profili di servizio pubblico. La lacuna si registra tanto con riferimento alle fonti che tradizionalmente si sono occupate dei servizi funebri e fin qui citate quanto con riferimento agli interventi normativi in materia di servizio pubblico e servizio pubblico locale<sup>63</sup>. Pertanto, non è casuale che nelle ultime legislature siano stati depositati diversi disegni di legge in materia, che si propongono in prima battuta di riordinare il settore funerario italiano<sup>64</sup>.

Da quanto rilevato non vi sarebbero margini per attribuire rilievi di pubblico servizio alle attività svolte dalle imprese funebri, fatta eccezione per il trasporto. Le attività citate rileverebbero quindi essenzialmente in quanto attività commerciali, il cui esercizio sarebbe sostanzialmente rimesso al mercato, in ossequio al principio di libera concorrenza. Volendo ulteriormente esemplificare, non vi sarebbe alcuna differenza tra l'attività imprenditoriale svolta da un imprenditore funebre e una qualsiasi attività commerciale, se non per il necessario adempimento di taluni obblighi di natura pubblicistica<sup>65</sup>. Tuttavia, in questa sede si tenterà di offrire una lettura alternativa. In particolare, si ritiene utile dare contezza di alcune tendenze che sembrerebbero aprire a una forma di valutazione di doverosità in ordine alle citate attività.

Detto e ribadito che manca una deliberazione legislativa in forza della

<sup>61</sup> A titolo esemplificativo, si cita il regolamento dei servizi funebri e cimiteriali di Milano, che disciplina all'art. 7 la «attività funebre», ricomprendendo in esse tanto il «servizio funebre» in senso stretto quanto il «trasporto funebre» (delibera del Consiglio 19 gennaio 2015, n. 1). Tale impostazione è stata seguita anche da altre città metropolitane (Firenze, Venezia e Torino su tutte).

<sup>62</sup> Trattasi di attività che vengono eseguite dall'ente su richiesta dei cittadini, senza che a esse sia ricollegato un qualche obbligo istituzionale, nemmeno in termini di gratuità (decreto 3 dicembre 1983 del Ministero dell'interno).

<sup>63</sup> Non ve n'è traccia nel T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000), nel T.U.L.S. (r.d. n. 2578/1925) né nel d.p.c.m. 19 maggio 1995.

<sup>64</sup> Cfr. § 7.

<sup>65</sup> Invero, il procedimento di avvio dell'attività è identico, essendo prevista una Scia da indirizzarsi allo sportello delle attività produttive del comune di riferimento.

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

quale si possa legittimamente discorrere di servizio pubblico con riferimento alle attività funerarie, l'attenzione sarà posta su talune valutazioni portate avanti dai comuni nell'elaborazione dei propri regolamenti di polizia mortuaria. Del resto, se i servizi pubblici possono essere identificati sulla base di una valutazione di doverosità, ciò non esclude che formalmente questa possa essere fatta da un soggetto istituzionalmente diverso dal Parlamento, soprattutto che in considerazione del fatto che il servizio pubblico locale si identifica nella decisione politico-amministrativa dell'ente locale di farsi carico di determinate esigenze della comunità territoriale<sup>66</sup>. Invero, a prescindere dal canone interpretativo seguito per definire i servizi pubblici locali<sup>67</sup>, alla base vi è sempre una decisione che parte dal territorio.

Ebbene, sembra esserci evidenza del fatto che, con riferimento all'erogazione delle prestazioni concernenti la gestione del defunto, gli enti locali abbiano compiuto valutazioni di questo tipo e, in assenza di un quadro normativo definito e puntuale, continuino a farlo onde assicurare la continuità di un servizio che si ritiene andare incontro alle esigenze della collettività. Proprio la continuità sembra essere la chiave interpretativa con la quale gli enti locali sono intervenuti per affermare la doverosità del servizio con riguardo alle attività citate. Si parta dalla conclusione cui si è giunti poc'anzi: le onoranze funebri, in senso stretto, sono attività a spiccata vocazione commerciale e sono destinate a operare in un mercato che sia il più possibile ispirato a principi concorrenziali. Se questo è vero, il settore di mercato che stiamo analizzando sarà inevitabilmente condizionato dall'incontro tra domanda e offerta. A questo punto sorge spontaneo chiedersi cosa accade se la curva della domanda o quella dell'offerta subiscono variazioni tali da pregiudicare l'esecuzione delle prestazioni. In altri termini, ci si domanda cosa

<sup>66</sup> «La genericità della norma (art. 112, d.lgs. n. 267/2000) si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose. Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività» (Cons. St., sez.V, 13 luglio 2006, n. 7369).

<sup>67</sup> Per una ricostruzione accurata della nozione di servizio pubblico locale si v. A. Pollice, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, Giappichelli, 2008, 65 ss. Anche con riferimento a tale nozione si sono contrapposte due concezioni, una soggettiva e una oggettiva. A prescindere dalla concezione seguita, ciò che sembra connotare il servizio pubblico locale è l'assunzione della titolarità del servizio da parte dell'ente locale.

accade se in un dato territorio non vi sono imprese funebri in grado di farsi carico della domanda di prestazioni oppure se gli utenti non sono in grado di accedere ai servizi delle imprese ivi operanti. Dobbiamo sempre ricordare infatti che il settore in questione è caratterizzato da una domanda anelastica, che dipende inevitabilmente dal numero di decessi, e conseguentemente da una concorrenza imperfetta, in quanto, più di altri, questo mercato ha dei confini di espansione ben precisi. Seguendo allora il ragionamento finora delineato e basandosi quindi esclusivamente sul funzionamento del mercato, la conseguenza potenziale sarebbe la mancata fruizione o esecuzione della prestazione. In altri termini, in assenza di una valutazione di doverosità, le imprese sono libere di posizionarsi dove le condizioni di mercato garantiscono un utile, anche se ciò può comportare una sorta di *cherry picking* nella scelta del luogo di mercato in cui svolgere la propria attività, e di applicare il prezzo congruo, a prescindere dalla capacità di spesa degli utenti che richiedono i citati servizi.

Ciononostante, per riprendere le fila del discorso, il soggetto pubblico non sembra aver del tutto rinunciato a inserire in tale sistema alcune clausole di salvaguardia, previste proprio per far fronte a queste ipotesi di mancata concretizzazione delle attività funerarie. Se la disamina della legislazione nazionale non offre spunti in tal senso, lo stesso non può dirsi per gli ordinamenti regionali e per gli enti locali. Sia le regioni che i comuni hanno agito in via suppletiva rispetto al quadro normativo nazionale, le prime tentando di disciplinare il settore funebre e di regolarlo sotto il profilo della libera concorrenza, i secondi dando disposizioni attuative ai servizi funebri sul proprio territorio.

Se guardiamo agli strumenti di compensazione degli eventuali effetti sulla curva dell'offerta, dobbiamo distinguere il piano normativo da quello politico-amministrativo. Le normative regionali sul punto non offrono soluzioni di rilievo, ma si limitano a prescrivere che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività funebre, rilasciata dal comune presso il quale l'impresa ha previamente inviato la Segnalazione certificata di inizio attività (Scia), ha valenza su tutto il territorio regionale, con ciò consentendole, almeno potenzialmente, di offrire i propri servizi a tutta la comunità territoriale, senza restrizioni. In altri casi, il legislatore regionale ha introdotto delle deroghe relative all'incompatibilità dell'esercizio di talune attività, proprio per compensare l'assenza di servizi in un dato territorio<sup>68</sup>. Per quanto riguarda il

<sup>68</sup> Si pensi alla vicenda relativa all'approvazione della l. rg. Veneto 11 novembre 2011, n. 11, che ha modificato la precedente l. rg. 4 marzo 2010, n. 18. La legge posteriore ammetteva una deroga al regime di incompatibilità tra lo svolgimento di attività funebre e la gestione

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

livello politico-amministrativo, le amministrazioni locali possono decidere, a fronte della riscontrata assenza di prestazioni di servizio ritenute doverose, di intervenire direttamente o indirettamente nel mercato<sup>69</sup>.

Viceversa, dal lato della domanda proveniente dagli utenti, non è inconsueto imbattersi in disposizioni che statuiscono la gratuità, oltre che l'obbligatorietà, del servizio di trasporto nonché della fornitura di articoli funebri necessari per un decoroso commiato in favore degli individui che versano in stato di indigenza o di abbandono. Trattasi perlopiù di disposizioni contenute all'interno dei regolamenti comunali di polizia mortuaria, mediante i quali gli enti locali si adoperano affinché la fruizione di determinati servizi sia garantita a tutti i cittadini. Per avere un'idea della portata del fenomeno, basti pensare che i regolamenti di polizia mortuaria di tutte le città metropolitane contengono simili clausole e fanno quindi gravare sull'amministrazione comunale non solo i costi del trasporto, ma anche quelli di fornitura del feretro<sup>70</sup>; tale servizio viene materialmente garantito attraverso un contratto

del servizio cimiteriale e del servizio obitoriale all'interno del territorio dei comuni montani con meno di cinquemila abitanti. Il governo ha impugnato il provvedimento dinanzi alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. con riferimento all'invasione della competenza esclusiva dello Stato nella materia «tutela della concorrenza». Secondo la Consulta, le norme impuginate sono ascrivibili alla potestà legislativa della regione in materia di tutela della salute e dei servizi pubblici locali, non si pongono in contrasto con alcuna specifica disposizione statale, non ledono i principi della concorrenza e non violano l'invocato parametro costituzionale. In particolare, «Le deroghe introdotte con le impuginate disposizioni non costituiscono infatti un privilegio per gli operatori che agiscono nei territori esonerati dalle incompatibilità, bensì un intervento legislativo finalizzato a disciplinare in modo non irragionevole situazioni diverse da quelle dei Comuni caratterizzati dall'esistenza di più operatori commerciali qualificati. Questi ultimi solo in contesti di mercato così articolati possono competere, in modo da rendere i servizi obitoriali, cimiteriali e funebri più economici e di migliore qualità. Questa competizione può non essere realizzabile negli ambiti demografici e montani individuati dal legislatore regionale, nei quali sostanzialmente può mancare un mercato di tali attività con potenziale compromissione del diritto alla salute e di un servizio sociale indefettibile» (Corte cost., n. 274/2012).

<sup>69</sup> Si ricorda infatti che, ai sensi del T.U.E.L., tra le prerogative del consiglio comunale sono ricompresi: «organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione» (art. 42, c. 1, lett. e, d.lgs. n. 267/2000).

<sup>70</sup> Si propongono i risultati di un'analisi condotta sui regolamenti di polizia mortuaria delle città metropolitane. La scelta è ricaduta su tali enti onde verificare la medesima presenza di tali norme all'interno di contesti differenti rappresentati dalle discipline regionali dissimili e all'interno di centri ad alta densità abitativa. Inoltre, le città metropolitane hanno una capacità di spesa tra loro omogenea, ma sicuramente maggiore rispetto agli altri enti locali, è quindi di interesse constatare se effettivamente abbiano in modo compatto effettuato una simile valutazione di doverosità. Ebbene, se ne trova traccia in tutte le città, all'interno delle

di servizi all'impresa partecipata con capitale pubblico, laddove esistente, ovvero a terzi individuati con procedura a evidenza pubblica. Posto che per il trasporto funebre vale quanto in precedenza sottolineato, vale a dire che è un servizio obbligatorio *ex lege* e che dunque la gratuità dello stesso in presenza di determinate condizioni costituisce l'attuazione di un vincolo di legge, parimenti non si può dire per l'organizzazione dei servizi funebri in senso stretto, ossia per la fornitura degli articoli funerari necessari<sup>71</sup>. Pertanto, ci si domanda se la decisione assunta dall'ente locale – di prevedere la fornitura del feretro come obbligatoria per i non abbienti, alla pari di quanto previsto per il trasporto funebre – possa essere considerata in quanto tale una valutazione di doverosità rispetto al servizio funebre in questione.

Seguendo un'interpretazione sistematica, non sembra essere casuale la stessa collocazione dei servizi funebri «in beneficenza», che vengono sostanzialmente individuati e disciplinati all'interno delle medesime disposizioni regolamentari o contrattuali concernenti il trasporto funebre. Inoltre, allargando ulteriormente lo sguardo, non si può non tener conto di quanto previsto dal legislatore nazionale nel disciplinare la cremazione e la dispersione delle ceneri. Invero, è disposto che i costi del servizio di cremazione e gli adempimenti cimiteriali annessi siano posti a carico del comune laddove eseguiti nei confronti di un defunto di cui risulti accertata l'indigenza<sup>72</sup>. La norma va letta in combinato disposto con una precedente a mezzo della quale il legislatore ha qualificato la cremazione quale «servizio pubblico gratuito», la cui gratuità è riconosciuta nei casi di indigenza o di disinteresse da parte dei familiari del defunto<sup>73</sup>. Sul punto, anche la giurisprudenza europea è stata chiara nel ritenere che i servizi funebri possano rispondere a bisogni di interesse generale, proprio laddove sia previsto l'obbligo per l'ente locale

delibere consiliari di approvazione del regolamento ovvero nei contratti di servizio: Bari (delibera del 16 ottobre 2015, n. 57), Bologna (delibera del 30 giugno 1997, n. 136), Cagliari (delibera del 19 dicembre 2013, n. 82), Catania (delibera del 1° agosto 1960, n. 266), Genova (nel contratto stipulato con l'impresa ASEF con delibera del 9 giugno 2009, n. 39), Messina (delibera del 20 luglio 2021, n. 17), Milano (delibera del 19 gennaio 2015, n. 1), Napoli (delibera del 21 dicembre 2006, n. 11), Palermo (delibera del 1° ottobre 1997, n. 194), Reggio Calabria (delibera del 28 febbraio 2013, n. 35), Torino (delibera del 28 ottobre 1996, n. 264) e Venezia (delibera del 10 dicembre 2014, n. 7).

<sup>71</sup> Se si esclude il trasporto, la fornitura degli articoli è di fatto l'unico servizio oneroso ascrivibile alle attività funerarie in senso stretto, in quanto il rito funebre è, salvo diverse volontà, celebrato solitamente all'interno della chiesa cimiteriale del comune, come prevedono gli stessi regolamenti comunali.

<sup>72</sup> Art. 5, l. 30 marzo 2001, n. 130.

<sup>73</sup> Art. 12, c. 4, decreto legge 31 agosto 1987, n. 359.



## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

di provvedere all'organizzazione del funerale<sup>74</sup>. In particolare, la Corte di Giustizia ha rilevato che tutte le attività funerarie, a prescindere dalla natura più o meno commerciale delle stesse, ben possono concorrere a soddisfare un bisogno di interesse generale e, dunque, possono essere destinatarie di una disciplina preordinata al conseguimento di tale obiettivo.

Le riflessioni tratte dall'analisi del trasporto funebre e della cremazione ci chiariscono come l'ordinamento abbia inequivocabilmente giudicato tali servizi come doverosi e indefettibili in quanto attengono alla salvaguardia e all'effettività dei diritti soggettivi e del principio di autodeterminazione dell'individuo. Pertanto, se non può mai venir meno l'accesso a essi, dunque deve essere sempre garantita la piena continuità del servizio in favore dei cittadini utenti, lo stesso soggetto pubblico si attiva in favore di questi ultimi per la rimozione degli ostacoli, anche di natura economica. Ebbene, dall'esame del diritto positivo e dalla più volte ribadita connessione che caratterizza la sequela di prestazioni inerenti ai servizi funebri, si ritiene lecito asserire che una simile valutazione di doverosità sia stata quantomeno tentata anche nei confronti delle attività funerarie, o più specificamente della fornitura di beni e prestazioni che attengono al prudente e decoroso commiato del defunto. La scelta del soggetto pubblico di assumersi gli oneri di tale servizio risponde anche alla necessità di dare razionalità agli altri, preventivamente ed espressamente individuati. Invero, se isolassimo queste prestazioni dalle altre – si pensi sia al trasporto che alla cremazione, ma anche alla sepoltura – verrebbe a determinarsi un cortocircuito tale per cui solo per le prime sarebbe escluso l'obbligo di fruizione e di continuità, ma ciò è nei fatti impossibile in quanto, volendo esemplificare, se non si assicura la fornitura del feretro, non possono essere parimenti assicurati né il trasporto né le successive fasi, cremazione inclusa<sup>75</sup>.

Recuperando quanto in precedenza affermato in tema di accessorietà delle prestazioni che qui ci occupano, possiamo allora sostenere che il servi-

<sup>74</sup> C. giust., 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH e Bestattung Wien GmbH*. La Corte di Lussemburgo stabilisce che «I servizi mortuari e di pompe funebri possono rispondere a un bisogno di interesse generale. Il fatto che un ente locale abbia l'obbligo legale di interesse generale. Il fatto che un ente locale abbia l'obbligo legale di provvedere ai funerali (...) rappresenta un indizio dell'esistenza di tale bisogno di interesse generale» (secondo dispositivo).

<sup>75</sup> Infatti, al di là delle questioni concernenti il decoro e il rispetto della dignità del defunto e dei dolenti, il cadavere può essere trasportato esclusivamente all'interno di una bara che risponda a determinati requisiti tecnici igienico-sanitari, e gli stessi requisiti sono richiesti anche per la successiva inumazione ovvero cremazione. Ne consegue che, senza la fornitura del feretro, sono pregiudicati anche gli altri servizi, sia pur considerati come obbligatori.

zio funebre in senso stretto è accessorio al trasporto, che costituisce l'attività, per così dire, trasversale, che accompagna la gestione del defunto dal luogo e dal momento del decesso fino a quello della conservazione delle sue spoglie. Orbene, questo ragionamento induce a ritenere sul piano interpretativo che entrambi, sia pur con diverse sfumature, presentino le fattezze del servizio pubblico locale, in quanto servizio assunto dall'ente locale per soddisfare un'esigenza proveniente dalla collettività territoriale di riferimento.

In ogni caso, a prescindere dall'interpretazione che si reputi più confacente, il percorso argomentativo che si è provato a seguire vuole soprattutto evidenziare come i tempi potrebbero essere maturi non solo per un intervento di razionalizzazione da parte del Parlamento, ma di riforma sostanziale volta a inquadrare l'attività funebre quale servizio pubblico.

## **6. Conclusioni e possibili sviluppi normativi**

Le osservazioni che sono state svolte fino a questo punto, sia pur nella loro eterogeneità, condividono un medesimo scopo, che è quello di evidenziare quanto sia cruciale riformare la disciplina delle attività che compongono il servizio funebre. Per fare questo, si ritiene indispensabile creare un apparato normativo costruito su due pilastri: quello del servizio pubblico (locale) e quello della prudente regolazione concorrenziale. Invero, questi due pilastri guardano ai soggetti-attori che sono direttamente interessati: da un lato, i defunti e i dolenti, dall'altro, i soggetti prestatori. Ebbene, per quanto riguarda il primo, è fondamentale costruire un quadro giuridico che colga l'essenzialità di prestazioni che sono ontologicamente legate alla persona umana e al rispetto della sua dignità anche nelle fasi successive alla morte. L'universalità del servizio dovrebbe poi legarsi a un'attività autorizzatoria e di controllo sull'erogazione delle prestazioni che tendenzialmente spetterebbe all'amministrazione pubblica territorialmente più prossima al contatto tra il cittadino e l'impresa professionalmente autorizzata. Con riferimento al secondo pilastro, al legislatore sarà richiesto di dettare delle regole chiare in grado di alimentare un mercato concorrenziale in cui l'equo e il leale esercizio dell'attività imprenditoriale è garantito senza mai far venir meno la continuità, l'efficacia e l'efficienza delle prestazioni che devono essere eseguite in favore dei cittadini. Conseguentemente, la regolazione pubblica deve saper valorizzare un settore economicamente rilevante senza mai sacrificare le esigenze provenienti dalla collettività.

Va rilevato che il Parlamento è ben conscio della necessità di intervenire: lo dimostrano le diverse proposte di legge che si sono registrate nelle

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

ultime legislature e che però non hanno avuto un esito positivo di approvazione<sup>76</sup>. Solo nel corso della XVIII legislatura sono state presentate almeno tre proposte in tal senso<sup>77</sup>. In queste righe conclusive si vuole sinteticamente porre l'accento sui principali contenuti della proposta di legge C. 1143, che al momento in cui si scrive è quella sulla quale il dibattito parlamentare è in stato più avanzato, anche se ancora sottoposta all'esame in sede referente. Per queste ragioni, è probabile che, vista la scadenza ormai prossima della legislatura, difficilmente si arriverà all'approvazione definitiva. Ciononostante, si ritiene questo esame proficuo per le tematiche affrontate e per le soluzioni alle quali il Parlamento sembrerebbe dare attuazione, che risultano essere in linea con i fenomeni socio-giuridici menzionati sino a questo momento.

Innanzitutto, si segnala che la proposta di legge sembra strutturarsi su due pilastri. Sin dalla relazione illustrativa curata dai proponenti appare chiara l'intenzione di innervare il testo normativo con disposizioni che sintetizzino, da un lato, le istanze di regolazione delle attività in una prospettiva pro-concorrenziale, e, dall'altro, tutelino gli utenti garantendo degli standard indefettibili di qualità del servizio e rispettando i valori identitari dell'individuo<sup>78</sup>.

Circa la tecnica legislativa utilizzata, dal testo si evince la necessità di dotare l'ordinamento di una vera e propria legge quadro che condensi tutti i principi e le linee guida di funzionamento del settore e, dunque, la proposta va nella direzione di ristrutturare completamente il servizio funebre, sia sul piano interpretativo che su quello operativo, rendendo quindi vani interventi puntuali e mirati.

Alla luce delle considerazioni più volte ribadite all'interno di questo scritto, non si può non principiare tale ricognizione dall'impianto definitorio. Ebbene, si coglierà subito che esso è imperniato su una definizione nuova di attività funebre e su una diversa rappresentazione dei servizi necroscopici. L'attività funebre viene a coincidere con quel fascio di presta-

<sup>76</sup> Nell'ultima legislatura (XVII) è possibile individuare, tra le proposte aventi a oggetto la riforma della disciplina, le proposte S.2492, S.447, S.1611 depositate presso il Senato della Repubblica e C.4808, C.3198 e C.4301 depositate presso la Camera dei deputati.

<sup>77</sup> Si fa riferimento alle proposte C.1143 e C.1618 della Camera dei deputati e S.963 del Senato della Repubblica.

<sup>78</sup> In particolare, l'art. 1 stabilisce che «La Repubblica assicura la dignità delle scelte personali in materia di disposizione del proprio corpo nell'evenienza del decesso, in un quadro di rispetto delle idee, delle convinzioni e dei sistemi valoriali», mentre l'art. 5 fa riferimento alla «migliore funzionalità e produttività dei servizi resi agli utenti, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenza, assicurando il maggior equilibrio possibile tra offerta e capacità di domanda della popolazione stabilmente residente e di quella fluttuante».

zioni che sono ormai tipicamente offerte dalle onoranze funebri, incluso il trasporto. Tra i servizi necroscopici obbligatori vengono invece ricompresi i c.d. servizi di beneficenza, da erogare in favore dei meno abbienti e delle persone abbandonate. In altri termini, si assiste a un accentramento di quella valutazione di doverosità cui si è fatto più volte cenno con riferimento agli enti locali<sup>79</sup>. Ciò non sembra quindi smentire quanto si è provato a ipotizzare quantomeno in merito alla natura di servizio pubblico della fornitura del feretro. Infatti, seppur nei limiti di una prospettiva *de iure condendo*, il legislatore nazionale allarga lo spettro delle ricognizioni finora condotte su base locale e riconosce una rilevanza nazionale ai bisogni riscontrati proprio all'esito delle citate ricognizioni territoriali. Peraltro, l'utilizzo della fonte primaria per tale ricognizione fa cadere anche le potenziali perplessità rispetto alle valutazioni operate dagli enti locali in attuazione del regolamento di polizia mortuaria nazionale. Se questo è vero, non si può non concludere che il servizio funebre, con particolare riferimento al servizio di fornitura del feretro, si strutturi, almeno nelle intenzioni, quale servizio pubblico volto a garantire a tutti i cittadini l'erogazione di prestazioni la cui essenzialità meriterebbe la codificazione.

Venendo alla regolazione delle attività d'impresa, nel recepire quanto previsto dal diritto europeo e auspicato dall'AGCM, i servizi funebri sono qualificati attività di interesse generale, alla pari dei servizi cimiteriali, da cui però rimangono distinti. L'impresa funebre, la cui natura economico-imprenditoriale non viene posta in discussione, diventa così il soggetto deputato all'erogazione di tali servizi all'interno di un mercato regolamentato ma concorrenziale, che vede la partecipazione tanto di soggetti privati che di soggetti a controllo pubblico. La disciplina dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività imprenditoriale è apparentemente l'elemento di maggiore novità, pur richiamando marcatamente il modello già adottato dalla maggior parte delle regioni e suggerito dalla stessa AGCM; l'accesso al mercato dei servizi funebri è infatti subordinato al possesso di requisiti professionali e certificazioni tecniche volte a garantire il soddisfacimento degli interessi generali. Con riferimento a questi ultimi e alla possibilità di esercitare l'attività imprenditoriale, si ritiene altrettanto significativa la sottoposizione delle attività citate alla programmazione territoriale. Ciò significa che l'ingresso di nuovi operatori sul mercato è altresì sottoposto a una preventiva valuta-

<sup>79</sup> Ai sensi dell'art. 12, il comune svolge un'attività di controllo sull'operato delle imprese funebri e non interviene direttamente «sulla domanda e sull'offerta dei servizi, nonché sulla definizione delle tariffe» se non per i servizi reputati obbligatori, che concernono, tra gli altri, il trasporto funebre e la fornitura del feretro.

## sulla rilevanza giuridica delle attività funebri

zione compiuta dalla regione in funzione del rapporto tra sedi e numero di abitanti. Tale norma segna a tutti gli effetti un *revirement* del legislatore, se consideriamo che il settore funerario è stato investito, alla pari di altri, dal processo di liberalizzazione avviato alla fine del secolo scorso. Invero, la lettera della norma sembra voler porre un freno all'indiscriminato aumento del numero delle imprese operanti sul mercato salvaguardando l'efficienza e l'efficacia delle prestazioni rese ai cittadini<sup>80</sup>. Come già osservato, il settore in questione è di per sé contraddistinto da una concorrenza imperfetta, per cui un aumento della capacità produttiva delle imprese non reca benefici in termini di equilibrio del mercato, anzi arreca nocimento alla collettività<sup>81</sup>. Al di là del meccanismo di attenuazione della liberalizzazione del settore, il dato più interessante che si ricava dalla norma in questione parrebbe essere la certificazione da parte del legislatore dell'inidoneità del mercato – sviluppatosi nel settore funerario – di venire incontro alle istanze sociali. Ciò giustifica la necessità di ricorrere a una regolamentazione pubblica dell'esercizio delle attività imprenditoriali a esso afferenti, ma soprattutto fornisce un ulteriore elemento di “doverosità”: il legislatore non ritiene che il funzionamento del mercato sia di per sé in grado di assicurare un servizio che è ritenuto essenziale. L'introduzione di barriere all'ingresso e la disciplina delle singole attività imprenditoriali rappresentano quindi anch'essi il prodotto di una valutazione di doverosità che fa del servizio funebre un servizio pubblico.

Pertanto, il ricorso alla programmazione territoriale viene anche previsto con specifico riguardo alla pianificazione cimiteriale e a quella impiantistica, entrambe fondamentali per garantire l'effettività del rispetto delle scelte individuali, su tutte quelle relative alla cremazione. A ulteriore rafforzamento di tale principio sta l'inclusione delle disposizioni individuali sulla cremazione del proprio corpo e la destinazione delle proprie ceneri all'interno dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali. Infatti, trattandosi di una materia riservata allo Stato, tale scelta sembra essere preordinata all'equo riconoscimento su tutto il territorio dei diritti dell'in-

<sup>80</sup> Ai sensi dell'art. 5, c. 2, «La programmazione territoriale di cui al comma 1 è definita dalle regioni quali enti primari di programmazione, tenendo in considerazione il rapporto tra popolazione e numero delle sedi autorizzabili. La programmazione territoriale deve prevedere che, fatte salve le sedi dei soggetti esercenti le attività funebri già insediate alla data di entrata in vigore della presente legge e rispondenti ai requisiti ivi previsti, il numero delle sedi autorizzabili sia proporzionale al numero degli abitanti residenti nelle macroaree territoriali vaste e omogenee, anche extra-comunali o interprovinciali, definite dalle regioni in ragione di un'autorizzazione ogni 15.000 abitanti».

<sup>81</sup> M. Cavallotti, *Il mercato funerario*, cit., 27.

dividuo, evitando il verificarsi di situazioni discriminatorie tra i cittadini a seconda della regione di residenza.

In conclusione, si ritiene di poter affermare che, analogamente a quanto rilevato nell'analisi del diritto positivo, anche dal processo di legiferazione in atto è possibile trarre plurimi fattori che sembrano evidenziare l'affermazione del servizio funebre quale servizio pubblico, sia pur tenendo ben presenti le criticità interpretative e le ricadute concrete che accompagnano l'istituto e le attività di cui ci si è occupati. Ricostruendo al contrario il percorso argomentativo che si è seguito, è opinione di chi scrive che l'attività parlamentare attualmente in sviluppo sul tema e l'operato delle regioni e degli enti locali siano legati da una consequenzialità logico-giuridica imperniata per l'appunto sulla sussunzione delle attività funerarie all'interno della categoria del servizio pubblico. Questa interpretazione è stata fatta propria *in primis* dalle regioni e dagli enti locali, che ne hanno consolidato la portata al fine di intercettare le esigenze provenienti dai propri territori di riferimento. All'origine di tale visione vi è però certamente una valutazione di doverosità, condotta dalle medesime autorità competenti, circa la necessità di assicurare una serie di prestazioni indefettibili, che nella fattispecie sono connesse alle esigenze di tutela del decoro, della dignità personale e della salute pubblica. Pertanto, si assume che le attività funerarie, per le ragioni evidenziate e nei limiti prospettati, debbano essere parte – e nei fatti lo sono già – del nucleo duro di servizi che segnano il rapporto tra l'amministrazione e i cittadini e, in forza di ciò, debbano essere l'oggetto di un'azione riformatrice volta a rendere l'offerta di tali servizi adeguata agli obiettivi di tutela posti dall'ordinamento.

#### *Abstract*

*The article aims to systematise funeral activities in the Italian framework by highlighting their main legally relevant features and verifying whether they can be qualified as public service or local public service activities. To this end, the analysis moves from the main doctrinal approaches of this topic and takes into account the regulatory trends, both the existing legislation and the law being established.*

# ARTICOLI

FRANCESCO MIDIRI

## IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA RECENTE

SOMMARIO: 1. Un diritto all'istruzione di derivazione legislativa come pretesa di servizio pubblico. – 2. Le indicazioni della giurisprudenza: il diritto all'istruzione come pretesa alla predeterminazione di standard. – 3. (*Segue*) La caratterizzazione dei principi del servizio pubblico in ambito scolastico. – 4. (*Segue*) Un criterio per contemperare il diritto all'istruzione con altri interessi giuridici. – 5. I nuovi caratteri giurisprudenziali del diritto all'istruzione.

### **1. Un diritto all'istruzione di derivazione legislativa come pretesa di servizio pubblico**

Nel nostro ordinamento si è progressivamente consolidata un'articolata figura di diritto all'istruzione di derivazione costituzionale (anche europea) caratterizzata in maniera essenzialmente teleologica. Dovrebbe realizzare, cioè, una serie di risultati di ordine personale e sociale attraverso un intervento pubblico diversificato sul piano funzionale ed organizzativo.

Innanzitutto, è un diritto che dovrebbe condurre allo sviluppo della persona, secondo l'art. 2 Cost., ma anche alla realizzazione di politiche di uguaglianza sostanziale, secondo l'art. 3 Cost.<sup>1</sup>. Ancora, dovrebbe garantire una formazione ed una preparazione culturale adeguate alla partecipazione sociale della persona, secondo il combinato disposto dell'art. 2 e dell'art. 34 Cost.<sup>2</sup>. Sul piano organizzativo, poi, si traduce nella pretesa ad una scuola

<sup>1</sup> La letteratura in materia di diritto all'istruzione nella Costituzione è molto ampia. In questa sede, anche nei riferimenti bibliografici successivi, si richiamano solo i riferimenti più rilevanti. Cfr. sul diritto come strumento di promozione personale e sociale per tutti A. M. Poggi, *Per un "diverso" Stato sociale*, Bologna, il Mulino, 2019.

<sup>2</sup> U. Pototsching, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 96 ss.; S. Cassese e A. Mura, *Commento agli artt. 33 e 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1976, 225 ss.; A. Roccella, *Il diritto alla istruzione nell'ordinamento italiano*, in *Il Politico*, 1990, 467 ss.; M. Gigante, *L'istruzione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2000, 782 ss.; A.M. Poggi, *Commento all'art. 34*, in *Commentario alla costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, UTET, 2006;

aperta, non solo accessibile a tutti, ma anche inclusiva e adattata alle esigenze di ogni studente, anche di quello con disabilità o bisogni educativi speciali, sempre sulla scorta dell'art. 34 Cost. La stessa disposizione, inoltre, impone che la scuola sia aperta anche all'esterno, per consentire la partecipazione della famiglia e delle varie componenti della società, adattando le proprie strategie operative alle esigenze di promozione sociale, culturale ed economica che emergono dal territorio<sup>3</sup>.

Le riforme costituzionali più recenti, infine, attraverso l'art. 117 Cost., caratterizzano il diritto all'istruzione come l'aspirazione ad una crescita personale e culturale che si realizzi all'interno di una comunità scolastica autonoma, cioè in grado di proteggersi dai condizionamenti ulteriori rispetto alle norme generali sull'istruzione ed ai livelli essenziali delle prestazioni<sup>4</sup>.

Nell'ordinamento europeo, poi, il diritto all'istruzione pare configurarsi come una pretesa a prestazioni articolate, innovative (anche attraverso canali di *e-learning*) e, soprattutto, misurabili sul piano della loro qualità, come pare suggerire l'art. 165 del TFUE<sup>5</sup>.

Accanto a questa figura tradizionale, però, sembra emergere una situa-

A. Sandulli, *Istruzione*, in *Dizionario giuridico. Diritto pubblico*, IV, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006; F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, Giappichelli, 2008; M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, Jovene, 2014; S. Penasa, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in *Tra amministrazione e scuola*, a cura di F. Cortese, Napoli, Editoriale scientifica, 2014; A. Sandulli, *Scuola e istruzione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 2022, 1015.

<sup>3</sup> Sul tema, oltre alle indicazioni precedenti, ed, in particolare, M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, cit., per tutti M. Benvenuti, *Commento all'art. 34*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani, *La costituzione italiana*, Bologna, il Mulino, 2018.

<sup>4</sup> Sull'autonomia per tutti, A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, il Mulino, 2003; A.M. Poggi, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, in *Ist. fed.*, 2004, 229 ss.; P. Rinaldi, *La scuola come autonomia funzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 61 ss.; M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Ist. fed.*, 2005, 353 ss.; R. Morzenti Pellegrini, *L'autonomia scolastica*, Torino, Giappichelli, 2006; F. Di Cristina, *Il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica*, in *questa Rivista*, 2015, 560 ss. Si v. anche L. Violini, *La scuola come comunità? modelli per una riorganizzazione*, in *Dir. cost.*, 2021, 111 ss.

<sup>5</sup> In tema D. Savy, *Commento art. 165*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2014, Giuffrè, 1495 ss.; F. Cortese, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *questa Rivista*, 2015, 1 ss.; M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione*, Milano, Giuffrè, 2006; M. Benvenuti, "La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale, in *La dimensione europea dei diritti sociali*, a cura di P. Bilancia, Torino, Giappichelli, 2019; Interessante anche S. Campailla, *L'istruzione a distanza nelle politiche dell'Unione europea, tra obiettivi da raggiungere e strumenti di tutela del diritto d'autore*, in *Rivista Scuola IaD*, 2010, 118 ss.



## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

zione soggettiva, di derivazione legislativa, diretta a richiedere agli apparati amministrativi nuove modalità e contenuti di azione, a garanzia del raggiungimento dei risultati del diritto all'istruzione costituzionale. Pare trattarsi, in questo senso, di una pretesa rivolta alle amministrazioni della pubblica istruzione, ma anche di una figura a cui dare attuazione attraverso la funzione di regolazione ministeriale.

Possiamo delinearla partendo dalla più recente legislazione dell'istruzione pubblica che l'ha configurata come un servizio pubblico, non soltanto nel senso di una prestazione a fruizione individuale obbligatoria<sup>6</sup>, ma anche di un'attività che garantisce diritti inviolabili della persona<sup>7</sup> attraverso l'applicazione di principi giuridici fondamentali.

Questa caratterizzazione deriva, innanzitutto, dalla Carta dei servizi pubblici della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, poi imposta per legge (d.l. 12 maggio 1995, n. 163) a tutte le figure soggettive che erogano servizi pubblici ed adattata, attraverso Schemi generali di riferimento (adottati con d.P.C.M.), per i vari ambiti di materia<sup>8</sup>. Il settore dell'istruzione si è dotato di una propria carta dei servizi con d.P.C.M. 7 giugno 1995 «Schema generale di riferimento della carta dei servizi scolastici». In questo testo i principi generali del servizio pubblico vengono, per così dire, adattati e caratterizzati. Particolare rilievo viene attribuito al tema della regolarità/continuità, della partecipazione, dell'accessibilità/inclusione, dell'efficienza e della programmazione dell'attività, che, con linguaggio più adeguato al tema della Carta generale del 1994, potremmo definire di predeterminazione di standard e di modalità dell'attività di istru-

<sup>6</sup> In tal senso, da ultimo, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2022. Ma per una ricostruzione della istruzione come forma di servizio pubblico cfr. A. Sandulli, *Scuola e istruzione*, cit., 1021.

<sup>7</sup> Cfr. A. Catelani, *La statalità del servizio scolastico e il diritto all'istruzione*, in A. Catelani e M. Falanga, *La scuola pubblica in Italia*, Brescia, La Scuola, 2011. In tema C. Marzuoli, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, Bologna, il Mulino, 2003, 19. Anche se parte della dottrina richiama le difficoltà di «qualificare l'istruzione come una funzione od un servizio strettamente intesi» cfr. A. Cassatella, *La valutazione scolastica*, in *Tra amministrazione e scuola*, a cura di F. Cortese, cit., che richiama in questo senso anche A. Sandulli, *Istruzione*, op. cit. e S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Foro it.*, pt.V, 1991, 235 ss.

<sup>8</sup> Sulle carte dei servizi, *Le carte dei servizi*, a cura di N. Pasini, Milano, Franco Angeli, 1999; G. Vesperini, *La carta dei servizi pubblici: erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, Maggioli, 1997; E. Flores, *La carta dei servizi scolastici*, in *Riv. giur. scuola*, 1996, 49. Ma si veda anche A. Di Paolo e S. Piazza, *Controllo e valutazione dell'organizzazione scolastica*, in *L'Amministrazione italiana*, 2005, 481.

zione. Rimane non esplicitato il tema dell'efficacia e della realizzazione del risultato che, peraltro, è immanente al tessuto normativo.

Sulla stessa linea si colloca la l. del 10 marzo 2000, n. 62, che, regolando la figura delle scuole paritarie, le pone all'interno di un sistema di servizio pubblico oggettivo in cui i soggetti pubblici e privati sono tenuti ad adempiere gli stessi obblighi ed a realizzare gli stessi principi<sup>9</sup>. Più recentemente, la legge sulla buona scuola del 13 luglio 2015, n. 107, all'art. 1 c. 2, ripropone, attraverso nuove formulazioni, gli stessi principi della carta dei servizi del 1995<sup>10</sup>. In particolare, le istituzioni scolastiche, come veri centri di servizio (nella generale tendenza della sussidiarietà verticale), garantiscono la partecipazione alle decisioni, la massima flessibilità, la diversificazione, l'efficienza ed efficacia del servizio scolastico, l'introduzione di tecnologie innovative, il coordinamento con il contesto territoriale, l'apertura della comunità scolastica al territorio, il pieno coinvolgimento delle istituzioni e delle realtà locali e, soprattutto, la programmazione dell'offerta formativa, nuova versione dell'erogazione del servizio attraverso la fissazione di standard di qualità (come prevedeva la carta dei servizi)<sup>11</sup>.

Configurata in questi termini, l'istruzione acquista una fisionomia diversa. Ma lo fa anche il relativo diritto che, fermi i risultati costituzionali a cui è preordinato, arricchisce i propri contenuti nella dimensione della complessiva attività amministrativa scolastica. Diviene, così, una pretesa soggettiva a che l'istruzione pubblica si strutturi ed operi come un servizio pubblico, predefinendo i propri standard di qualità (in altri termini i propri livelli essenziali di qualità delle prestazioni) e garantendo l'effettività dei principi giuridici imposti dalla legislazione e dalla regolazione amministrativa.

È in questo quadro che si inserisce la recente attività della giurisprudenza amministrativa, in gran parte stimolata dai problemi determinati dal COVID, la quale ha proceduto ad imporre l'attuazione di tutti questi principi, ma, nello stesso tempo, ne ha fornito una caratterizzazione spesso innovati-

<sup>9</sup> M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale dell'istruzione*, in *Dir. amm.*, 2002, 647; C. Marzuoli, *Istruzione e "stato sussidiario"*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 117. Più recentemente, A. Catelani, *L'apporto della scuola non statale al servizio di istruzione*, in *La scuola pubblica in Italia*, a cura di A. Catelani e M. Falanga, cit.

<sup>10</sup> Sulla legge delega V. Capuzza, E. Picozza e N. Spirito, *La buona scuola: introduzione alla riforma dell'istruzione italiana*, Torino, Giappichelli, 2016. Per un'analisi dal punto di vista dell'autonomia cfr. M. Cocconi, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 661 ss.

<sup>11</sup> Sugli standard, oltre alla letteratura citata in materia di carta dei servizi, si consideri la ricerca più risalente, *Gli standard nella pubblica amministrazione*, a cura di E. Balboni, Roma, CNR, 1994.

## **il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente**

va<sup>12</sup>. A questo proposito, l'azione dei giudici, nella quasi totalità dei casi, non ha qualificato consapevolmente i principi di servizio pubblico come tali, ma come regole generali o valori immanenti all'istruzione pubblica che, però, delineano anche la nuova fisionomia ed il contenuto del diritto all'istruzione.

### **2. Le indicazioni della giurisprudenza: il diritto all'istruzione come pretesa alla predeterminazione di standard**

Innanzitutto, la giurisprudenza ha riconosciuto la pretesa a che l'istruzione pubblica si realizzi attraverso la predeterminazione di standard operativi a monte rispetto alla fase erogativa.

A questo proposito, esiste un filone giurisprudenziale secondo il quale l'amministrazione scolastica è obbligata alla predeterminazione (o meglio, nel linguaggio dei giudici, che segue quello del legislatore, alla programmazione) degli standard operativi e di qualità della propria azione. Senza questa predeterminazione, le istituzioni scolastiche non possono esercitare le proprie funzioni (sia di erogazione che autoritative) se non illegittimamente. Così, perdono la capacità di esercitare i propri poteri di autonomia organizzativa e didattica e di dare corso alle proprie prestazioni.

Si tratta di una giurisprudenza relativa alla materia dell'inclusione scolastica<sup>13</sup> che si realizza oggi attraverso un'attività certificativa e pianificatoria

<sup>12</sup> In questo modo fuoriuscendo dal novero dei principi che caratterizzano la funzione autoritativa su cui vedi *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>13</sup> Il tema dell'inclusione pare essere un'evoluzione del tema dell'integrazione degli studenti disabili. La letteratura su queste due figure è amplissima. Basti ricordare i contributi più recenti. V.S. Penasa, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, cit.; P. Addis, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità*, in *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. Catelani e R. Tarchi, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 147; L. Buscema, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 4, 20; S. Troilo, *Tutti per uno o uno contro tutti?: il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Milano, Giuffrè, 2012. Definisce in maniera chiara l'inclusione E. Caracciolo La Grotteria, *Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2020, n. 36 secondo la quale «mentre in passato la scuola si occupava di favorire l'integrazione dello studente con disabilità che veniva inserito nel contesto scolastico svolgendo attività di tipo differente rispetto agli altri studenti, con l'evoluzione del concetto di disabilità è stato introdotto il modello di scuola inclusiva che tende a rendere più ampie le finalità della scuola, prevedendo una programmazione didattica ed educativa idonea a soddisfare le esigenze di ciascuno studente. A tal fine, la scuola è sottoposta ad un processo di continua evoluzione ed è chiamata ad utilizzare le risorse umane in modo da sostenere la partecipazione attiva all'i-

a monte, che accerti lo stato di disabilità o di bisogno educativo particolare e determini le potenzialità dell'alunno (profilo di funzionamento che sostituisce la diagnosi funzionale ed il piano didattico funzionale), ed un atto a valle che fissi le modalità operative ed i risultati formativi che si debbono garantire (piano educativo individuale)<sup>14</sup>. Con riguardo a quest'ultimo documento, i giudici sono abbastanza chiari nel definirlo sostanzialmente come un catalogo di standard operativi o di livelli di prestazione. Infatti, deve contenere: «a) finalità e obiettivi didattici; b) itinerari di lavoro; c) tecnologia da utilizzare; d) metodologie, tecniche e verifiche; e) modalità di coinvolgimento della famiglia»<sup>15</sup>. Per intenderci, si tratta del documento attraverso il quale la scuola determina il fabbisogno delle ore di attività di sostegno a vantaggio dello studente.

Queste attività di pianificazione vengono considerate un elemento essenziale del diritto all'istruzione: «La redazione del piano didattico funzionale (PDF) è finalizzata alla formulazione di un piano educativo individualizzato (PEI), nella cui definizione i soggetti interessati propongono, per quanto di propria competenza ed esperienza, gli interventi finalizzati alla piena realizzazione del diritto all'educazione, all'istruzione ed integrazione scolastica dell'alunno che si trova in situazione di handicap»<sup>16</sup>.

Per queste ragioni, senza la programmazione non può esservi un'attività di istruzione legittima, ed anzi, la scuola perde addirittura i propri poteri: «La mancanza o l'incompletezza del piano dinamico funzionale, nonché del piano educativo individualizzato, determinano l'impossibilità dell'amministrazione scolastica di provvedere in ordine alla tutela degli alunni con disabilità»<sup>17</sup>.

Queste indicazioni della giurisprudenza di merito vengono confermate anche dai giudici di legittimità che chiariscono che questa forma di illegittimità (o di neutralizzazione sostanziale delle competenze) opera non

struzione di tutti gli allievi all'interno di un contesto educativo che deve essere adattato alle esigenze di apprendimento di ciascun bambino», cit. a pagina 40. Sull'inclusione scolastica per tutti G. Matucci, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 37.

<sup>14</sup> La materia è stata recentemente riformata dal d. lgs. 13 aprile 2017, n. 66 adottato in attuazione della legge sulla buona scuola del 2015, in particolare attraverso gli artt. 7 e 10. Sulla riforma G. Matucci, «Buona scuola»: *l'inclusione scolastica alla prova dei decreti attuativi*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, n. 3, 1, ma anche più in generale F. Masci, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 2, 133 ss.;

<sup>15</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 1° giugno 2020, n. 2127. Negli stessi termini, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 26 maggio 2020, n. 1991; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 9 marzo 2020, n. 1042; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 02 gennaio 2019, n. 15.

<sup>16</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 22 marzo 2021, n. 1903.

<sup>17</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 4619.

## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

solo con riferimento alle tradizionali funzioni prestazionali, ma anche con riferimento alle non meno classiche funzioni autoritative di valutazione degli studenti: «Se la minore è stata scrutinata ed ammessa all'esame senza avere prima seguito il percorso normativamente previsto per la sua disabilità e quindi in violazione del suo diritto ad acquisire abilità e miglioramenti e soprattutto in assenza del PEI redatto solo a fine anno, e quindi certamente non utilizzato per lo scrutinio della alunna con riferimento alla dovuta valutazione dei progressi e/o degli obiettivi raggiunti attraverso la comparazione tra uno status di partenza, uno status in itinere ed uno status di arrivo, sussiste violazione dell'art. 11 d.lgs. n. 62/2017. Ciò in quanto per l'ammissione all'esame di Stato conclusivo del primo ciclo di istruzione, la sottocommissione, sulla base del piano educativo individualizzato, con riferimento alle attività svolte, alle valutazioni effettuate, valuta i progressi dell'alunno in rapporto alle sue potenzialità ed ai livelli di apprendimento iniziale»<sup>18</sup>.

La giurisprudenza, però, in questo quadro, si occupa anche della legittimità degli atti adottati dalle istituzioni scolastiche in esito alla programmazione ed alla determinazione degli standard di servizio. I giudici amministrativi, a questo proposito, confermano le indicazioni più risalenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato che avevano affermato che la quantificazione delle ore di sostegno ad opera degli organi competenti (il c.d. Gruppo di lavoro operativo handicap, GLOH) è immodificabile da parte dell'amministrazione scolastica regionale, chiamata a disporre solamente la relativa spesa<sup>19</sup>. Per questo, confermano che, dopo la determinazione delle ore di sostegno necessarie, l'amministrazione non può esercitare alcun potere discrezionale di variazione: «Il legislatore ha doverosamente attribuito al GLOH il potere di elaborare le proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di

<sup>18</sup> Cons. St., sez.V, 21 gennaio 2020, n. 482.

<sup>19</sup> La suprema Corte aveva chiarito che il «piano educativo individualizzato», definito ai sensi dell'art. 12, l. 104/1992, obbliga l'amministrazione scolastica a garantire il supporto per il numero di ore programmato, senza lasciare ad essa il potere discrezionale di ridurne l'entità in ragione delle risorse disponibili»; Cass., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, mentre il giudice amministrativo aveva affermato che «in materia di ore per disabile, è vincolante la proposta del Gruppo di lavoro operativo handicap (GLOH), poiché nessuna disposizione ha attribuito agli Uffici scolastici il potere di sottoporre a un riesame di merito quanto proposto dal suddetto Gruppo di lavoro»; Consiglio di Stato, sez.VI, 3 maggio 2017, n. 2023. Si tenga conto, a questo proposito, che i due giudici hanno sostanzialmente giurisdizione sulla stessa fattispecie. Quello ordinario l'accerta e la sanziona a titolo di discriminazione (ai sensi della l. 1° marzo 2006, n. 67, art. 2) il secondo, in via generale, a titolo di attività amministrativa illegittima. In tema cfr. F. Girelli, *La garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, n. 3, 100 ss.

sostegno. In relazione alla ‘fase procedimentale intermedia’ nel corso della quale si deve pronunciare l’Ufficio scolastico, nessuna disposizione di legge – nemmeno l’art. 4, D.P.C.M. n. 185/2006 – ha attribuito al dirigente preposto dell’Ufficio scolastico regionale il potere di ridurre, tanto meno senza una motivazione, il numero di ore di sostegno, individuate dal GLOH nelle sue “proposte” a favore dei singoli diversamente abili»<sup>20</sup>. Ma la medesima posizione è assunta nei confronti dell’ufficio scolastico regionale e della dirigenza scolastica anche quando la riduzione delle ore è motivata con le carenze economiche dell’istituto (quasi ad esercitare una forma scorretta di autonomia organizzativa o contabile): «il provvedimento finale del dirigente scolastico non può rendere inefficaci, sul piano del sostegno, le statuizioni operate dall’organo collegiale competente a stabilire la gravità dell’handicap e a predisporre il relativo piano individuale di intervento; tale provvedimento, peraltro, non si può basare su un vincolo derivante dalla carenza di risorse economiche che non possono condizionare il diritto al sostegno al punto di sacrificare il diritto fondamentale allo studio e all’istruzione»<sup>21</sup>.

In sostanza, dopo la programmazione o la fissazione degli standard, i poteri e l’autonomia delle amministrazioni scolastiche sono costretti a tradursi in attività meramente attuative, senza che possa residuare alcuna discrezionalità. Nella sostanza, quindi, le istituzioni assumono obblighi di prestazione (o di servizio pubblico).

Corollario di questa ricostruzione è il fatto che, nella fase regolatoria di fissazione degli standard o dei programmi, l’amministrazione scolastica, in generale, esercita forme di discrezionalità amministrativa, e, in particolare, nell’attività di inclusione degli studenti con bisogni speciali, esercita forme di discrezionalità tecnica.

Con riguardo a quest’ultimo caso, in particolare, i giudici di merito hanno confermato i caratteri della discrezionalità affermando l’impossibilità di sostituirsi all’amministrazione inadempiente nella determinazione degli standard di servizio: «La quantificazione del numero di ore di sostegno attivabili nell’ambito della deroga riconosciuta ex lege è affidata alle concorren-

<sup>20</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III, 03 settembre 2020, n. 9312; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2020, n. 1271; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 10 luglio 2020, n. 1421; TAR Molise, sez. I, 29 ottobre 2020, n. 295. Stessa posizione viene assunta dal g.o. che si pronuncia in tema di discriminazione cfr. Tribunale Rieti, 12 febbraio 2020, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, I, 473.

<sup>21</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 1223, negli stessi termini TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 febbraio 2020, n. 2296. Ma anche, con riferimento alle carenze economiche accampate dall’USR, TAR Lazio, Roma, sez. III, 03 settembre 2020, n. 9312. Tutte riprendono Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3393, e Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 704.

## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

ti valutazioni e competenze delle distinte figure professionali facenti parte dell'equipe multidisciplinare di cui all'art. 12 comma 5, l. 5 febbraio 1992 n. 104. Ad essa spetta pertanto il compito, in sede di redazione del P.E.I., di formulare le proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie e di dimensionare, quanto a contenuto ed aspetti temporali, l'intervento di sostegno ai bisogni specifici dell'alunno interessato. La quantificazione concreta delle ore di sostegno attribuibili, pertanto, non può essere operata in sede giudiziaria, per le note limitazioni che il g.a. incontra nel sindacare l'attività tecnico- discrezionale dell'Amministrazione, ma deve essere contenuta nel suddetto P.E.I., alla cui redazione l'Amministrazione è obbligata<sup>22</sup>.

In termini più generali, peraltro, gli stessi giudici di legittimità affermano che la regolazione delle modalità di erogazione dell'istruzione è discrezionale, nella misura in cui va a contemperare interessi pubblici di diversa natura. Più precisamente, il Consiglio di Stato ha riconosciuto come fondata la pretesa all'autorefezione (cioè a consumare il pasto preparato da casa), considerandola una facoltà riconducibile al più ampio diritto all'istruzione<sup>23</sup>. Compete all'amministrazione, però, sulla scorta della considerazione di tutti gli interessi coinvolti, compreso quello economico ad una gestione efficiente e quello sanitario (in periodo COVID), determinare le modalità dell'autorefezione, consentendo, nella maggior misura possibile, che gli studenti possano consumare insieme il pasto all'interno del c.d. "tempo mensa", ambito essenziale del diritto all'istruzione<sup>24</sup>. Si afferma, così, che «in siffatte ipotesi, in cui la prestazione pubblica è necessaria per consentire la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato, avente ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, l'Amministrazione è chiamata ad operare un equilibrato e ragionevole bilanciamento degli interessi concretamente rilevanti, valutando, in via primaria, se sia possibile una coesistenza dell'interesse privato

<sup>22</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 26 maggio 2020, n. 1991. Ed anche TAR Campania, Napoli, sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1714.

<sup>23</sup> Sulla base del riferimento a Cass., sez. un., 30 luglio 2019, n. 20504, la quale negli stessi termini afferma che non esiste un diritto perfetto all'autorefezione, gli studenti, invece, «possono esercitare diritti procedurali, al fine di influire sulle scelte riguardanti le modalità di gestione del servizio mensa, rimesse all'autonomia organizzativa delle istituzioni scolastiche, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica». In altri termini, anche per il g.o., l'effettività del diritto all'autorefezione come elemento del diritto all'istruzione è rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione. Precedentemente, sempre in materia di autorefezione, il Consiglio di Stato aveva sindacato queste scelte discrezionali dell'amministrazione ma le aveva considerate dirette a comprimere una libertà personale non riconducibile al diritto all'istruzione Cfr. Cons. St., sez. V, 3 settembre 2018, n. 5156.

<sup>24</sup> Su questa attività discrezionale R. Medda, *La mensa scolastica tra pretese individuali ed esigenze collettive*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, n. 1, 256.

con l'interesse pubblico primario perseguito e provvedendo, in subordine, all'assunzione di decisioni limitative dell'altrui sfera giuridica soltanto ove rispettose del principio di proporzionalità e, pertanto, soltanto qualora la scelta in concreto assunta sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito, non determini un eccessivo sacrificio per gli interessi privati attinti... in particolare, l'autorefezione non comporta – di necessità – una modalità solitaria di consumazione del pasto, dovendosi, per quanto possibile, garantire, da parte dell'Amministrazione scolastica, la consumazione dei pasti degli studenti in un tempo condiviso che favorisca la loro socializzazione»<sup>25</sup>.

Queste ricostruzioni giurisprudenziali impattano anche sulle qualificazioni giuridiche delle situazioni soggettive collegate al diritto all'istruzione nelle varie fasi dell'azione amministrativa. In particolare, nella determinazione discrezionale degli standard o degli atti programmatori, il diritto inviolabile all'istruzione rimane sullo sfondo e dà origine ad un interesse legittimo che opera nell'esercizio del potere degli apparati scolastici, fase definita di «mediazione amministrativa» dai giudici. Nell'attuazione degli standard, invece, la situazione soggettiva collegata all'istruzione assume la veste di una pretesa di servizio incondizionata, riconducibile ad un diritto di credito.

Sempre in materia di autorefezione, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che: «la posizione delle originarie parti ricorrenti è, dunque, secondo le prospettazioni convergenti del giudice ordinario e di quello amministrativo, un interesse legittimo che, necessariamente, deve trovare il suo assetto all'interno del procedimento amministrativo, con gli ordinari strumenti di tutela ivi predisposti»<sup>26</sup>. Si tratta di una qualificazione che ricalca precedenti importanti arresti della Corte di cassazione e dello stesso Consiglio di Stato<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Cons. St., 30 novembre 2020, ord. n. 6926. Il provvedimento decide in sede cautelare in grado d'appello, dopo una complessa precedente vicenda, accogliendo la istanza di rideterminare un provvedimento dell'istituzione scolastica che aveva negato in radice, per ragioni sanitarie, con una riforma del Piano triennale dell'offerta formativa e, successivamente, con altri atti, il diritto all'autorefezione.

<sup>26</sup> Cons. St., sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839.

<sup>27</sup> Cfr. Cass., sez. un., 08 ottobre 2019, n. 25101, che si pronuncia in materia di discriminazione determinata da inadeguate misure di sostegno (che ledono un diritto soggettivo) ma che rinvia, per la qualificazione delle posizioni soggettive inerenti al potere discrezionale di pianificazione per l'inclusione scolastica, a Cons. St., sez. VI, 03 maggio 2017, n. 2023, che afferma «Qualora siano contestati una “diagnosi funzionale-D.F.”, un “profilo dinamico funzionale-P.D.F.” oppure un “piano educativo individualizzato-P.E.I.”, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Si tratta in questo caso di controversie concernenti un pubblico servizio, quale l'istruzione, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, e sono ravvisabili posizioni di interesse legittimo, poiché i relativi atti della Amministrazione scolastica sono atti posti in essere nell'esercizio di un ampio potere



## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

che, in una di queste sentenze, pur non qualificando formalmente la posizione a valle della determinazione discrezionale delle ore di sostegno (anche perché la qualificazione sarebbe stata irrilevante ai fini dell'attribuzione della giurisdizione che, in qualità di controversia concernente un pubblico servizio, quale l'istruzione, compete al g.a. in via esclusiva ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. c), del codice del processo amministrativo), l'identifica come una pretesa incondizionata di cui il giudice deve soltanto prendere atto: «il giudice deve emanare prontamente, se del caso in sede cautelare ovvero con una sentenza resa all'esito della camera di consiglio, le misure volte ad imporre l'attribuzione delle ore di sostegno spettanti, tenendo conto che il decorso del tempo incide quanto mai negativamente sulle prospettive di recupero dell'alunno disabile, risultando in tal caso in linea di principio sufficiente a ritenere fondato il ricorso l'oggettivo contrasto tra la proposta del GLOH e le successive immotivate determinazioni dell'Amministrazione»<sup>28</sup>.

La giurisprudenza di merito recente segue in maniera diretta questi orientamenti. Infatti, si afferma che: «La situazione giuridica che è alla base dell'assegnazione di ore di sostegno ad un alunno disabile è di interesse legittimo, pertanto la stessa non è tutelabile mediante un'autonoma azione di accertamento, la quale comporterebbe che l'adito Tribunale si sostituisca all'Amministrazione nell'esercizio di un'attività riservata alla discrezionalità della stessa»<sup>29</sup>. Mentre invece: «L'alunno disabile ha un diritto soggettivo a ricevere le prestazioni assistenziali definite nel P.E.I. L'art. 13, comma 3, l. n. 102 del 1992 impone agli enti locali di assicurare assistenza agli alunni con handicap fisici o sensoriali in modo da favorirne l'autonomia e la comunicazione personale. La misura di quest'obbligo è definita nel piano educativo individualizzato (PEI) di cui all'art. 12, comma 5, l. n. 104 del 1992 e all'art. 14, l. n. 328/2000. L'individuazione delle prestazioni assistenziali formalizzata nel PEI dà contenuto ad un diritto soggettivo che fa capo al disabile il quale, quindi, può pretendere che l'Amministrazione eroghi nei suoi confronti esattamente quanto previsto nel citato documento»<sup>30</sup>.

Come abbiamo visto, la giurisprudenza relativa alla pretesa ad un'attività di istruzione per standard si occupa prevalentemente di inclusione scolastica. Non si deve considerare, però, che queste indicazioni non abbia-

tecnico-discrezionale dei competenti organi amministrativi». Sulle questioni di giurisdizione generate dal sistema cfr. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 275 ss.

<sup>28</sup> Cons St., sez. VI, 03 maggio 2017, n. 2023.

<sup>29</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III, 03 settembre 2020, n. 9316.

<sup>30</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16 febbraio 2021, n. 431. Negli stessi termini TAR Campania, Napoli, sez. IV, 10 gennaio 2022, n. 143.

no una portata generale. La dottrina, ed anche le indicazioni del legislatore, depongono in senso contrario. Innanzitutto, gli interpreti hanno affermato che il valore della programmazione e della standardizzazione delle prestazioni didattiche e formative debbono valere non soltanto per gli studenti da includere ma per tutti. Una scuola inclusiva, infatti, adegua sé stessa e la propria struttura per essere efficace per ogni profilo di studente, per quello con bisogni speciali ma anche per tutti gli altri<sup>31</sup>. Si va, quindi, verso una didattica individualizzata e personalizzata per la generalità dei fruitori. Questo impone uno sforzo di programmazione e di determinazione degli standard di qualità ad opera degli organi collegiali di istituto (primo fra tutti il consiglio di classe) per ciascun membro della comunità di classe (e dell'intera comunità scolastica più in grande). Lo stesso legislatore ha imposto recentemente atti programmatici e di standardizzazione che dilatano l'area dei bisogni speciali degli studenti, fino a comprendere ogni forma di «svantaggio socioeconomico, linguistico, culturale», e che si pongono, quindi, come indicazioni generali valide per tutta la comunità studentesca<sup>32</sup>.

Entro queste coordinate, allora, le precedenti indicazioni giurisprudenziali ben possono acquisire valore di carattere generale. Se la giurisprudenza impone l'elemento tecnico della standardizzazione delle prestazioni come elemento imprescindibile del servizio pubblico scolastico (soprattutto nella dimensione paradigmatica dell'inclusione), fa emergere anche il tema della programmazione come fattore da cui dipende la corretta realizzazione dei poteri di autonomia. Ma la stessa programmazione diventa lo strumento tecnico, come vedremo, per la personalizzazione delle prestazioni, ovvero, per la realizzazione di una didattica individualizzata e personalizzata. In sostanza, la programmazione delle prestazioni, lungi da essere solamente uno strumento tecnico coesistente al servizio pubblico, diventa un elemento di contenuto

<sup>31</sup> G. Matucci, *Personalizzazione degli apprendimenti, eguaglianza, capacità*, in *Dir. cost.* 2021, 87; *Id.*, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 37 e *Id.*, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, in *Costituzione e istruzione*, a cura di G. Matucci e F. Rigano Milano, Giuffrè, 2016.

<sup>32</sup> Si consideri la legge 8 ottobre 2010 n. 170 in materia di disturbi specifici di apprendimento (DSA) che fa riferimento proprio ad una «didattica individualizzata e personalizzata» (art. 5) e la Direttiva ministeriale 27 dicembre 2012 che amplia l'area dello svantaggio scolastico che viene indicata come l'area dei bisogni educativi speciali (BES) che ricomprende la disabilità, i disturbi evolutivi specifici ma anche lo svantaggio economico, linguistico e culturale. Uno degli strumenti di pianificazione è il piano didattico personalizzato disciplinato dal decreto Ministeriale 12 luglio 2011 n. 5669 che vale per gli studenti con DSA (categoria ricompresa negli studenti con BES senza disabilità certificate, studenti per i quali si applicherà il PEI). In questo quadro, la circolare ministeriale n. 8 del 6 marzo 2013 tende ad estendere strumenti pianificatori personalizzati, quali il PDP, per ogni situazione di svantaggio.

## **il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente**

del diritto che, nella ricostruzione dei giudici, influisce direttamente sui valori dell'autonomia e dell'efficacia della didattica.

### **3. (Segue) La caratterizzazione dei principi del servizio pubblico in ambito scolastico**

Un secondo filone giurisprudenziale rilevante è rappresentato dalle sentenze che, potremmo dire, operano una qualificazione funzionale dei principi del servizio pubblico. Si tratta di indicazioni che, sul presupposto che la persona possa pretendere un'attività scolastica caratterizzata da standard di qualità, delineano in maniera peculiare per l'istruzione il contenuto dei principi generali del servizio pubblico, fino a farli divenire principi del servizio pubblico scolastico. Questi ultimi, così ricostruiti, si impongono come parametri della discrezionalità amministrativa (e dell'autonomia didattica ed organizzativa delle istituzioni scolastica) nella definizione degli standard organizzativi ed operativi, ma anche come parametri dell'erogazione delle prestazioni didattiche.

Varie sentenze si occupano di sindacare la legittimità di provvedimenti di valutazione degli studenti per la loro ammissione alle classi successive e, in quella sede, caratterizzano i principi di efficacia e di partecipazione.

Esiste, certamente, un'ampia serie di pronunce che affermano che il provvedimento di non ammissione dell'alunno alla classe successiva è determinato esclusivamente dall'accertamento tecnico-discrezionale dei risultati negativi conseguiti nell'apprendimento e nella maturazione. In presenza di questo accertamento la valutazione negativa dell'amministrazione è sempre legittima<sup>33</sup>.

Tende ad affermarsi, peraltro, una linea giurisprudenziale che, sulla base di una differente caratterizzazione del principio di efficacia, pone nuovi parametri di legittimità per gli atti di valutazione dello studente. I giudici di merito affermano che l'obiettivo delle prestazioni scolastiche non è soltanto attribuire contenuti didattici e formativi (la cui acquisizione deve essere verificata), ma fornire una preparazione che consenta di affrontare le classi successive e, eventualmente, il mondo del lavoro, senza soffrire di una condizione di inadeguatezza ed incapacità. Come afferma il TAR Milano «le valutazioni scolastiche si caratterizzano per un margine peculiare di insindacabilità nel merito, in quanto orientate non a selezionare i più meritevoli

<sup>33</sup> Per tutte TAR Sicilia, Catania, sez. III, 20 settembre 2021, n. 2831; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 05 agosto 2021, n. 5456; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 07 maggio 2020, n. 340.

in base a parametri preordinati, come nelle prove concorsuali, ma a garantire un'efficace formazione dei giovani, secondo le finalità proprie dell'istruzione pubblica; finalità che possono configurare l'esito sfavorevole di una prova d'esame non come soccombenza rispetto ad altri soggetti, né come giudizio in assoluto negativo, ma come riconoscimento della necessità che alcuni singoli scrutinati rafforzino le proprie cognizioni di base, per affrontare senza sofferenza e maggiori possibilità l'ulteriore corso degli studi, ovvero l'ingresso nel mondo del lavoro»<sup>34</sup>.

Il canone dell'efficacia non è rappresentato tanto dalla trasmissione di contenuti minimi necessari a proseguire nelle varie fasi dei corsi di studio, ma dalla necessità di impedire che lo studente finisca per trovarsi in una condizione di bisogno educativo o formativo/professionale all'interno della scuola o nel mondo del lavoro. Quasi a prevenire quello che, nel linguaggio dei servizi sociali, costituisce il presupposto di fatto degli interventi prestazionali pubblici<sup>35</sup>.

Sulla scorta di questa caratterizzazione dell'efficacia alcune sentenze forniscono importanti indicazioni in materia di partecipazione e della stessa efficacia. In particolare, vi sono pronunce che escludono la legittimità di provvedimenti di mancata ammissione alle classi successive quando, pur in presenza di risultati negativi nell'apprendimento, l'amministrazione non ha informato la famiglia dei problemi scolastici dello studente e delle eventuali iniziative formative integrative messe a disposizione dall'istituto per risolverli. In particolare, si afferma che «è illegittimo il provvedimento di non ammissione di un'alunna alla classe successiva della scuola primaria, qualora, per un verso, non sia provato che la scuola abbia adempiuto all'onere di informazione nei confronti dei genitori in ordine alle carenze formative riscontrate e, per altro verso,

<sup>34</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. III, 09 agosto 2021, n. 1914; sulla stessa linea TAR Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 14 settembre 2018, n. 184, secondo la quale «Gli studenti (e i genitori) devono aspirare alla propria formazione scolastica ottimale e detto interesse non sempre si identifica nel perseguimento dell'avanzamento alla classe successiva» ma anche Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2014, n. 5785, ove si afferma che «l'interesse degli allievi e di coloro che esercitano potestà genitoriale deve identificarsi non nel perseguimento in ogni caso dell'avanzamento alla classe successiva, ma nel corretto svolgimento del servizio pubblico scolastico, finalizzato alla formazione ottimale degli studenti».

<sup>35</sup> Si consideri la definizione stessa di servizi sociali nella l. 8 novembre 2000 n. 328 che richiama l'art. 128, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112: «le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita». Per il quadro normativo italiano in materia di servizi sociali, per tutti, A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2020 ed anche A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali: intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007.

## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

la minore non risulti essere stata invitata a partecipare alle attività di recupero organizzate presso l'istituto e rese in favore degli alunni»<sup>36</sup>. Gli stessi giudici di legittimità affermano che è illegittima la non ammissione alla classe successiva se il deficit formativo avrebbe potuto essere colmato negli anni successivi nei quali si sarebbe potuto superare lo stato di “sofferenza”: «la valutazione finale di un alunno, anche nel caso in cui sia negativa, essendo finalizzata ad evidenziare eventuali carenze nell'acquisizione dei livelli di apprendimento in una o più discipline, non giustifica la mancata ammissione alla classe successiva, dovendo comunque verificare se le carenze rilevate al termine dell'anno scolastico possano, essere recuperate dall'alunno in seguito»<sup>37</sup>.

Come si vede, l'efficacia viene caratterizzata in termini di esclusione di gap educativi e formativi che affliggano lo studente fuori e dentro la scuola. Su questo presupposto, però, la partecipazione dell'utenza non viene considerata tanto come trasparenza con riguardo alle assenze ed ai voti negativi (a questo basta il registro elettronico), ma, piuttosto, come coinvolgimento per una utile predisposizione concertata di strategie e misure formative supplementari necessarie a colmare lo stato di bisogno dello studente. Anche nella prospettiva futura della frequenza alle classi successive. Si deve considerare che i principi di servizio pubblico, così riconfigurati, costituiscono non solo parametri per la legittimità del momento di erogazione delle prestazioni didattiche, ma anche per la legittimità di provvedimenti autoritativi di ammissione alle classi.

In quest'ottica, ritorna il tema della programmazione che, nella ricostruzione dei giudici, rappresenta la soluzione tecnica per la garanzia del coinvolgimento reale dello studente e per l'approntamento, di nuovo, di una didattica personalizzata.

Nell'ambito della giurisprudenza che caratterizza i principi del servizio pubblico scolastico paiono molto rilevanti anche le pronunce che, in sede cautelare, attraverso il sindacato di legittimità delle ordinanze regionali che, per ragioni di COVID, sospendono l'attività scolastica in presenza e dispongono la cosiddetta didattica a distanza, riconfigurano soprattutto il principio di continuità, ma anche, di nuovo, quello di efficacia/adequatezza e di partecipazione.

In questa materia, i giudici affermano, in maniera sostanzialmente unitaria, che, sul presupposto della prevalenza del valore della salute su quello dell'istruzione, la didattica a distanza (DAD), ovvero la previsione di forme di didattica alternativa non in presenza realizzata attraverso strumenti digitali,

<sup>36</sup> TAR Lazio, Latina, sez. I, 05 luglio 2019, n. 491.

<sup>37</sup> Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2021, n. 638.

garantiscono comunque il principio della continuità del servizio<sup>38</sup>. A questo riguardo, il TAR Puglia ammette forme alternative di didattica sulla scorta di questa motivazione: «il necessario contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio nella attuale situazione epidemiologica vede prevalere il primo sul secondo (comunque parzialmente soddisfatto attraverso la didattica a distanza), attesa la necessità di contenere il rischio del diffondersi del virus. Pertanto, dato che il provvedimento impugnato ha una efficacia temporale limitata (dal 30 ottobre al 24 novembre), suscettibile anche di riduzione in base alla valutazione dell’impatto delle misure assunte sull’evolversi della situazione epidemiologica, è da rigettare l’istanza di misure cautelari provvisorie»<sup>39</sup>. Sulla stessa linea si muove il giudice della Campania<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Sulle potenzialità positive e negative della DAD in era COVID M. Palma, *Il diritto della didattica a distanza (d.a.d.)*, in *federalismi.it*, 2021, 121 ss.; G. Chiara, *Il diritto all’istruzione in tempo di pandemia tra limitazioni e prospettive di rilancio*, in *JusOnline*, 2021, 73 ss.; E. Carloni, *Il diritto all’istruzione al tempo del coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 6; G. Laneve, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e tecnologia*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 410 ss.; ma vedi anche M.N. Campagnoli, *Diritto all’educazione e nuove tecnologie. Sulla necessità di un approccio consapevole*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, n. 2. Per una panoramica delle misure assunte in ambito europeo A. Crescenzi, *Gli effetti delle misure adottate dagli stati per attenuare la diffusione del covid-19 sul diritto all’istruzione*, in *OIDU- Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2021, 648.

Sulla giurisprudenza, anche quella citata nel testo, che ha tentato di contemperare istruzione e salute in era COVID, con particolare anche se non esclusivo riferimento alla DAD, la dottrina è naturalmente ampia. L. Dell’Atti, *Bilanciare istruzione e salute. considerazioni brevi su strumenti unitari e leale collaborazione a partire da talune ordinanze regionali in materia di sospensione della didattica “in presenza”*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, 87 ss.; F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all’emergenza sanitaria*, in *federalismi.it*, 2021, 90 ss.; F. Rota e F. Borriello, *Organizzazione amministrativa e tutela dei diritti sociali nell’emergenza pandemica e per la ripresa post-pandemica, con particolare riferimento alla sanità e all’istruzione*, in *Amministrativamente*, 2021, 200 ss.; P. Maci, *La scuola nel conflitto Stato-Regioni tra TAR e leale collaborazione*, in *Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 1, 221; ID., *Il cortocircuito del sistema istruzione tra emergenza sanitaria ed emergenza educativa*, in *www.dirittifondamentali.it.*, 2021, n. 2; G. Di Cosimo, *Stato, Regioni e didattica: troppa distanza?*, in *Le Regioni*, 2020, 1267 ss.; R. Marzo, *A scuola no, sì, forse: “chi” decide e “cosa”*, in *ambienteditto.it*, 2020, 1031 ss.; M. Pierri, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all’istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, n. 6, 121; I. Romano, *Spunti di riflessione sull’applicazione del principio di proporzionalità ai tempi del Covid-19: considerazioni a margine dei decreti cautelari del TAR Campania aventi ad oggetto la sospensione delle attività educative e didattiche in presenza ad opera dell’ordinanza del Presidente della Giunta Regionale n. 79/2020*, in *Persona e amministrazione*, 2020, 498 ss.

<sup>39</sup> TAR Puglia, Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, decr. n. 695.

<sup>40</sup> TAR Campania, Napoli, sez.V, 19 ottobre 2020, decr. n. 1922; TAR Campania, Napoli, sez.V, 9 novembre 2020, decr. n. 2025 entrambe in *www.dirittifondamentali.it*. In senso contrario, invece, pare pronunciarsi il TAR Calabria, Catanzaro, 8 gennaio 2021, decr. n. 2, che parla

## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

Le voci apparentemente dissonanti, in realtà, non contestano il binomio continuità – modalità didattiche non tradizionali. Infatti, anche il TAR Puglia di Bari, che non ammette la legittimità delle ordinanze che sospendono la scuola in presenza, lo fa perché le carenze organizzative delle istituzioni scolastiche non consentono di attivare adeguatamente la DAD: «vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica ... Ritenuto che il rilevato profilo di inadeguatezza del sistema scolastico pugliese ad attivare subito la DAD costituisce ragione di urgenza per la quale si deve disporre la misura cautelare interinale»<sup>41</sup>.

Anche i principi di efficacia e di partecipazione, come anticipato, sono interessati dalla giurisprudenza in materia di DAD. Più precisamente, i giudici censurano la didattica a distanza, non perché non garantisce la continuità delle prestazioni, ma perché non raggiunge uno dei risultati essenziali dell'istruzione pubblica: la socializzazione degli studenti all'interno della comunità scolastica come momento fondamentale di crescita personale. Il TAR Calabria afferma a questo riguardo: «la sospensione del servizio scolastico in presenza, il cui rischio risulta già sotto controllo con le misure nazionali in atto, ha leso oltre misura il diritto all'istruzione per i cittadini più giovani arrecando non solo pregiudizio formativo, ma anche psicologico, educativo e di socializzazione essendo la loro personalità in via di costruzione, costruzione che la Costituzione vuole avvenga anche ed obbligatoriamente nella “formazione sociale” della Scuola»<sup>42</sup>.

Altra parte della giurisprudenza, invece, censura i provvedimenti che dispongono la didattica a distanza perché non considerano il *digital divide* che affligge molti studenti e, quindi, non consentono la reale partecipazione di coloro che, per loro condizioni economiche, sociali o di collocazione

di «rilevante pregiudizio a carico del diritto all'istruzione ricadente sui minori compresi nelle fasce di età riconducibili all'istruzione elementare e media non compensabile col ricorso alla D.A.D.».

<sup>41</sup> TAR Puglia, Bari, sez. II, 6 novembre 2020, decr. n. 680, negli stessi termini TAR Puglia, Bari, sez. III, 6 dicembre 2020, decr. n. 1236, ed anche TAR Basilicata, 24 novembre 2020, decr. n. 272.

<sup>42</sup> TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 dicembre 2020, n. 2075. Da una prospettiva costituzionalistica ha esplorato il tema della esclusione sociale determinata dalla DAD G. Matucci, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 623 ss.; R. Calvano, *L'istruzione, il covid-19 e le disuguaglianze*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 57 ss. Ma vedi anche C. Crocetta, *Diritti sociali e prossimità alla prova del coronavirus. una “prima analisi” antropologico-giuridica*, in (2020) *BioLaw Journal*, 249.

territoriale non dispongono di adeguati supporti informatici o di adeguati collegamenti di rete. Secondo il TAR dell'Emilia-Romagna la sospensione della didattica in presenza: «va immotivatamente (e in definitiva ingiustificatamente) a comprimere in maniera eccessiva (se non a conculcare integralmente) il diritto degli adolescenti a frequentare di persona la scuola quale luogo di istruzione e apprendimento culturale nonché di socializzazione, formazione e sviluppo della personalità dei discenti, condizioni di benessere che non appaiono adeguatamente (se non sufficientemente) assicurate con la modalità in DAD a mezzo dell'utilizzo di strumenti tecnici costituiti da videoterminali (di cui peraltro verosimilmente non tutta la popolazione scolastica interessata è dotata)»<sup>43</sup>. In questo senso, si impone una nuova visione della partecipazione collegata alla didattica svolta in modalità innovative. Non si tratta di una forma di trasparenza degli atti e delle attività, né di una forma di codeterminazione dei contenuti o delle strategie formative, come nella giurisprudenza indicata prima. Qui, il principio di partecipazione diventa la necessaria disponibilità di supporti tecnologici in capo all'utenza per accedere alle prestazioni scolastiche. Disponibilità che, in linea di principio, per una scuola aperta, dovrebbe essere fornita e garantita dall'amministrazione, come parte dell'attività prestazionale<sup>44</sup>.

Esiste un'ultima tendenza giurisprudenziale importante nell'ambito della ridefinizione dei principi del servizio pubblico scolastico. Si tratta di pronunce che si occupano dell'aggiornamento della pianificazione didattica per gli studenti con disabilità o con bisogni educativi speciali e che forniscono importanti indicazioni in materia di efficacia ed adeguatezza delle prestazioni.

I giudici di merito sottolineano la necessità di un aggiornamento costante delle modalità didattiche specifiche, per renderle adeguate ai bisogni degli studenti. Il TAR della Lombardia, a questo riguardo, rileva la necessità del costante aggiornamento della pianificazione: «il dimensionamento del-

<sup>43</sup> TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 15 gennaio 2021. Ma negli stessi termini anche TAR Calabria, Catanzaro, 8 gennaio 2021, decr. n. 2, cit. Sul tema del *digital divide* in era COVID M. Troisi, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 2020, 781; P. Zuddas, *Covid-19 e "digital divide": tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 285.

<sup>44</sup> Questa giurisprudenza amministrativa riecheggia la giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente esteso l'oggetto del c.d. diritto allo studio, dapprima finanziando soltanto la frequenza alle lezioni, per poi garantire anche il finanziamento delle spese per libri e mezzi di trasporto. In tema sia consentito rinviare a F. Midiri e P. Provenzano, *il diritto allo studio e il merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 167 ss.



## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

la prestazione assistenziale ha carattere sostanzialmente dinamico, dovendo essere correlato all'andamento della patologia da cui il disabile è affetto. Ne consegue che la prestazione da erogare varia con il variare delle necessità dell'alunno, a loro volta correlate allo sviluppo del suo stato psico-fisico. È proprio per questa ragione che l'art. 12, l. n. 104/1992 prevede periodici aggiornamenti correlati a periodiche verifiche dei bisogni della persona svantaggiata<sup>45</sup>. Medesime considerazioni svolge il TAR Napoli che afferma che «la determinazione del numero di ore di sostegno adeguato alla patologia sofferta deve essere effettuata dall'Amministrazione per ciascun anno, in base alla specifica rilevazione delle esigenze concrete e dello stato evolutivo del disabile, fermo restando l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere anno per anno alla predisposizione del PEI»<sup>46</sup> e che, nel medesimo tempo, postula un generale «rapporto di adeguatezza (delle misure che) va evidentemente parametrato in funzione dello specifico e concreto ciclo scolastico frequentato»<sup>47</sup>.

Sulla base di queste considerazioni altri giudici giungono ad affermare il diritto degli studenti ad una didattica individualizzata e personalizzata e ad una diversificazione didattica e metodologica: «Ai fini dell'ammissione alla classe successiva, per gli alunni affetti da DSA non sono previsti criteri differenti, essendo previsto esclusivamente l'obbligo per gli istituti scolastici di erogare una didattica individualizzata e personalizzata, e misure compensative o dispensative adeguate per dimostrare il reale livello di apprendimento raggiunto»<sup>48</sup>. Ed ancora «la predisposizione di misure dirette a sostenere gli studenti che presentano un disturbo specifico dell'apprendimento riflette l'esigenza, emergente dagli art. 9, 10 e 11, del d.lgs. n. 59/2004, di assicurare la diversificazione didattica e metodologica in relazione allo sviluppo della personalità dell'allievo»<sup>49</sup>.

A questo proposito, per garantire la flessibilità e diversificazione degli strumenti di pianificazione didattica, il Consiglio di Stato aveva addirittura già affermato che «il piano educativo individualizzato (P.E.I.) non è un provvedimento amministrativo autoritativo da impugnarsi entro termini decadenziali, bensì costituisce un modulo procedimentale – intermedio e di carattere essenzialmente istruttorio e preparatorio – volto a regolare l'ero-

<sup>45</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. III, 10 febbraio 2020, n. 277, ed anche TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 novembre 2018, n. 2612.

<sup>46</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 05 luglio 2021, n. 4617.

<sup>47</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 09 marzo 2020, n. 1042.

<sup>48</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III, 01 ottobre 2020, n. 9963.

<sup>49</sup> TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 08 luglio 2020.

gazione di uno speciale e delicatissimo servizio pubblico quale l'assistenza educativa e culturale a minori disabili»<sup>50</sup>.

Come si vede, si tratta di una serie di indicazioni relative alla materia dell'inclusione scolastica che, come abbiamo già visto, ben possono valere per tutti gli studenti.

A questo punto, è possibile tirare le fila di questo lavoro giurisprudenziale di riconfigurazione contenutistica dei principi del servizio pubblico scolastico.

Innanzitutto, si riconsidera l'efficacia/adequatezza intesa come capacità dell'amministrazione di prevenire situazioni di sofferenza/bisogno formativo in ambito scolastico e professionale; di garantire la socializzazione, o meglio, lo sviluppo personale a contatto diretto ed integrato con la comunità scolastica; di dare corso ad una didattica individualizzata, personalizzata e differenziata, attraverso soluzioni flessibili e costantemente aggiornate.

Anche la partecipazione cambia il proprio volto. Non è solo trasparenza o apertura agli stakeholders. Ma è anche, innanzitutto, coinvolgimento dello studente e della famiglia nell'esercizio dell'autonomia che conduce all'elaborazione di strategie didattiche e formative, ovvero di strumenti compensativi per eventuali difficoltà di risultato. La partecipazione, però, è anche la prestazione da parte delle istituzioni (anche non scolastiche) di tutto quanto è necessario per accedere ai servizi didattici erogati in modalità ordinarie ma anche in modalità alternative, da un supporto linguistico alle infrastrutture digitali ai *devices*. Rimane sullo sfondo la partecipazione come inclusione degli studenti con bisogni particolari, già consolidata dalla dottrina e dalla giurisprudenza più risalente.

La continuità, infine, si distanzia definitivamente dal concetto di mera regolarità e costanza del servizio. Diviene, invece, un principio che ammette, ed in qualche modo indirizza verso, forme di didattica alternativa (non solo digitale) le quali nell'esperienza COVID si sono tradotte in misure sostitutive della presenza ma che, in linea generale, possono sostanziarsi anche in misure didattico formative più moderne, arricchenti e funzionali. Si pensi a varie misure di *e-learning* ma anche di *service learning* od anche di didattica a distanza che si aggiungano alla didattica in presenza ad ottimizzare i tempi od arricchire i contenuti trasmessi. Un dato significativo, però, è che queste forme non debbono mai porsi come esclusive o neppure prevalenti,

<sup>50</sup> Cons. St., sez.VI, 29 aprile 2019, n. 2140, indicazione che non pare essere stata peraltro recepita dalla giurisprudenza di merito cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 giugno 2021, n. 6920; TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 aprile 2020, n. 3930.

## **il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente**

ma meramente integrative. Verrebbero altrimenti compresi i principi della partecipazione e della socializzazione.

Sinteticamente, allora, la caratterizzazione delle modalità tecniche di erogazione del servizio (spesso indotte da nuove emergenze concrete o da nuove sensibilità sociali) consentono alla giurisprudenza – attraverso l'utilizzo del suo strumento proprio rappresentato dal sindacato della corretta realizzazione del servizio pubblico – di fare emergere contenuti nuovi del diritto che vengono addirittura qualificati, talvolta, come elementi costitutivi del suo nucleo essenziale. In una trasfigurazione delle regole formali dell'attività di istruzione in risultati sostanziali e contenuti fondamentali del diritto.

### **4. (Segue) Un criterio per contemperare il diritto all'istruzione con altri interessi giuridici**

L'ultima serie di sentenze di grande interesse è quella nella quale i giudici tendono ad elaborare criteri per comporre il diritto all'istruzione con altri diritti od altri interessi. In linea generale, l'istruzione non è considerata una situazione soggettiva incompressibile. Può, invece, essere ridimensionata a vantaggio di altri interessi ritenuti prevalenti e gerarchicamente superiori, quali, ad esempio, la sanità pubblica<sup>51</sup>.

Lo stesso Consiglio di Stato, in sede cautelare, afferma che «non deve essere sospesa la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le istituzioni del sistema nazionale di istruzione per l'anno scolastico 2020/2021, prevista dai decreti ministeriali 26 giugno 2020, n. 39, 3 agosto 2020, n. 80 e 6 agosto 2020, n. 87, nelle parti in cui hanno previsto misure di protezione sanitaria. Non è ravvisabile la violazione dei precetti costituzionali in materia di libertà personale e di diritto all'istruzione, stante la doverosa applicazione del principio di precauzione, nonché di prevalenza del diritto alla salute, ove gli interventi di prevenzione siano scientificamente supportati e limitati allo stretto indispensabili per il raggiungimento dell'obiettivo»<sup>52</sup>. In questo caso, i giudici affermano che il diritto all'istruzione può essere compresso per privilegiare interessi prevalenti. Tuttavia, i limiti

<sup>51</sup> In tema A. Giubilei, *La scuola nell'emergenza: l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 647 ss.

<sup>52</sup> Cons. St., sez. III, 27 novembre 2020, ord. n. 6832. Sulla quale A. Palmieri, *Tutela cautelare e misure limitative di contenimento della trasmissione del virus Covid-19 negli ambienti scolastici*, in *Foro it.*, 2021, n. 1, 4 ss.

di questo ridimensionamento sono identificati in clausole generali, come la proporzionalità e la necessità delle misure sanitarie.

Altre pronunce, invece, colgono in maniera più netta i limiti oltre i quali non può spingersi la compressione del diritto all'istruzione.

Come abbiamo visto, i provvedimenti sulla DAD, sul presupposto della prevalenza del diritto alla salute, sacrificano il diritto all'istruzione per evitare la diffusione della epidemia da COVID. Ma lo fanno a patto che il principio della continuità del servizio scolastico non sia integralmente disatteso, e, quindi, venga garantito attraverso forme didattiche alternative.

Alcune decisioni in sede cautelare, poi, confermano la legittimità degli obblighi vaccinali<sup>53</sup> imposti ai docenti considerando che, se venisse privilegiata la loro libertà personale o la loro libertà di cura (peraltro ritenuta insussistente nel caso di specie), verrebbe irrimediabilmente compromesso il principio della continuità didattica (evidentemente non sempre garantito dalla didattica a distanza integrale). Afferma il Consiglio di Stato: «considerato che, le argomentazioni già espresse da questa Sezione con la sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045 in ordine alla legittimità di un intervento normativo dello Stato volto alla previsione di un obbligo vaccinale per determinate categorie di soggetti, risultano tanto più rilevanti in ambito scolastico, settore in cui, all'esigenza di protezione della salute pubblica – di per sé già determinante – deve aggiungersi la necessità di garantire la continuità della didattica in presenza che costituisce strumento di sviluppo della persona umana da improntarsi a criteri di efficienza, solidarietà ed eguaglianza non sempre sufficientemente protetti dalla modalità a distanza»<sup>54</sup>.

Un'altra pronuncia cautelare del TAR Lazio stabilisce che «il prospettato diritto (alla mancata vaccinazione), in disparte la questione della dubbia configurazione come diritto alla salute, non ha valenza assoluta né può essere inteso come intangibile, avuto presente che deve essere razionalmente correlato e temperato con gli altri fondamentali, essenziali e pozziori interessi pubblici quali quello attinente alla salute pubblica a circoscrivere l'estendersi della pandemia e a quello di assicurare il regolare svolgimento dell'essenziale servizio pubblico della scuola in presenza»<sup>55</sup>. Anche in questo caso, l'int-

<sup>53</sup> Limitandoci agli obblighi vaccinali in ambito scolastico in era COVID cfr. P. Macì, *L'obbligo vaccinale per il personale scolastico. Note a margine dei d.l. 111 e 172 del 2021*, in *federalismi.it*, 2022, n. 41.

<sup>54</sup> Cons. St., sez. III, 28 gennaio 2022, decr. n. 416, in *www.altalex.it*. Ma vedi anche TAR Lazio, Roma, sez. III, 13 gennaio 2022, ord. n. 137 in [https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI\\_VERTICALI/Online/\\_Oggetti\\_Embedded/Documenti/2022/01/14/Tar\\_lazio.pdf](https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2022/01/14/Tar_lazio.pdf).

<sup>55</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III, 02 settembre 2021, decr. n. 4531, sulla quale A. Sandulli,

## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

grale garanzia della libertà personale degli operatori andrebbe ad obliterare il principio della continuità, identificato, questa volta, nella regolarità dell'istruzione in presenza.

Anche le precedenti pronunce in materia di autorefezione<sup>56</sup>, peraltro, paiono andare nella medesima direzione. Il diritto all'istruzione (nella sua forma appunto di partecipazione al tempo mensa consumando pasti portati da casa) può essere compresso per limitare il contagio, senza però pregiudicare il «nucleo essenziale del diritto» rappresentato dalla necessaria socializzazione nel consumare il pasto, intesa come aspetto del principio di efficacia del servizio scolastico<sup>57</sup>.

Medesime considerazioni valgono per la giurisprudenza già analizzata in materia di didattica a distanza<sup>58</sup>. Anche in questo caso, le necessità di salute pubblica possono comprimere il diritto all'istruzione in presenza ma non possono condurre all'integrale ineffettività del principio di continuità delle prestazioni, che, nel caso di specie, viene garantito da modalità alternative di insegnamento.

Da queste indicazioni giurisprudenziali, allora, pare emergere un criterio generale. Il diritto all'istruzione non è incomprimibile, ma può essere compresso fino a quando non si va a pregiudicarne il nucleo essenziale o, in altri termini, il contenuto fondamentale. E questo accade quando anche solo uno dei principi che caratterizzano il servizio pubblico scolastico viene sacrificato a tal punto da essere del tutto annullato o da non essere più osservato ed applicato.

Ecco, allora, che il diritto alla salute, la libertà personale, le esigenze organizzative di economicità ben possono comprimere il diritto all'istruzione, ma non fino al punto di eliminare integralmente, ad esempio, la continuità

*Sulla legittimità dell'obbligo di "green pass" per il personale scolastico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 795 ss. Dello stesso tenore in tema di certificazione verde TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 settembre 2021, decr. n. 4532.

<sup>56</sup> Cons. St., 30 novembre 2020, ord. n. 6926.

<sup>57</sup> Il giudice amministrativo utilizza l'espressione «nucleo essenziale del diritto» in materia scolastica, cfr. Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 704. In questo senso, con riferimento ai precedenti in tema della Corte di cassazione che influiscono sulla ricostruzione del Consiglio di Stato, M. Tigano, *Il diritto all'istruzione ovvero il prisma delle situazioni giuridiche soggettive nell'ordinamento scolastico* (nota a Cass., sez. un., 30 luglio 2019 n. 20504), in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, 805 ss. Da una prospettiva costituzionalistica sul concetto di nucleo essenziale del diritto nella ricostruzione della Corte costituzionale G. Matucci, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, cit., e bibliografia ivi citata.

<sup>58</sup> Soprattutto TAR Campania, Napoli, sez. V, 19 ottobre 2020, decr. n. 1922, cit.; TAR Campania, Napoli, sez. V, 9 novembre 2020, decr. n. 2025, cit.; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, decr. n. 695.

didattica (anche attraverso modalità alternative alla presenza se ritenute adeguate) o l'efficacia della socializzazione od altri principi del servizio pubblico. Cioè non fino al punto di obliterare principi di servizio che sono anche, nella ricostruzione delle corti, elementi di contenuto del diritto (o parti del suo nucleo essenziale).

Si può ritenere che il potere discrezionale dell'amministrazione scolastica venga esercitato illegittimamente ogni qual volta rimuove integralmente un principio di servizio pubblico. Ed anzi, pare possibile affermare che, varcato questo limite, le istituzioni pubbliche perdano i propri poteri e le proprie funzioni, proprio come quando, come abbiamo visto, provvedono senza predeterminare i propri standard o programmi di azione.

Questa regola generale pare prevedere solamente un'eccezione: i principi di efficacia e di partecipazione che garantiscono il diritto all'istruzione inclusiva degli studenti con disabilità o bisogni educativi speciali non possono essere neppure minimamente sacrificati per dare effettività ad altri diritti ed interessi, e, quindi, debbono essere sempre integralmente applicati. In questo caso, infatti, il diritto all'istruzione è più compatto e gerarchicamente prevalente. Probabilmente perché un suo sacrificio avrebbe un impatto essenziale nell'impedire la valorizzazione della persona ai sensi dell'art. 2 Cost.

## 5. I nuovi caratteri giurisprudenziali del diritto all'istruzione

A questo punto è possibile fornire una serie di conclusioni con riguardo al contenuto del diritto all'istruzione elaborato dalla giurisprudenza più recente del giudice amministrativo e che abbiamo definito di derivazione legislativa.

Innanzitutto, si tratta di una figura essenzialmente giurisprudenziale, perché solo attraverso l'apporto delle sentenze è possibile tradurre i principi generali del servizio in regole che caratterizzano la pretesa di istruzione.

Poi, come abbiamo visto, il diritto contempla *in primis* al proprio interno la pretesa a che l'attività didattica e formativa sia approntata autenticamente come un servizio pubblico, cioè, prima di tutto, con determinazione di standard, di programmi, di modalità, e, in una parola, di risultati. Se quest'approccio vale sicuramente per gli studenti con bisogni educativi speciali non ci sono ragioni per non applicarlo alla generalità degli studenti, per i quali vale comunque la pretesa ad una didattica individualizzata e personalizzata.

In questo modo, il diritto all'istruzione diviene una pretesa di servizio pubblico, cioè una situazione soggettiva incondizionata diretta ad ottenere

## il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente

prestazioni determinate nel proprio contenuto e nelle proprie modalità di realizzazione.

Così, l'attività di istruzione diviene una funzione che deve essere per sua natura oggettivamente valutabile e misurabile nella sua adeguatezza, per garantire determinati risultati formativi e di crescita personale. Si tratta di una sorta di amministrazione di risultato nella realizzazione di attività scolastiche, che prescinde dalla contrapposizione dialettica forme/attuazione della *mission*, ma che trova realizzazione nell'osservanza di determinate modalità operative strumentali alla piena realizzazione del diritto all'istruzione di derivazione costituzionale.

In questo senso, la figura non pare dissimile a quella dell'art. 165 del TUEF da cui emerge, appunto, l'idea di una pretesa garantita da una funzione adeguata ma valutabile e misurabile nella sua capacità di raggiungere standard formativi determinati.

Il lavoro dei giudici, però, non va valutato solo in chiave descrittiva, ma anche ricostruttiva, come un'attività che, fissando nuove modalità di realizzazione dei servizi, dalla programmazione alla differenziazione delle prestazioni, ma anche delineando i nuovi ambiti dell'autonomia, ridisegna consapevolmente il cuore della pretesa all'istruzione.

In quest'ottica, allora, il diritto all'istruzione si allontana da una situazione soggettiva diretta esclusivamente alla trasmissione di contenuti culturali e professionali di qualità. Acquista, invece, la veste di una pretesa multidimensionale, che, attraverso l'applicazione dei principi del servizio pubblico scolastico, richiede contenuti nuovi alla funzione didattica: la socializzazione, l'innovatività e la pluralità delle prestazioni, la messa a disposizione delle risorse tecniche per accedere ai servizi, la codeterminazione delle strategie formative, e, più in generale, la responsabilità rispetto alle esigenze individuali e personali dello studente.

Che la giurisprudenza colga questi nuovi aspetti del diritto, di derivazione legislativa e legati alle essenzialmente alle modalità di realizzazione della funzione didattica più che ai suoi fini costituzionali, appare logico, considerato che, nel suo sindacato, essa valuta le modalità di realizzazione del potere di autonomia didattica ed organizzativa delle istituzioni scolastiche, ovvero, più in generale, le dinamiche di realizzazione della funzione scolastica.

Le indicazioni giurisprudenziali più recenti, peraltro, forniscono anche un criterio – che rimane spesso sottotraccia nelle motivazioni ma che si impone nelle decisioni – per porre a confronto e contemperare il diritto all'istruzione con altri diritti ed interessi giuridici.

Il presupposto teorico generale per applicare questo criterio è che lo

stesso diritto non sia assolutamente sovraordinato (o equiordinato) gerarchicamente rispetto ad altri diritti od interessi (come la salute o le ragioni economiche). Tuttavia, il suo essere funzionale alla realizzazione del valore della persona e dell'eguaglianza impone che esso sia limitato nella misura dello stretto necessario e secondo rigidi canoni di proporzionalità. Più in radice, le limitazioni non debbono intaccare il suo contenuto fondamentale (o nucleo essenziale secondo la terminologia dei giudici).

Dalle pronunce analizzate pare che il diritto sia pregiudicato oltre misura quando le prestazioni che lo realizzano perdono, anche solo in parte, la qualità di prestazioni di servizio pubblico. Cioè non danno attuazione anche a solo uno dei principi giuridici che le caratterizzano come attività che realizzano un diritto inviolabile della persona e, nel medesimo tempo, ne identificano nuovi elementi di contenuto. In sostanza, il diritto viene compresso in maniera eccessiva da un bilanciamento con altri interessi quando le attività che dovrebbero garantirlo, disattendendo principi di servizio pubblico, perdono le caratteristiche funzionali per realizzarne l'oggetto. Divengono, in altri termini, inadeguate in radice. Il *focus* del criterio giurisprudenziale, quindi, è rappresentato dalle modalità di realizzazione del servizio, non tanto dal peso specifico dei singoli interessi o diritti in sé considerati, che diviene sostanzialmente irrilevante. Si tratta di un elemento di semplificazione, perché sgombra il campo da considerazioni filosofico-politiche opinabili sulla rilevanza sociale degli interessi da contemperare e consente di concentrarsi sull'adeguatezza delle funzioni.

In quest'ottica, allora, sono da considerarsi illegittimi, per avere violato il diritto all'istruzione nel suo nucleo essenziale, i provvedimenti attraverso i quali l'amministrazione, per garantire un contemperamento di interessi, realizza un servizio scolastico che non dà attuazione ad anche solo uno dei suoi principi giuridici fondamentali.

Peraltro, occorre considerare che la giurisprudenza introduce una eccezione al criterio in tema di inclusione di studenti con disabilità o bisogni speciali. In questi casi, non è ammessa neppure una minima disapplicazione dei principi di servizio, ad esempio quelli di adeguatezza, con la connessa previsione di misure compensative o di sostegno individualizzate, o quello di partecipazione o socializzazione connessi con la scuola in presenza. Come se la giurisprudenza considerasse che solo l'attuazione piena dei principi, data la condizione personale delicata dello studente, possa garantire in maniera adeguata i suoi diritti, in applicazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Da questo quadro, emerge un diritto all'istruzione con caratteri nuovi, multidimensionale, e con una fisionomia in evoluzione che, imponendo



## **il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente**

nuovi parametri di legittimità e di risultato dell'azione pubblica, garantisce la posizione della persona nella dimensione specifica dell'attività amministrativa di organizzazione e di realizzazione della funzione scolastica.

È un diritto che, in dettaglio, attribuisce nuove facoltà e prevede nuove modalità di prestazione, quasi a delineare nuove regole del rapporto di utenza del servizio scolastico, sempre più assimilabile ad una relazione giusprivatistica, caratterizzata da posizioni reciproche di diritti e obblighi, pur nel quadro di una *mission* di interesse pubblico.

Sembra, poi, un diritto che, attraverso l'opera dei giudici, si arricchirà via via di nuovi elementi in relazione alle attese della società relativamente ai compiti della scuola, più che in relazione alle riforme legislative, sempre più stratificate e non sempre efficaci.

Si tratta, in ogni caso, di un diritto che, all'interno della realtà dell'agire amministrativo, opera in maniera "strumentale" per garantire la piena attuazione dei valori personalistici e la piena realizzazione degli obiettivi propri del diritto all'istruzione dell'art. 34 della costituzione.

### *Abstract*

*The study analyses the indications of the most recent administrative jurisprudence, largely conditioned by the covid emergency, and considers how they have progressively outlined a figure of the right of education innovative and multifaceted, (linked) based more on the methods of implementing the principles of public school service than on the contents didactic to be transmitted, and, in any case, instrumental to the fullest realization of the constitutional aims of education.*



# ARTICOLI

FEDERICA MARCONI

## GOLDEN POWER E GEOPOLITICA DELLA PROTEZIONE: PRIMI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI E FUTURI SCENARI

SOMMARIO: 1. Il caso: la recente posizione del TAR Lazio in materia di poteri speciali. – 1.1. Le doglianze dei ricorrenti e le argomentazioni del giudice amministrativo. – 1.2. Istruttoria ed opacità procedimentale. – 1.3. La discrezionalità degli atti di alta amministrazione e i limiti al sindacato giurisdizionale. – 2. La nuova fisionomia del *golden power* a fronte delle contingenze belliche. – 2.1. Livello nazionale: il c.d. decreto Ucraina. – 2.2. Livello europeo: la Comunicazione della Commissione europea del 6 aprile 2022 – 3. La procedimentalizzazione nazionale ed europea: rimedio sufficiente per colmare eventuali vuoti di tutela? – 4. Brevi considerazioni conclusive.

### **1. Il caso: la recente posizione del TAR Lazio in materia di poteri speciali**

Il TAR Lazio, con due sentenze “gemelle”<sup>1</sup>, si è di recente pronunciato sulla decisione favorevole all’esercizio del *golden power* da parte del governo italiano e avente ad oggetto l’operazione di acquisto delle società italiane del gruppo Verisem, ad opera di una azienda svizzera controllata da una multinazionale pubblica cinese<sup>2</sup>.

Come noto, con il termine *golden power* ci si riferisce al complesso dei poteri speciali che il governo – in quanto soggetto pubblico e non azioni-

<sup>1</sup> TAR Lazio, sez. I, 6 aprile 2022, n. 4486 e n. 4488. Entrambe le sentenze vedono convenuta la Presidenza del Consiglio dei ministri ma i ricorsi sono stati proposti, nel primo caso, dalla società acquirente, nel secondo, da quella *target*.

<sup>2</sup> L’acquisizione riguardava l’intero capitale sociale di Verisem B.V. e delle sue controllate italiane Suba Seeds Company S.p.A., Royal Seeds S.r.l., HortuSì S.r.l., Verisem Distribution S.r.l. e Franchi Sementi S.p.A. Il gruppo è attivo nel settore agricolo, specialmente in quello delle sementi. Syngenta Crop Protection AG è una azienda svizzera che opera nel settore dell’agro-industria, con particolare specializzazione nella produzione di mezzi tecnici per l’agricoltura e per attività legate alle sementi. È controllata dalla multinazionale cinese ChemChina.

sta – può esercitare a presidio dell'interesse pubblico generale<sup>3</sup>, così come regolati dal d.l. 15 marzo 2012, n. 21 e s.m.i. (di seguito, d.l. n. 21/2012)<sup>4</sup>. Tali poteri consentono la tutela degli assetti proprietari di imprese pubbliche o private che operano in settori strategici, in occasione di operazioni economiche condotte da investitori stranieri e potenzialmente pregiudizievoli<sup>5</sup>.

Nel caso di specie, il governo ha impedito la finalizzazione dell'operazione, ricorrendo alla forma più intrusiva di esercizio dei poteri speciali. L'apposizione del veto assoluto, infatti, rappresenta l'*ultima ratio* di cui è consentito avvalersi ove non sia possibile rinvenire soluzioni alternative proporzionate e che implichino un minore sacrificio degli interessi coinvolti<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Tali poteri si sostanziano nella facoltà di dettare specifiche condizioni o prescrizioni; nell'apportare veti all'adozione di delibere, atti od operazioni societarie; nell'opporvi all'acquisto di partecipazioni da parte di un soggetto diverso dallo Stato, enti pubblici italiani o soggetti da questo controllati, che consentano al cessionario di esercitare direttamente o indirettamente – anche attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati – diritti di voto in grado di nuocere agli interessi della difesa o della sicurezza nazionale.

<sup>4</sup> Con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, conv. dalla l. 11 maggio 2012, n. 56, «recante, Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni». Il legislatore italiano ha riscritto la disciplina in materia di poteri speciali, con il superamento della c.d. *golden share*, già più volte severamente censurata in sede comunitaria, stante la previsione del potere di intervento nella gestione societaria ordinaria in ragione della partecipazione azionaria pubblica. Con il *golden power* le prerogative statali hanno assunto carattere generale, potendosi applicare indistintamente a tutte le imprese operanti in settori di rilevanza strategica o detentrici di *assets* strategici, a prescindere dalla partecipazione pubblica nel rispettivo capitale di rischio. Per ricostruire l'evoluzione si vedano, tra gli altri: F. Bassan, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 9, 57-80; A. Comino, *Golden power per dimenticare la golden share. Le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2019, 1019-1053; R. Garofoli, *Golden share e Autorithies nella transizione dalla gestione pubblica alla regolamentazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 159 ss.; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di G. Marasa, Torino, Giappichelli, 1998, 1 ss.; M. Betzu, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>5</sup> Per la definizione completa dell'espressione *golden power* si veda M. D'Alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in *Foreign Direct Investment Screening – Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 2019, 83. Con specifico riferimento al periodo pandemico, si veda anche la definizione di A. Sacco Ginevri, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, 2021, n. 2, 283, secondo cui i poteri speciali, tanto più nel momento corrente, devono essere intesi come «[...] un congegno difensivo ad efficacia reale, volto a preservare il localismo delle principali società nazionali in un momento in cui queste ultime sembrano agevolmente scalabili da parte di investitori stranieri».

<sup>6</sup> In totale, il potere di veto/opposizione all'acquisto su operazioni notificate è stato

Nello specifico, l'esercizio dei poteri speciali ha riguardato i settori della sicurezza alimentare, del trattamento dei dati personali e dell'accesso alle informazioni sensibili, compresi i dati personali e le tecnologie critiche, quali intelligenza artificiale e robotica. Si è trattato del primo caso di esercizio dei poteri speciali per difendere il *made in Italy* in campo agroalimentare<sup>7</sup>.

Le sentenze presentano una struttura e un impianto argomentativo simili, in quanto entrambe pronunciate a seguito della separata impugnazione del medesimo decreto da parte della società acquirente (di seguito "Syngenta") e di quella *target* (di seguito "Verisem")<sup>8</sup>. Giova anticipare che la controversia si è risolta con la conferma della decisione del governo e l'integrale rigetto delle motivazioni addotte dai ricorrenti.

Tali decisioni sono di particolare interesse per lo studio del tema poiché – a differenza della maggior parte delle sentenze intervenute sinora, soffermatesi per lo più su profili procedurali – pongono la propria attenzione anche su profili di carattere sostanziale, quali i presupposti e le moda-

finora esercitato otto volte: ad eccezione del caso russo (*cf.* nota 41) e di un caso francese, tutte le volte il potere di veto è stato esercitato avverso operazioni in cui le società acquirenti erano cinesi. Per dettagli sul tema si veda: R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *federalismi.it*, 2022.

<sup>7</sup> Decreto 21 ottobre 2021, adottato all'esito del procedimento n. 230/2021, con cui il Presidente del Consiglio dei ministri ha esercitato il potere di veto ai sensi dell'art. 2, c. 1 *ter*, d.l. n. 21/12. Tale articolo consente l'esercizio del potere di veto in relazione a una pluralità di settori, tra cui quello della "sicurezza alimentare" (art. 4, c. 1, lett. *c*), del Regolamento Ue), nonché quello del trattamento di dati e dell'accesso alle informazioni sensibili, compresi i dati personali (art. 4, c. 1, lett. *a* e *d*) del Regolamento Ue) e delle tecnologie critiche, tra cui l'intelligenza artificiale e la robotica (art. 4, c. 1, lett. *b*) del Regolamento Ue). Il comma, a sua volta, rimanda a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri il compito di individuare «[...] i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale» nei richiamati settori, al fine di compiere le necessarie verifiche in ordine alla sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti. A tal fine, è stato adottato il d.P.C. 18 dicembre 2020, n. 179. Quest'ultimo, all'art. 11, lett. *c*), qualifica come beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nel settore alimentare, «le attività economiche di rilevanza strategica e l'approvvigionamento di fattori produttivi critici della filiera agroalimentare»; all'art. 6, qualifica come beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale una serie eterogenea di dati e dei relativi trattamenti per il settore del trattamento di informazioni sensibili compresi i dati personali; all'art. 9, qualifica, tra l'altro, come beni e rapporti di rilevanza strategica «le tecnologie relative all'apprendimento automatico computerizzato (Machine Learning)» per il settore delle tecnologie critiche.

<sup>8</sup> Era presente anche un intervento *ad opponendum* da parte della società B.F. S.p.A., giudicato ammissibile dal Collegio in ragione dell'interesse della stessa all'acquisizione di Verisem, qualora il provvedimento con cui era stato imposto il veto fosse stato confermato.

lità applicative dei poteri speciali. Il giudice amministrativo ha contribuito, pertanto, a chiarire portata, risvolti e principi cardine dell'istituto, con particolare attenzione alle questioni relative allo svolgimento della fase istruttoria del procedimento e alla natura delle decisioni adottate.

A ciò deve aggiungersi che si tratta di sentenze che hanno ad oggetto i poteri speciali del governo così come configurabili all'esito delle modifiche introdotte dal c.d. "decreto Liquidità"<sup>9</sup>, già foriere di alcune criticità – soprattutto in chiave istituzionale e procedimentale – a cui si è tentato di porre rimedio con l'adozione del successivo c.d. "decreto Ucraina"<sup>10</sup> (*infra* par. 2).

### 1.1. *Le doglianze dei ricorrenti e le argomentazioni del giudice amministrativo*

*Obbligo di notifica.* Con la prima argomentazione, il Collegio respinge la censura sollevata dai ricorrenti in riferimento alla pretesa violazione della garanzia del contraddittorio per mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ai sensi dell'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990. Per il TAR, la doglianza sarebbe basata su una "inammissibile equiparazione" tra l'obbligo di notifica preventiva dell'operazione alla Presidenza del Consiglio da parte dell'impresa e la presentazione di una istanza di parte che possa dar avvio a un procedimento amministrativo. Secondo la ricostruzione operata dal Collegio, infatti, la prima rappresenta un obbligo informativo e funzionale all'esercizio dei poteri di controllo dello Stato che ricade in capo all'impresa, ma non una richiesta volta ad ottenere un bene della vita. In particolare, viene specificato che la notifica costituisce per l'impresa unicamente un atto dovuto a contenuto informativo, ausiliare all'esercizio dei poteri speciali attraverso l'avvio di un procedimento speciale, comunque azionabile anche d'ufficio dall'amministrazione in caso di omessa notifica.

*Discrezionalità e alta amministrazione.* Il secondo profilo di analisi riguarda la decisione del governo di opporsi all'operazione, anziché optare per misure alternative, quali l'imposizione di limitazioni o prescrizioni, oltre alla mancanza di una adeguata motivazione delle ragioni sottese alla scelta medesima. Secondo il TAR, tale decisione, seppur necessiti di una rigorosa

<sup>9</sup> D.l. 8 aprile 2020, n. 23, recante *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*, convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40.

<sup>10</sup> D.l. 21 marzo 2022, n. 21, recante *Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina*, convertito con l. 20 maggio 2022, n. 51, Il Titolo IV è rubricato "Rafforzamento dei presidi per la sicurezza, la difesa nazionale e per le reti di comunicazione elettronica" (artt. 24-28).

istruttoria ai fini della verifica della presenza di beni strategici e di operazioni riconducibili entro il perimetro delineato dalle previsioni legislative, è connotata da una “amplissima discrezionalità”, giustificata dalla natura degli interessi coinvolti e dalla loro appartenenza alla sicurezza nazionale<sup>11</sup>. In tale prospettiva, l’esercizio dei poteri speciali è espressione di scelte di alta amministrazione, con importanti ricadute sulla sindacabilità da parte del giudice amministrativo che non può travalicare i limiti della manifesta illogicità delle decisioni assunte. Nel caso di specie, inoltre, il decreto già conterrebbe una giustificazione più che esaustiva della scelta di imporre il veto, in ragione della pacifica circostanza per cui il proprietario della società acquirente è il governo cinese e delle conseguenti difficoltà di «[...] attuare misure di *enforcement* realmente efficaci in caso di inottemperanza alle prescrizioni imposte per il trasferimento dell’*asset* all’estero».

*Procedimento istruttorio e decisionale.* Da ultimo, nelle sentenze viene sancita l’irrelevanza della mancata corrispondenza tra la decisione finale adottata dal governo e la proposta formulata dal Gruppo di coordinamento. Nel caso di specie, l’istruttoria era stata curata dal Ministero delle Politiche agricole, competente *ratione materiae* in quanto l’operazione aveva ad oggetto il settore agroalimentare, divenuto strategico a seguito del recepimento dell’art. 4, reg. Ue 2019/452 (di seguito, “Regolamento Ue”). Secondo la relazione ministeriale, l’operazione non era da ricondurre entro il perimetro applicativo della disciplina in materia di *golden power*, difettandone i necessari requisiti. Si tenga presente che si è trattato del primo caso in cui la decisione conclusiva adottata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri si è discostata dalle risultanze della proposta presentata dall’amministrazione incaricata dell’istruttoria.

Il giudice, confermando nuovamente l’ampia potestà in capo al governo, ha sottolineato che le proposte formulate in fase istruttoria non ne vincolano il giudizio, né tantomeno impongono un obbligo di motivazione rafforzata qualora la Presidenza del Consiglio decida di discostarsene, assumendo una decisione di segno opposto.

<sup>11</sup> La sentenza, per confermare la bontà della scelta operata dal governo, spiega le ragioni per cui l’operazione avrebbe potuto determinare una acquisizione del patrimonio informativo che il gruppo detiene circa «[...] fornitori nazionali di meccanica di precisione per l’agricoltura e aziende agricole che interagiscono con le società italiane». Questo in quanto una delle società *target* ha una interazione costante con la filiera sia degli agricoltori che dell’industria meccanica, in tutti i comparti e fasi della catena del valore delle sementi, della coltivazione fino al confezionamento dei prodotti. Inoltre, con riferimento all’attività di ricerca, le società del gruppo hanno specifiche competenze nel campo della meccanica e delle tecnologie innovative per l’agricoltura, in ragione del *know how* sviluppato in anni di specializzazione.

## 1.2. Istruttoria ed opacità procedimentale

Il procedimento funzionale all'esercizio dei poteri speciali ha una struttura collegiale, basata su una doppia ripartizione delle competenze: quella istruttoria è posta in capo ad un Ministero scelto in base all'oggetto dell'operazione, quella decisoria è affidata al Consiglio dei ministri.

Più specificamente, l'art. 2, d.l. n. 21/12, così come integrato dalle disposizioni del d.P.R. n. 86/2016 e del d.P.C. 6 agosto 2014, prevede che la fase istruttoria prodromica all'adozione della decisione in materia di *golden power* sia svolta da un Gruppo di coordinamento interministeriale<sup>12</sup>. Quest'ultimo, che rappresenta l'organo tecnico coinvolto nel procedimento, è tenuto a raccogliere gli elementi istruttori e di valutazione tecnica necessari alla formulazione della proposta da sottoporre al Consiglio dei ministri. Questi, entro un termine di quarantacinque giorni, sarà poi tenuto ad assumere la decisione finale sull'operazione in sede collegiale<sup>13</sup>.

Tale termine può essere sospeso, per una sola volta e fino al ricevimento della documentazione, qualora sia necessario ottenere informazioni dalle società coinvolte, ovvero formulare richieste istruttorie a soggetti terzi. Nei due casi, la documentazione deve essere resa rispettivamente entro dieci e venti giorni dalla domanda e, in entrambi, le richieste successive alla prima non sospendono i termini. Se la notifica è incompleta, il termine di quaran-

<sup>12</sup> Il Gruppo di coordinamento per l'esercizio dei poteri speciali è composto dai rappresentanti della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero dello sviluppo economico, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero dell'interno, del Ministero della difesa, del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, ove previsto, nonché dai rappresentanti dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale.

<sup>13</sup> Sia consentito il richiamo all'esperienza statunitense dove il *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) è il comitato interdipartimentale competente a svolgere funzioni istruttorie e di controllo sugli investimenti esteri. Istituito per la prima volta nel 1975, il CFIUS è stato dotato negli anni di poteri ispettivi, di controllo, prescrittivi, di raccomandazione al Presidente per l'esercizio del diritto di veto. Per un approfondimento sul punto si veda: Congressional Research Service – CRS Report, *The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*, 2020; T.H. Moran e L. Oldenski, *Foreign Direct Investment in the United States: Benefits, Suspensions, and Risks with Special Attention to FDI from China*, in *Policy Analyses in International Economics*, Washington: Peterson Institute for International Economics, 2013; T.H. Moran, *CFIUS and National Security: Challenges for the United States, Opportunities for the European Union*, in Washington: Peterson Institute for International Economics, 2017; E.J. Zimmerman, *Risk Review and Modernization Act: How CFIUS became a Tech Office*, in *Berkeley Tech. LJ*, 2019. A. Aresu e M. Negro, *Geopolitica della protezione. Investimenti e sicurezza nazionale: gli Stati Uniti, l'Italia e l'UE*, *Fondazione Verso l'Europa*, novembre 2018.



tacinque giorni decorre dal ricevimento delle informazioni o degli elementi che la integrano.

Anche le sentenze in commento insistono sul ruolo che il Gruppo di coordinamento riveste in sede istruttoria ed evidenziano come lo stesso, essendo privo di un autonomo apparato burocratico stabilizzato e dotato di specifiche competenze, debba essere affiancato dal Dipartimento di pubblica sicurezza, oltre ad avere la facoltà di richiedere il contributo partecipativo delle parti coinvolte e dei soggetti terzi, tanto pubblici quanto privati.

La bipartizione tra competenze istruttorie e decisorie risponde all'esigenza di assicurare una ponderazione più ampia e completa di tutti gli interessi in gioco. Tuttavia, la medesima divisione può, a volte, risolversi in un rischio di pregiudizio per l'investitore, soprattutto in termini di mancata prevedibilità e/o uniformità dell'azione amministrativa.

Al contrario dell'impostazione italiana, ad esempio, qualora un investitore straniero abbia intenzione di acquisire un'impresa francese operante in settori strategici, la Francia prevede un meccanismo basato sul rilascio di una autorizzazione preliminare da parte del Ministero dell'economia<sup>14</sup>, individuato come unica amministrazione competente. Di conseguenza, è chiamato ad occuparsi dell'intero procedimento, dalla fase di pre-notifica fino quella di decisione. Durante l'istruttoria, il Ministero ottiene tutte le informazioni necessarie riguardo l'operazione oggetto di verifica e decide in merito all'eventuale rilascio dell'autorizzazione all'investimento<sup>15</sup>.

La configurazione monocratica del procedimento se, da un lato, consente una maggiore uniformità sul piano dell'individuazione delle esigenze

<sup>14</sup> In Francia gli investimenti esteri diretti sono disciplinati nel Code monétaire et financier: Partie législative, Livre Ier, Titre V, Artt. da L.151-1 a L.151-7; Partie réglementaire, Livre Ier, Titre V, Chapitre Ier, artt. da R.151-1 a R.153-18.

<sup>15</sup> Sul controllo degli investimenti esteri diretti in Francia: C. Torem e W.L. Craig, *Control of Foreign Investment in France*, in *Michigan Law Review*, 66, 1968, 669 ss.; T. Perroud, *The screening on foreign direct investment in France*, in *Foreign Direct Investment Screening – Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit. Per le criticità sollevate dalle modifiche introdotte a seguito della pandemia si rimanda a: P.S. Brameret, *La pandémie et le filtrage des investissements directs étrangers: une nouvelle étape dans la (re)découverte du protectionnisme économique*, in RLC, 2021; A. Benoit e C. Barrillon, *La réforme du contrôle des investissements étrangers en France: entre attractivité et protectionnisme*, in *Gaz. Pal.*, 2020, 48 ss.; R. Dalmas, A. Nicolai, B. Egan e J. Wang, *Le contrôle des investissements étrangers. Vers la mondialisation du protectionnisme?*, in *JCP EA*, 2020, 1024 ss.; E. Farnoux, *Renouvellement en profondeur du dispositif de contrôle des investissements étrangers. "Patriotisme économique" bien ordonné de Paris à Bruxelles?*, in *JCP G*, 2019, 1201 ss.; C. Gauthier, *Le patriotisme économique. Quel cadre juridique pour l'action des pouvoirs publics en matière de patriotisme économique?*, in *Mémoire Master 2 Droit public des affaires*, 2020, 45-53.

economiche nazionali – con una maggiore prevedibilità per l’investitore –, dall’altro, potrebbe però mancare della pluralità di vedute che la partecipazione dei soggetti a vario titolo coinvolti apporta in termini di valutazione di eventuali ed ulteriori interessi generali. In aggiunta, si tenga conto che il procedimento francese ha natura autorizzatoria, presupponendo un diritto condizionato della società acquirente al rilascio di un provvedimento da parte del Ministero dell’economia. Nel caso italiano è previsto che il Presidente del Consiglio dei ministri adotti il decreto di esercizio dei poteri speciali, tramite l’apposizione del veto o di condizioni all’operazione, entro il termine di quarantacinque giorni dalla notifica acquisita dal Servizio per le attività propedeutiche all’esercizio dei poteri speciali, incardinato presso la Presidenza del Consiglio. Decorso infruttuosamente tale termine, l’operazione può comunque essere effettuata.

In una precedente sentenza sul tema<sup>16</sup> erano già stati enucleati alcuni elementi caratterizzanti lo svolgimento della fase istruttoria. In particolare, il TAR era stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso avverso una delibera assunta avuto riguardo alle considerazioni tecniche espresse dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito “AGCOM”), circa l’esistenza del presupposto oggettivo della disponibilità in capo alla società *target* di interessi strategici nel settore delle comunicazioni. La sentenza ha ribadito, innanzitutto, la necessità che la fase istruttoria sia svolta in modo estremamente rigoroso, considerato che l’esercizio dei poteri speciali pone limitazioni ai principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali. Di conseguenza, la decisione di esercitare tali poteri deve trovare legittimazione e giustificazione nel perseguimento del fine legislativo di consentire l’intervento statale solo qualora l’operazione societaria possa compromettere gli interessi nazionali e avuto riguardo all’incidenza su beni considerati di rilevanza strategica.

In tale controversia, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri aveva richiesto all’AGCOM

<sup>16</sup> TAR Lazio, sez. I, sent. 24 luglio 2020, n. 8742. Il giudice si è pronunciato sull’impugnazione del d.P.C. del 7 giugno 2018 con cui la Presidenza del Consiglio dei ministri ha esercitato i poteri speciali di cui all’art. 2, c. 2, d.l. n. 21/12, imponendo alla società Reti Telematiche Italiane S.p.A. specifiche condizioni e prescrizioni. Il provvedimento era stato adottato con riferimento alla comunicazione con cui Retelit aveva notificato il rinnovo del Consiglio di amministrazione. Veniva ritenuto che i cambiamenti intervenuti nella *governance* della società Retelit fossero stati tali da incidere sulla disponibilità degli attivi strategici e suscettibili di determinare mutamenti nelle scelte organizzative e strategiche rilevanti per la sicurezza delle reti, con conseguente minaccia di grave pregiudizio degli interessi pubblici di cui all’art. 2, d.l. n. 21/2012.

una valutazione preventiva in merito alla strategicità degli attivi detenuti dalla società *target*, al fine di poter effettuare l'istruttoria. L'Autorità, con nota a firma del Segretario Generale, aveva concluso per la rilevanza strategica degli *assets* e il Ministero dello sviluppo economico, in qualità di amministrazione responsabile dell'istruttoria, aveva fatto proprie tali conclusioni, successivamente confermate nei contenuti anche dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

Il Tribunale ha escluso che, nel caso di specie, la nota dell'AGCOM costituisca una mera relazione tecnica, dal momento che presentava il contenuto tipico del parere tecnico rilasciato all'esito della funzione consultiva. Veniva evidenziato come il parere, pur non avendo carattere obbligatorio e tantomeno vincolante, avesse rivestito una importanza centrale per l'accertamento dell'esistenza del presupposto oggettivo per l'esercizio dei poteri speciali. Ciò era dimostrato dalla circostanza che, oltre ad essere stato espressamente citato tra i contributi di cui si era tenuto conto nell'istruttoria, il suo contenuto era stato fedelmente riportato tanto nella parte descrittiva quanto in quella valutativa dei documenti del Ministero e della Presidenza. Ciò nonostante, la controversia è stata risolta sulla base del solo profilo procedurale del vizio della decisione assunta, in quanto fondata su un parere reso da un soggetto privo della competenza ad adottarlo, poiché a firma del Segretario generale dell'Autorità.

La ricostruzione operata dal giudice amministrativo nelle sentenze oggetto del presente contributo prende le mosse da una situazione fattuale diversa, considerato che la Presidenza del Consiglio dei ministri ha deciso di discostarsi dalle conclusioni formulate all'esito della fase istruttoria. La posizione assunta dal Collegio appare, per alcuni aspetti, discutibile: fermo restando che il Consiglio dei ministri è libero di adottare la misura più opportuna in relazione all'operazione notificata, ciò non dovrebbe escludere che venga quantomeno dato conto dei risultati dell'istruttoria, considerato che la proposta finale rappresenta pur sempre una valutazione della strategicità dell'operazione. In aggiunta, il Tribunale, nel confermare la netta separazione tra fase istruttoria e fase decisionale, nonché il netto riparto di competenze tra strutture coinvolte, rende ancora più complessa la valutazione circa l'esistenza della manifesta illogicità, presupposto del controllo giurisdizionale e di cui meglio si dirà *infra* (par. 1.3).

### *1.3. La discrezionalità degli atti di alta amministrazione e i limiti al sindacato giurisdizionale*

Il *golden power*, per intrinseca natura e caratteristiche, si colloca quale punto di incontro tra la dimensione amministrativa e quella politica – de-

cisamente marcata –, trattandosi di un terreno di applicazione che confina con la tutela di essenziali interessi statali. Tale natura condiziona fortemente la dialettica dei soggetti coinvolti tra loro e con i terzi, nonché quella tra le strutture e le articolazioni interessate, riflettendosi sullo svolgimento delle procedure e sul grado di intensità della relativa tutela.

Gli atti di alta amministrazione fungono, infatti, da raccordo tra la funzione di governo e la funzione amministrativa, rappresentando il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo<sup>17</sup>.

Negli Stati Uniti, ad esempio, le decisioni relative al controllo degli investimenti esteri sono considerate atti politici, poiché legate ad aspetti fondamentali di politica estera e di salvaguardia di interessi nazionali. In ragione di ciò, il *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) è l'autorità amministrativa competente per l'istruttoria e il rilascio di nulla osta, sottoposti o meno a condizioni, volti a mitigare la minaccia alla sicurezza nazionale statunitense, mentre il Presidente è l'unico a poter porre il veto su quelle operazioni in cui ritiene che gli interessi nazionali siano preminenti rispetto alla libertà di mercato. Ne consegue che, secondo il modello federale proprio degli Stati Uniti, anche il giudice è tenuto a fare un passo indietro rispetto all'esito dell'analisi delle operazioni in sede presidenziale, non potendo legittimamente sindacare su di esso. Dato il suo carattere espressamente politico, nessuna posizione soggettiva è meritevole di tutela, se non nei limiti della correttezza dello svolgimento del procedimento che, tuttavia, si svolge a porte chiuse e si caratterizza per un elevato livello di riservatezza<sup>18</sup>.

Nel sistema italiano il diritto amministrativo funge ancora da traino rispetto all'indirizzo politico: la scelta sull'esercizio dei poteri speciali non è attività politica in senso tecnico<sup>19</sup> – libera nella scelta dei fini –, bensì

<sup>17</sup> Tra gli altri: C. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 1 ss.; E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, 1 ss.; F. Cuocolo, voce *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 1 ss.; G. Crepaldi, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 3688 ss.; C. Tubertini, *Atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 516 ss.; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss.

<sup>18</sup> Per considerazioni più ampie e critiche sul tema si veda: Y. Wang, *Incorporating the third branch of Government into U.S. National Security Review of Foreign Investment*, in *Houston Journal of International Law*, 2016, 336-351.

<sup>19</sup> Come più volte evidenziato anche dal Consiglio di Stato, affinché possa parlarsi di atto politico è necessario che concorrano due requisiti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo. Deve, infatti, trattarsi di «[...] atto o provvedimento emanato dal governo, e cioè dall'Autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica», oltre a trattarsi di un «[...] atto o provvedimento emanato nell'esercizio del potere

attività sempre vincolata al necessario perseguimento delle finalità pubbliche<sup>20</sup>.

Suscita, pertanto, perplessità la posizione del giudice nel negare la necessità di una motivazione rafforzata, tanto più considerato che, nel caso di specie, la decisione assunta si è discostata dalle risultanze istruttorie: seppur l'atto conclusivo del procedimento è un atto di alta amministrazione, lo stesso è comunque assoggettato ai principi che regolano gli atti amministrativi costituenti esercizio di potere, primo fra tutti quello dell'obbligo di motivazione ai sensi dell'art. 3, l. n. 241/90<sup>21</sup>.

Nelle sentenze in esame, quindi, il TAR si è espressamente pronunciato sulla sindacabilità delle decisioni in materia di *golden power* ribadendo che, poiché qualificabili come atti di alta amministrazione e a differenza degli atti politici, sono sempre soggette al sindacato giurisdizionale, seppur non esteso al merito<sup>22</sup>. Tale posizione può avere importanti ricadute, tanto più se si tiene conto del già registrato incremento nel numero di operazioni notificate<sup>23</sup>, so-

politico, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa» (cfr. da ultimo Cons. St., sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550). Sia consentito il richiamo a: G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, 2012, 334-335.

<sup>20</sup> Sul punto, con specifico riferimento al *golden power*, si vedano le considerazioni di R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, 2019, 17.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione della posizione della giurisprudenza sul tema della motivazione dell'atto di alta amministrazione e conseguente controllo giurisdizionale, nonché del sottile confine che lo separa dall'atto politico si rimanda a C. Caruso, *I casi "Speciale", "Petroni", "Sgarbi": sindacabilità dell'atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, 381-384. I casi ivi analizzati sono, rispettivamente: TAR Lazio, sez. II, sent. 15 dicembre 2007, n. 13361; TAR Lazio, sez. III, sent. 8 novembre 2007, n. 11271; TAR Milano, sez. I, 28 luglio 2008, n. 3045. Per ulteriori commenti: E. Lehner, *Il caso Petroni: luci ed ombre della sentenza n. 69 del 2009*, in *Giur. cost.*, n. 2009, 646 ss.; L. Violini, *Note sul "caso Petroni": ovvero se sia ancora necessario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come la si debba garantire*, in *Quad. cost.*, 2008, 375 ss. G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimento*, in *federalismi.it*, 2017, 12-15.

<sup>22</sup> Art. 7, c. 1, c.p.a., secondo cui «[...] non sono impugnabili gli atti o i provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico». Sulla pacifica non impugnabilità degli atti o dei provvedimenti emanati nell'esercizio del potere politico esiste una giurisprudenza amministrativa consolidata, *ex plurimis*: Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 1996, n. 217; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6094; Corte Cass., SS. UU., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. St., sez. V, 09 gennaio 2017, n. 16; Cons. St., sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550; Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6444. Per una ricognizione della letteratura sulla questione si veda: A. Mitrotti, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne "tensione" tra scienza costituzionale e amministrativa*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020, n. 1.

<sup>23</sup> Si tenga conto che, negli anni, si è registrato un incremento delle operazioni sotto-

prattutto a seguito delle ultime modifiche che hanno interessato la disciplina di riferimento, e da cui ci si aspetta una crescita anche in termini di contenzioso amministrativo. Seppur per il concreto esercizio dei poteri speciali siano necessarie valutazioni di carattere politico e nonostante permangano elevati tassi di discrezionalità tecnica e amministrativa, la decisione deve comunque essere assoggettata al controllo giurisdizionale in termini di corretto esercizio del potere discrezionale rispetto a ragionevolezza, coerenza ed adeguatezza dell'attività, nonché di legittimità procedimentale<sup>24</sup>.

Sul punto, già precedentemente, il TAR Piemonte<sup>25</sup> aveva affermato che il potere in questione appartiene all'ambito della cosiddetta "alta ammini-

poste a vaglio governativo. Nel 2014, anno dell'avvio formale delle attività in materia, sono state registrate 8 notifiche, aumentate rispettivamente a 18 e 14 nel 2015 e nel 2016, fino ad arrivare alle 30 notifiche del 2017. Nel 2018 sono state registrate 46 notifiche, aumentate a 83 nel 2019. Una crescita "esponenziale" si è registrata dal 2020, dove le notifiche sono aumentate del 412 per cento in un solo anno: dalle 83 notifiche del 2019 alle 342 del 2020. Per la panoramica completa dei dati si veda: Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo, *Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (golden power)*, 2020.

<sup>24</sup> Ad esempio, si tenga conto che anche in Francia e Germania l'esercizio dei poteri speciali è assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo. In Francia, tale controllo è esteso anche al merito: l'art. R151-10 del Code monétaire prevede espressamente il dovere per il Ministero dell'economia di motivare le decisioni di veto, oltre a un più generale obbligo di motivare l'esercizio dei poteri speciali. In Germania l'art. 40 del *Verwaltungsgerichtsordnung* sancisce il principio generale secondo cui i tribunali amministrativi sono competenti per tutte le controversie di diritto pubblico di natura non costituzionale, a meno che le controversie non siano espressamente assegnate a un altro tribunale dalla legge federale. Sul punto si vedano: B.M. Amicarelli, *Remedies against unlawful Foreign Direct Investments screening measures under the new common EU Regulation*, in *Roma Tre Law Review*, 2019, 244-245; Philipp Stompfe, *Foreign Investment Screening in Germany and France*, in *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2020. A Common European Law on Investment Screening (CELIS)*, a cura di S. Hindeland e A. Moberg, Cham Springer, 2021, 79 ss.; J. von Andreae, *Challenges in a new reality: German foreign investment control in times of change*, in *Foreign Direct Investment Screening – Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit. Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle decisioni in materia di *golden power* in Italia, si veda: M. Allena, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di golden powers*, in *Dir. econ.*, 2012.

<sup>25</sup> TAR Piemonte, sez. I, 13 luglio 2021, n. 727. La controversia da cui la sentenza origina ha riguardato una complessa operazione in riferimento alla quale il governo ha deciso di non esercitare i poteri speciali sull'offerta pubblica di acquisto volontaria promossa da NAF 2, interamente controllata da Nuova Argo Finanziaria e finalizzata al *delisting* di ASTM. La Presidenza del Consiglio dei ministri ha accolto la proposta di non esercitare il *golden power* formulata dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, in qualità di amministrazione responsabile dell'istruttoria.

strazione”, implicando «[...] scelte strategiche di tipo generale che, in deroga ai principi della concorrenza di valenza anche eurounitaria, giustificano interventi pubblici sul mercato». Così inquadrato il meccanismo, pertanto, «[...] non può che concludersi che la valutazione se esercitare o meno il potere, seppur certamente sindacabile, lo è nei limiti propri degli atti di alta amministrazione». Inoltre, il Collegio ha sottolineato che sarebbe la stessa complessità del procedimento di individuazione degli impianti strategici, di cui all’art. 2, c. 1, d.l. n. 21/12, a porre in evidenza la caratteristica di attività di alta amministrazione, nonché la pluralità e non settorialità degli interessi pubblici coinvolti, così come reso poi palese dalla disposizione relativa all’individuazione degli attivi astrattamente strategici suscettibili di comportare l’attivazione dei poteri speciali.

Queste considerazioni possono assumere ancora maggiore rilievo e suscitare ulteriori perplessità se si considera anche l’eventualità del mancato esercizio del potere: se i margini della discrezionalità politica nell’esercizio sono rilevanti, quelli nel mancato esercizio lo potrebbero essere ancora di più.

Il non esercizio dei poteri speciali deve essere disposto con delibera del Consiglio dei ministri. Qualora, però, ciò non avvenga nei termini, il silenzio serbato attiva il regime del silenzio assenso. Premesso che il provvedimento tacito costituisce silenzio significativo – come tale, da ritenersi impugnabile – l’assenza di obblighi pubblicitari e di comunicazione delle notifiche, nonché dei contenuti e delle caratteristiche dell’operazione, rende più complesso l’esercizio della tutela, soprattutto per i terzi controinteressati<sup>26</sup>.

In un’altra controversia, il TAR Lazio<sup>27</sup> si è invece soffermato sugli effetti della decisione e sulla pervasività della stessa. Nel ribadire che l’esercizio dei poteri speciali è il risultato di una istruttoria specifica, svolta in relazione al

<sup>26</sup> Sulla questione, L.Vásquez, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Bologna, 2020, n. 1, 119 ss.

<sup>27</sup> TAR Lazio, sez. I, sent. 13 aprile 2022, n. 4484, avente ad oggetto un caso di esercizio dei poteri speciali mediante imposizione di prescrizioni rispetto alla prospettata acquisizione da parte di Montanstahl S.a. del cento per cento del capitale sociale di Siderval S.p.A. e del settanta per cento del capitale sociale di Calvi S.p.A. ovvero, solo in via subordinata, del 41,65 per cento di Siderval S.p.A. Le prescrizioni sono state introdotte con d.P.C. del 24 aprile 2021. L’operazione aveva ad oggetto imprese operanti nel settore siderurgico, più specificamente nella produzione di profili speciali in acciaio e titanio ottenuti mediante estrusione a caldo o trafilatura a freddo. Nel caso di specie, tuttavia, la società acquirente aveva deciso di risolvere i contratti, rinunciando all’operazione. Ciò nonostante, una delle società *target* ha sostenuto di voler procedere con il ricorso in ragione del perdurante concreto interesse al perfezionamento dell’operazione, nonché in ragione del fatto che le prescrizioni imposte dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri avrebbero, di fatto, rappresentato un ostacolo per future trattative.

contenuto dell'operazione notificata al governo e riferibile soltanto ad essa, il Collegio ha specificato che le prescrizioni imposte non trovano applicazione al di fuori dell'operazione oggetto di notifica, dovendosi ritenere che i vincoli e le imposizioni alla società *target* non possono prescindere dalla finalizzazione dell'operazione medesima.

Anche in questo caso, tuttavia, la controversia è stata risolta sulla base di profili procedurali: il TAR ha giudicato il ricorso inammissibile per carenza di interesse, poiché, a fronte della mancata volontà di dar seguito all'operazione da parte dell'acquirente, le società *target* non avrebbero ricavato alcuna utilità dall'annullamento del decreto impugnato. Tale ricostruzione suscita, comunque, perplessità e sembra non fornire debita risposta alle problematiche evidenziate dalla società destinataria dell'operazione rispetto ai pregiudizi e alle ricadute che la decisione del governo avrebbe potuto avere, non tanto sulla singola operazione, quanto anche oltre l'ambito della stessa. Sembra infatti opinabile la ricostruzione dell'interesse della società *target* come interesse meramente esplorativo, tenuto conto che l'acquirente ha risolto il contratto in ragione del provvedimento della Presidenza del Consiglio dei ministri e che lo stesso ben avrebbe potuto rappresentare un ostacolo per ulteriori trattative. In particolare, il Collegio sembra quasi eludere le domande poste dalla società in relazione alla strategicità dei propri *assets*, ricorrendo proprio ai limiti al sindacato imposti dalla natura del provvedimento impugnato.

A valle del complesso di tali argomentazioni, è dunque evidente l'ampia discrezionalità riconosciuta al governo nel contemperamento dei molteplici diritti e interessi coinvolti, spesso eterogenei tra loro e di difficile conciliazione – quali la libertà di impresa e la necessaria tutela di settori sensibili –, purché giustificati dalla necessità di salvaguardare il preminente interesse dello Stato. Alla luce di ciò, si percepisce ancora di più quanto fosse auspicabile e necessaria l'introduzione di meccanismi di scrutinio preliminare circa la rilevanza strategica di singole operazioni o società, così da poter anticipatamente prefigurare gli orientamenti governativi e le rispettive conseguenze nei confronti dell'operazione (*infra* par. 2).

## **2. La nuova fisionomia del *golden power* a fronte delle contingenze belliche**

### *2.1. Livello nazionale: il c.d. decreto Ucraina*

Il c.d. “decreto Ucraina” (di seguito “decreto”), adottato a marzo 2022, contiene al suo interno numerose disposizioni per far fronte alle conseguen-



ze del precipitare del conflitto russo-ucraino. Tra queste, le misure volte al rafforzamento dei poteri speciali dello Stato nei settori strategici e, in parte, al superamento del carattere temporaneo ed eccezionale di previsioni introdotte durante l'emergenza pandemica con il d.l. 23/2020 (decreto Liquidità) e già più volte prorogate.

L'art. 24 del decreto ha modificato l'art. 1, d.l. n. 21/12, estendendo il potere di veto del governo ad ogni delibera, atto od operazione dell'assemblea o degli organi di amministrazione delle imprese operanti in settori di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale<sup>28</sup> che abbia per effetto la modifica della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi strategici.

Novità sono state introdotte anche sul piano procedurale, con la previsione secondo cui la notifica dell'operazione nei confronti del governo deve essere effettuata, "ove possibile", a firma congiunta della società acquirente e della società *target*. Laddove ciò non sia possibile, la notifica deve essere comunque effettuata dalla società acquirente, che dovrà contestualmente trasmettere alla società *target* un'informativa preventiva sull'operazione e sulla notifica *golden power*, così da metterla in condizione di presentare eventuali memorie e documenti alla Presidenza del Consiglio dei ministri, entro il termine dei quindici giorni successivi. Quest'ultima, qualora lo ritenga necessario, può ora richiedere informazioni a tutte le parti del procedimento e non più solo all'acquirente, come previsto dal testo previgente. L'art. 25 del decreto estende il meccanismo di coinvolgimento delle parti dell'operazione («[...] ove possibile congiuntamente alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto») anche agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni e dei "nuovi settori" di cui al Reg. Ue 452/2019<sup>29</sup>. Il decreto ha, dunque, il merito di aver riconosciuto autonomia rilevanza alla posizione della società *target* rispetto a quella del soggetto investitore, conferendole legittimazione a partecipare alla procedura e, eventualmente, ad impugnare in sede giurisdizionale<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Così come individuati dal d.P.C. 6 giugno 2014, n. 108.

<sup>29</sup> Tra cui anche quello agroalimentare, le infrastrutture e tecnologie aerospaziali, il settore salute, la robotica, l'intelligenza artificiale, i semiconduttori e il settore finanziario, così come individuati dal d.P.C. 23 dicembre 2020, n. 180.

<sup>30</sup> È prevista una sanzione amministrativa pecuniaria nel caso in cui i poteri speciali siano esercitati nella forma dell'imposizione di condizioni e le stesse non siano rispettate. Il testo previgente contemplava la sola inosservanza da parte dell'acquirente: ad oggi, la sanzione amministrativa – pari al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'uno per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio – può applicarsi anche alla società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisto.

È prevista, inoltre, la stabilizzazione delle disposizioni introdotte in via temporanea durante l'emergenza epidemiologica e già foriere di pesanti critiche e perplessità, quali quelle relative all'obbligo di notifica per le acquisizioni di minoranza da parte di operatori extra-Ue, con soglie progressive a partire dal dieci per cento del capitale o dei diritti di voto, quando il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro. Sono altresì notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15 per cento, 20 per cento, 25 per cento e 50 per cento del capitale. Anche per i settori di cui all'art. 2, d.l. n. 21/12, inoltre, è stato stabilizzato l'obbligo di notifica per gli acquisti, a qualsiasi titolo, di partecipazioni di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società *target*, divenendo irrilevante l'appartenenza o meno all'Unione europea. L'art. 25 del decreto specifica, infatti, che nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, la notifica deve essere effettuata entro dieci giorni alla Presidenza del Consiglio dei ministri, unitamente ad ogni informazione utile alla descrizione generale del progetto di acquisizione, dell'acquirente e del suo ambito di operatività per ogni tipo di operazione proveniente dall'esterno, anche se gli acquirenti sono residenti in Italia.

Per far fronte al crescente carico di lavoro sulle strutture dovuto all'incremento nel numero di notifiche, l'art. 26 del decreto ha delegato il Consiglio dei ministri ad adottare, con proprio decreto e dopo aver consultato il Gruppo di coordinamento, misure di semplificazione procedimentale che hanno interessato specificamente le modalità di notifica, i termini e le procedure dell'istruttoria (*infra* par. 3). Tra queste, è prevista una procedura semplificata per la definizione dei procedimenti in cui il Gruppo di coordinamento decida all'unanimità per il non esercizio dei poteri speciali. In questi casi, il procedimento si conclude automaticamente, senza che la decisione debba confluire in una delibera del Presidente del Consiglio dei ministri<sup>31</sup>. È, inoltre, prevista la creazione di un meccanismo di pre-notifica che consente un vaglio preliminare sull'applicabilità dei poteri speciali all'operazione, nonché sull'ammissibilità della stessa. L'obiettivo è quello di scongiurare, per quanto possibile, il ricorso alle c.d. "notifiche prudenziali"<sup>32</sup> e di deflazionare l'imponente attività procedimentale richiesta dal loro esame.

<sup>31</sup> È fatta salva, in ogni caso, la possibilità per ogni amministrazione e per le parti di chiedere di sottoporre l'esame della notifica al Consiglio dei ministri.

<sup>32</sup> Si tenga conto che anche l'omessa notifica è passibile di sanzioni amministrative, il timore delle quali, negli anni, ha indotto a notificare anche operazioni non rilevanti e che hanno determinato un crescente sovraccarico burocratico.

Per il perseguimento del medesimo fine e per potenziare l'attività di coordinamento prodromica all'esercizio dei poteri speciali, il decreto prevede, all'art. 27, l'istituzione di un apposito nucleo di valutazione e analisi strategica presso il Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri, costituito da dieci esperti in materia giuridica, economica e nelle relazioni internazionali. Ancora, è prevista la facoltà per la Presidenza del Consiglio di avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza in ambito economico-finanziario, ulteriormente consolidata con la sottoscrizione di un nuovo Protocollo d'Intesa, in data 21 luglio 2022.

Da ultimo, l'art. 28 del decreto ha integralmente sostituito l'art. 1 *bis*, d.l. n. 21/2012, modificando la definizione dei poteri speciali nel settore dei servizi di comunicazione elettronica basati su tecnologia 5G e *cloud*, nonché le modalità di verifica e controllo della sussistenza dell'interesse nazionale<sup>33</sup>. Conseguentemente, è stato introdotto un sistema di vigilanza continuativa che ha superato il meccanismo della notifica *una tantum*. Le imprese che intendano acquisire beni o servizi relativi alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione delle attività di cui sopra, nonché componenti ad alta intensità tecnologica funzionali a tale realizzazione o gestione, sono tenute a notificare un piano annuale, che può essere aggiornato con cadenza quadrimestrale. Il piano deve contenere un'informativa completa con indicazioni relative, tra le altre, al settore interessato dalla notifica, ai dati identificativi del soggetto notificante e dei potenziali fornitori, al programma di acquisti, ai contratti in corso e alle prospettive di sviluppo della rete 5G, nonché ogni altra informazione funzionale a fornire un quadro – quanto più possibile dettagliato – delle modalità di sviluppo dei sistemi di digitalizzazione del notificante. Entro trenta giorni dalla notifica e salvo richieste istruttorie<sup>34</sup>,

<sup>33</sup> È prevista la possibilità di identificare ulteriori servizi, beni, rapporti, attività e tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica, inclusa la tecnologia *cloud*, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero dell'interno, il Ministero della difesa, il Ministero degli affari esteri, il Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, con gli altri Ministri competenti per settore e sentita l'Agenzia per la cyber sicurezza nazionale.

<sup>34</sup> Il termine di trenta giorni può essere prorogato fino a venti giorni – a loro volta prorogabili, per una sola volta, di ulteriori venti giorni, in casi di particolare complessità – se è necessario svolgere approfondimenti riguardanti aspetti tecnici, anche relativi alla valutazione di possibili fattori di vulnerabilità che potrebbero compromettere l'integrità e la sicurezza di reti, dati che vi transitano e sistemi. Il termine può essere sospeso, per una sola volta, qualora sia necessario richiedere informazioni o formulare richieste istruttorie al notificante o a soggetti terzi. Le informazioni devono essere rese, rispettivamente, entro il termine di dieci e di venti giorni. Le richieste di informazioni al notificante e le richieste istruttorie a soggetti

il piano annuale è approvato – eventualmente con l'imposizione di prescrizioni o condizioni, qualora si ritenga che ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale –, ovvero è oggetto di veto con decreto del Presidente del Consiglio, su conforme delibera del Consiglio dei ministri. Oltre all'attività del Gruppo di coordinamento, è previsto anche un comitato responsabile delle attività di monitoraggio<sup>35</sup>.

## *2.2. Livello europeo: la Comunicazione della Commissione europea del 6 aprile 2022*

Le preoccupazioni derivanti dalle contingenze belliche hanno spinto la Commissione europea a pubblicare una nuova guida per gli Stati membri, avente ad oggetto gli investimenti esteri diretti provenienti dalla Russia e della Bielorussia<sup>36</sup>.

Nel ribadire l'apertura dell'Unione Europea agli investimenti esteri e l'importanza degli stessi per la crescita economica, la competitività, l'occupazione e l'innovazione, la Commissione ha al contempo evidenziato come tale apertura non debba considerarsi incondizionata. La stessa necessita, infatti, di un costante bilanciamento, da attuarsi con l'impiego di strumenti adeguati e capaci di salvaguardare la sicurezza e l'ordine pubblico dell'Unione<sup>37</sup>.

terzi successive alla prima non sospendono i termini. In caso di incompletezza della notifica, il termine di trenta giorni decorre dal ricevimento delle informazioni o degli elementi che la integrano. Decorsi i termini, il piano si intende approvato.

<sup>35</sup> Funzione del Comitato è quella di verificare l'osservanza delle prescrizioni e delle condizioni impartite con il provvedimento di esercizio dei poteri, l'analisi della relativa adeguatezza, nonché la verifica dell'adozione di adeguate misure attuative delle prescrizioni o condizioni imposte. A tal fine, sono previsti obblighi comunicativi a carico dell'impresa notificante. Se il Comitato rileva il mancato rispetto delle prescrizioni o condizioni ne dà notizia al Gruppo di Coordinamento, che può proporre al Consiglio dei ministri l'applicazione delle sanzioni, la revoca o la modifica del provvedimento.

<sup>36</sup> Comunicazione della Commissione, *Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli Investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni*, CI 151/1 del 6 aprile 2022.

<sup>37</sup> Già nel 2017, la Commissione con Comunicazione del 13 settembre, *Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando al contempo gli interessi generali*, COM(2017) 494, aveva evidenziato che «[...] sussiste il rischio che in singoli casi gli investitori stranieri possano cercare di acquisire il controllo o di esercitare influenza nelle imprese europee le cui attività hanno ripercussioni sulle tecnologie cruciali, sulle infrastrutture, sui fattori produttivi o sulle informazioni sensibili. Il rischio sorge anche e soprattutto quando gli investitori stranieri sono statali o controllati dallo Stato, anche mediante finanziamenti o altri mezzi».

In particolare, a seguito dell'aggressione militare della Russia nei confronti dell'Ucraina, la Commissione ha ritenuto che qualsivoglia investimento russo in attivi critici dell'Unione Europea possa fornire fondati motivi per concludere che lo stesso rappresenti una minaccia per la sicurezza e/o l'ordine pubblico degli Stati membri<sup>38</sup>. Tali rischi, secondo la ricostruzione operata in tale Comunicazione, potrebbero essere aggravati dalla mole di investimenti russi nell'Ue, nonché dall'intensità delle precedenti relazioni commerciali tra le società russe e quelle dell'Unione europea. In tale ottica, si rende quindi necessaria una maggiore vigilanza nei confronti degli investimenti esteri diretti russi o bielorusi all'interno del mercato unico, anche se effettuati da persone o entità non direttamente destinatarie di sanzioni<sup>39</sup>. Gli investimenti potrebbero essere, infatti, effettuati da persone o entità associate, controllate o soggette all'influenza dei due governi, fortemente incentivati ad interferire

<sup>38</sup> L'Italia, ad esempio, ha per la prima volta bloccato una acquisizione da parte di una società russa nel giugno 2022. Rosatom GasTech LLC., attiva nel settore energetico e dell'ingegneria nucleare e controllata statale, intendeva acquisire l'impresa italiana Faber Industrie S.p.A., attiva nella produzione e fornitura di bombole, sistemi di stoccaggio e di trasporto di gas tecnici, ritenuti strategici per ridurre la dipendenza energetica dalla Russia. Questa decisione segue alla risoluzione del 1° marzo 2022 con cui il Parlamento europeo ha invitato gli Stati membri «[...] a porre fine a qualsiasi collaborazione con la Russia nel settore nucleare, in particolare la cooperazione con Rosatom e le sue controllate» (*Risoluzione del Parlamento europeo del 1° marzo 2022 sull'aggressione russa contro l'Ucraina, 2022/C 125/01*). Simili preoccupazioni hanno spinto all'intervento anche la Germania: Il Ministero Federale per gli Affari Economici e l'Azione per il Clima ("BMWK") – autorità tedesca di regolamentazione degli investimenti esteri diretti – è intervenuto per proteggere le forniture di gas tedesche, nominando, fino al 30 settembre 2022, l'Agenzia federale per le reti (*Bundesnetzagentur*) come fiduciario di Gazprom Germania Group. L'intervento ha fatto seguito alla notizia dell'acquisizione indiretta di quest'ultima da parte di JSC Palmary e Gazprom export business services LLC, entrambe società russe. Poiché Gazprom Germania GmbH gestisce infrastrutture critiche, qualsiasi acquisizione da parte di un investitore non comunitario deve essere approvata dal Ministero, circostanza venuta a mancare nel caso di specie. Il comunicato stampa è reperibile al seguente link: [https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Downloads/a/amtliche-veroeffentlichung-EN.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Downloads/a/amtliche-veroeffentlichung-EN.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

<sup>39</sup> Da quanto si legge nel documento citato, la Russia, in considerazione del numero di operazioni concluse tra il 2015 e il 2021, è all'undicesimo posto tra gli investitori esteri nell'Unione Europea, con un numero di investimenti pari allo 0,9 per cento del totale e un valore pari allo 0,7 per cento del totale degli investimenti provenienti da tutte le giurisdizioni non Ue. I dati disponibili nel 2020 rivelavano un controllo di persone o entità russe su circa 17mila società europee, oltre a detenere partecipazioni potenzialmente di controllo in 7mila società e partecipazioni di minoranza in altre quattromila. Con riferimento alla Bielorussia, secondo i dati del 2020, persone ed entità bielorusse controllano circa 1550 società dell'Unione europea e detengono partecipazioni potenzialmente di controllo in seicento società e partecipazioni di minoranza in altre quattrocento.

con attività critiche nell'Unione e ad utilizzare, a tal fine, la propria abilità nel controllare o dirigere gli investitori russi e bielorusi in Europa.

Al fine dell'individuazione degli investimenti che potrebbero incidere negativamente sulla sicurezza o sull'ordine pubblico nell'Unione Europea, la Commissione ha esortato anche a rafforzare la stretta collaborazione tra le autorità nazionali di controllo e quelle competenti in materia di sanzioni, le banche, gli istituti di promozione nazionali e gli istituti finanziari internazionali in cui gli Stati membri detengono una partecipazione. Di conseguenza, entro i limiti delle norme nazionali applicabili, questi investimenti dovrebbero essere verificati regolarmente ed esaminati con estrema attenzione.

La Commissione europea, come già fatto durante l'imperversare della crisi Covid-19, ha invitato gli Stati membri ad utilizzare sistematicamente i rispettivi meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti per valutare e prevenire minacce collegate agli investimenti russi e bielorusi, insistendo, altresì, sull'importanza della stretta collaborazione tra le autorità nazionali competenti in materia di sanzioni e quelle responsabili del controllo degli investimenti nel contesto dell'attuazione delle sanzioni europee, nonché ad individuare violazioni e ad imporre penali, oltre che a garantire il pieno rispetto delle disposizioni della direttiva antiriciclaggio. Al contempo, ha nuovamente ribadito la necessità di dare piena attuazione al Regolamento Ue, anche per mezzo della partecipazione attiva al meccanismo di cooperazione tra Stati membri e tra questi e la Commissione.

Si tenga comunque conto che la Commissione europea, con Comunicazione di ottobre 2022<sup>40</sup>, ha reso noto che è allo studio una revisione del Regolamento UE, alla luce dell'esperienza maturata nei due anni successivi alla sua adozione. Lo scopo dichiarato sarebbe quello di identificare, in linea con i principi di *better regulation* in materia, gli interventi di modifica necessari per rafforzarne il funzionamento e l'effettività.

### **3. La procedimentalizzazione nazionale ed europea: rimedio sufficiente per colmare eventuali vuoti di tutela?**

Il decreto Ucraina è fortemente intervenuto in termini di istituzionalizzazione e proceduralizzazione del *golden power*<sup>41</sup>. Se da un lato è emersa,

<sup>40</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, Consiglio, Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni – Commission work programme 2023, *A Union standing firm and united*, Strasbourg, 18/10/2022 COM(2022)548 final, 7-8.

<sup>41</sup> Per una descrizione dettagliata delle modifiche introdotte, si rimanda a: R. Chiappa,

infatti, l'acquisita consapevolezza della necessità di strutture stabili preposte all'esercizio dei poteri speciali e dotate di un *know how* tecnico specifico a seconda dei settori interessati, dall'altro è evidente il tentativo di stabilizzare la materia sul piano dell'organizzazione, rendendo più strutturato e intelligibile l'articolato e complesso procedimento amministrativo sotteso all'esercizio del potere.

In particolare, la tendenza verso una sempre maggiore procedimentalizzazione sembra essere una ulteriore conferma della preminenza del diritto amministrativo rispetto all'indirizzo politico, nonché del tentativo di imbrigliare l'amplessima discrezionalità di quest'ultimo entro le maglie dei principi cardine del primo. A ciò si aggiunge lo sforzo per definire criteri sempre più obiettivi, basati su dati e informazioni tecniche, così da controbilanciare e circoscrivere i rischi legati all'ineliminabile livello di riservatezza che connota gli interessi coinvolti<sup>42</sup>.

A ciò deve aggiungersi che, con l'adozione del d.P.C. n. 133/2022 (di seguito, "d.P.C." o "d.P.C. n. 133/2022")<sup>43</sup>, è stato disciplinato il ruolo di coordinamento della Presidenza del Consiglio in caso di ricorso al *golden power* e sono state concretamente definite le attività preliminari all'esercizio dei poteri speciali, sia in termini di soggetti coinvolti che di rispettivi compiti.

Con lo scopo di rendere l'istruttoria più veloce, sono dunque stati formalizzati composizione e ruolo del Gruppo di coordinamento, composto – tra gli altri – dai responsabili degli Uffici dei vari Ministeri (art. 3)<sup>44</sup> e del

*La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51, cit.*

<sup>42</sup> A. Ferrari Zumbini, *Principi dell'Unione Europea in materia di golden power: opportunità e limiti*, in *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, a cura di G. della Cananea e L. Fiorentino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 33 ss.

<sup>43</sup> D.P.C. 1 agosto 2022, n. 133, pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2022, n. 211, recante *Regolamento recante disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modificazioni ed integrazioni, della prenotazione e misure di semplificazione dei procedimenti*. Il regolamento è entrato in vigore dal 24 settembre 2022.

<sup>44</sup> È presieduto dal Segretario generale o dal vice Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri delegato o da un designato del Segretario generale e composto dai responsabili degli Uffici dei Ministeri di cui all'art. 2, c. 3 e c. 4 del medesimo decreto o da altri designati dai rispettivi Ministri interessati, nonché dai responsabili designati dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, che partecipa per gli ambiti di competenza. Sono nominati componenti del medesimo Gruppo di coordinamento anche il Consigliere militare e il Consigliere diplomatico del Presidente del Consiglio dei ministri, il Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Capo del Dipartimento per le politiche europee, nonché il Capo del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Dipartimento per il coordinamento amministrativo, chiamato ad assicurare lo svolgimento delle attività interministeriali e dell'attività istruttoria, oltre a raccogliere e custodire tutte le informazioni necessarie all'esercizio dei poteri speciali (art. 4).

L'art. 5 del d.P.C., nel disciplinare le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, ha previsto che il Dipartimento per il coordinamento amministrativo trasmetta la notifica e la documentazione ricevute<sup>45</sup> al Presidente, agli altri uffici eventualmente coinvolti e ai componenti del Gruppo di coordinamento. Al contempo, convoca la riunione in cui il Gruppo di coordinamento è tenuto ad individuare il ministero responsabile dell'istruttoria e della proposta per l'esercizio dei poteri speciali, di cui sarà data comunicazione alle parti.

Il ministero responsabile, a sua volta, trasmette – entro quattro giorni dalla riunione e, comunque, almeno quindici giorni prima della scadenza del termine per la conclusione del procedimento – la motivazione della delibera di esercizio dei poteri speciali al Presidente, agli uffici, agli altri componenti del Gruppo di coordinamento e al Dipartimento per il coordinamento amministrativo (art. 5, lett. *d*). Nel caso decida, invece, per il non esercizio dei poteri speciali – con o senza previsione di raccomandazioni all'impresa –, entro il medesimo termine, è tenuto a trasmettere la motivazione della relativa delibera al Dipartimento per il coordinamento amministrativo, al Presidente del gruppo di coordinamento e agli uffici coinvolti (art. 5, lett. *f*).

A seconda dei casi, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo procede a predisporre, rispettivamente, lo schema di decreto di esercizio dei poteri speciali o quello di deliberazione di mancato esercizio, con le eventuali raccomandazioni (art. 5, lett. *e* e *h*). Gli schemi devono poi essere sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei ministri. Il decreto, ove adottato, è trasmesso, dal Dipartimento per il coordinamento amministrativo, alle parti del procedimento, agli organi di controllo e, per estratto, alle competenti Commissioni parlamentari (art. 5, lett. *e*).

Un meccanismo di semplificazione procedimentale è previsto nel caso in cui il ministero responsabile dell'istruttoria decida di non esercitare i poteri speciali. La motivazione della delibera è trasmessa dal Ministero – tempestivamente e comunque almeno quindici giorni prima della scadenza del termine per la conclusione del procedimento – al Presidente, alle ammini-

<sup>45</sup> La notifica dell'operazione potenzialmente rilevante deve avvenire soltanto in forma telematica e attraverso l'indirizzo PEC a ciò preposto, pubblicato sul sito della Presidenza del Consiglio dei ministri. La medesima modalità è richiesta anche per la trasmissione di eventuali memorie e documenti da parte del soggetto notificante.



strazioni componenti il Gruppo di coordinamento e al Dipartimento per il coordinamento amministrativo. Entro cinque giorni dalla notifica o dalla comunicazione con cui la società è informata di essere parte del procedimento, le parti possono chiedere che la questione sia in ogni caso rimessa direttamente alla valutazione del Consiglio dei ministri (art. 6)<sup>46</sup>.

È, inoltre, disciplinata nel dettaglio la nuova procedura di pre-notifica al Dipartimento per il coordinamento amministrativo, che consente alle imprese interessate di ottenere un'informativa preventiva relativamente alla assoggettabilità di specifici progetti di costituzione o acquisizione alla disciplina del *golden power*. In questo caso il Dipartimento dovrà comunicare, entro trenta giorni, se la segnalazione rientra o meno nelle ipotesi in cui è dovuta la formale notifica: in caso di valutazione positiva, il Dipartimento potrà comunque esonerare la società dall'effettuare la notifica qualora i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali siano manifestamente insussistenti. Tuttavia, nel caso in cui la decisione non sia adottata nel termine di trenta giorni dall'informativa, l'impresa è comunque tenuta ad eseguire la notifica (art. 7).

Infine, il d.P.C. prevede alcune regole di dettaglio per il procedimento sanzionatorio, nel caso in cui la società interessata non rispetti gli obblighi di notifica (art. 9).

Si tenga conto che tutta la procedura è connotata da un forte livello di riservatezza, che non vi sono obblighi di pubblicazione delle notifiche pervenute e che i documenti amministrativi relativi all'attivazione dei poteri speciali non soggiacciono alle regole generali in materia di accesso, circostanze che contribuiscono a rendere il procedimento meno aperto e trasparente<sup>47</sup>. Inoltre, la prerogativa di controllo *ex post* sull'attività dell'ese-

<sup>46</sup> È previsto, inoltre, che entro il termine di tre giorni dalla riunione del Gruppo di coordinamento, con nota motivata trasmessa informaticamente al Presidente, alle amministrazioni componenti il Gruppo di coordinamento e al Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri, una o più delle amministrazioni che compongono il Gruppo di coordinamento possono richiedere che la proposta sia sottoposta alla deliberazione del Consiglio dei ministri.

<sup>47</sup> Stesse considerazioni riguardano sia il livello nazionale della procedura che quello sovranazionale. Si tenga conto di quanto ribadito da TAR Lazio, ordinanza 9 novembre 2021, n. 11490, con cui ha respinto la richiesta di accesso agli atti nei confronti delle osservazioni rese dalla Commissione europea ai sensi del Regolamento Ue, presentata da una società destinataria di un provvedimento di veto. L'operazione aveva ad oggetto l'acquisizione del settanta per cento della società LPE S.p.A. da parte di Shenzen Invenland Holdings Co. Ltd. Sull'operazione, infatti, oltre alle interlocuzioni con il Gruppo di Coordinamento, erano stati resi un parere dalla Commissione Europea e osservazioni da parte di Svezia e Paesi Bassi. Il TAR ha ritenuto che le previsioni nazionali in materia di accesso non potessero prevalere sulla

cutivo da parte del Parlamento – non tanto e non solo nell’interesse delle forze politiche ivi rappresentate, quanto più nell’interesse della collettività quale garante di democraticità – ancora non sembra presentare un carattere particolarmente penetrante, capace di temperare la natura prettamente governativa della procedura<sup>48</sup>. Finora, infatti, a fronte delle informative ricevute dal governo, solo in un numero limitato di casi il Parlamento ha provveduto ad ulteriori approfondimenti per comprendere se il primo avesse agito in modo tempestivo ed efficace.

A seguito dell’adozione del Regolamento Ue e della sua attuazione, al livello nazionale della procedura ben può sommarsi quello europeo<sup>49</sup>. Il Regolamento Ue ha inteso istituire un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti all’interno dell’Unione europea – e non un processo di revisione unico e centralizzato –, nel tentativo di ricondurre ad unità meccanismi di controllo nazionali, spesso frammentati e caratterizzati da profonde asimmetrie. Esso costituisce una norma quadro di disciplina di una “facoltà” dei singoli Stati, tanto da chiarire – sin dall’art. 1 – che nessuna disposizione limita il diritto di ciascuno Stato membro di decidere se controllare o meno un particolare investimento estero diretto<sup>50</sup>. Gli Stati membri hanno, quindi,

disciplina speciale di rango comunitario esistente e che introduce un apposito regime per consentire la divulgazione di informazioni “sensibili”, “riservate”, ovvero “classificate”, che siano state scambiate dagli Stati membri e dalla Commissione nell’ambito della cooperazione di cui al Regolamento Ue. Ai fini di rendere ostensibili tali osservazioni è necessario il consenso di chi ha originato il documento.

<sup>48</sup> Sul tema delle garanzie a monte e a valle dell’esercizio dei poteri speciali si rimanda alle considerazioni di: G. Della Cananea, *Golden power e garanzie*, in *I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, cit., 321 ss.

<sup>49</sup> Più diffusamente sul tema: M. Rescigno, *Il nuovo regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri tra integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell’Europa*, in *Giur. comm.*, 2020, n. 1; G. Scarchillo, *Golden power e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Dir. com. int.*, 2020, n. 2; G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, n. 1.

<sup>50</sup> Ai sensi degli artt. 3, par. 1, lett. e) e 207, par. 1, TFUE gli investimenti esteri diretti sono ricompresi nell’ambito della politica commerciale comune che è materia di competenza esclusiva dell’Unione europea, così che spetta a quest’ultima adottare atti giuridicamente vincolanti, mentre gli Stati membri possono farlo autonomamente «[...] solo se autorizzati dall’Unione oppure per dare attuazione agli atti dell’Unione». Ciò, tuttavia, non impedisce l’intervento normativo nazionale in materia di controllo degli investimenti esteri diretti: in ragione della responsabilità esclusiva riservatagli in materia di sicurezza nazionale e ordine pubblico, così come salvaguardata dall’art. 4, par. 2, TUE – che espressamente prevede che «[...] la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro» –, oltre che dagli artt. 65, par. 1, lett. b) e 346 TFUE. Come evidenziato da L. Carcy, *The new EU*

competenza piena nel decidere se mantenere, modificare o adottare meccanismi di controllo degli investimenti diretti nei rispettivi territori, tenendo in considerazione i potenziali effetti degli investimenti esteri non solo entro i confini domestici, quanto anche sull'Unione europea nel suo insieme<sup>51</sup>.

Elementi cardine del Regolamento Ue sono quelli relativi agli assetti procedurali e ai requisiti minimi che i meccanismi di *screening* degli investimenti esteri diretti devono garantire per assicurare la minore lesività delle misure da adottare, nonché ai meccanismi di cooperazione amministrativa.

Con riferimento ai primi, si richiede che gli Stati membri assicurino trasparenza circa i presupposti che legittimano il controllo degli investimenti e le rispettive procedure, di cui devono essere fissati termini che consentano la presentazione di osservazioni e pareri. I meccanismi di controllo, inoltre, non devono permettere alcuna forma di discriminazione in base allo Stato di provenienza degli investimenti e devono sempre essere previsti strumenti di tutela giurisdizionale per gli interessati.

La cooperazione, la collaborazione e la condivisione delle informazioni sono temi centrali del Regolamento Ue, tanto tra Stati Membri, quanto tra questi ultimi e la Commissione. In quest'ottica è interessante notare che il d.P.C. 133/2022 si premura di specificare le modalità attraverso cui deve esplicarsi la cooperazione nazionale tanto con la Commissione europea quanto con gli altri Stati membri, conformemente alle previsioni del Regolamento Ue (art. 8)<sup>52</sup>.

*screening mechanism for foreign direct investments. When the EU takes back control*, in *Bruges Political Research Papers*, 2021, n. 84, un potere di veto sugli investimenti esteri diretti a livello europeo fu considerato un *no-go* per quasi tutti gli Stati membri, che vollero mantenere tale prerogativa a livello domestico.

<sup>51</sup> Come noto, tuttavia, in vista dell'applicazione del Regolamento Ue, prevista per ottobre 2020, e a seguito dello *shock* economico causato dalla pandemia, la Commissione europea è intervenuta per preservare le imprese e le attività critiche europee, soprattutto nei settori più vulnerabili quali sanità, ricerca medica, biotecnologie e infrastrutture critiche, essenziali per garantire la sicurezza e l'ordine pubblico nel contesto emergenziale. Gli Stati membri sono stati, pertanto, sollecitati a potenziare e ad avvalersi appieno dei meccanismi di controllo già in vigore, ovvero a istituirne di nuovi se del tutto sforiniti. In via subordinata, la Commissione ha comunque esortato il ricorso a tutte le opzioni disponibili per fronteggiare eventuali acquisizioni ostili. *Cfr.* Comunicazione della Commissione, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)*, 2020/C 99 I/01 – C/2020/1981. Hanno fatto seguito le Linee guida per l'interpretazione e l'attuazione del Regolamento Ue 2019.

<sup>52</sup> Il d.P.C. prevede che Il Dipartimento per il coordinamento amministrativo, anche su indicazione del Ministero responsabile per l'istruttoria, notifichi alla Commissione e agli

In particolare, tali meccanismi di cooperazione sono stati attuati attraverso procedimenti composti da ricondursi a due principali tipologie.

Nella prima, è lo Stato membro ad avviare il procedimento di controllo di un investimento estero diretto nel proprio territorio. A tale decisione deve seguire la notifica alla Commissione europea<sup>53</sup> e a tutti gli Stati membri, insieme con la trasmissione delle informazioni rilevanti e di un elenco degli altri Stati membri la cui sicurezza e/o ordine pubblico potrebbero essere compromessi dall'investimento.

Da questo momento, si instaurano molteplici rapporti di carattere verticale ed orizzontale.

Se uno degli Stati membri presenta domanda relativamente alla notifica, si apre il periodo di esame della “fase 1”, che dura al massimo quindici giorni<sup>54</sup>. Durante questo termine, gli altri Stati membri che ritengono che l'investimento notificato possa pregiudicare la propria sicurezza o ordine pubblico, ovvero che abbiano informazioni rilevanti da condividere con lo Stato membro che effettua lo *screening*, possono riservarsi il diritto di fornire commenti e porre domande. La Commissione deve notificare allo Stato membro l'avvenuta presentazione di osservazioni. Entro il medesimo termine, gli altri Stati membri e la Commissione possono anche avanzare richiesta di ulteriori informazioni supplementari – debitamente giustificata, proporzionata allo scopo e non eccessivamente onerosa – al Paese notificante, aprendo così la “fase 2” dell'esame. Le richieste di informazioni e le risposte fornite devono essere inviate contemporaneamente agli altri Stati membri e alla Commissione. Quest'ultima può sempre emettere un parere indipendentemente dal fatto che gli Stati membri abbiano fornito o meno

altri Stati membri gli investimenti esteri diretti nel territorio italiano che sono oggetto di un controllo in corso, ai sensi del Regolamento Ue, informandone il Presidente e i componenti del Gruppo di coordinamento. Qualora gli altri Stati membri e la Commissione notifichino la loro intenzione di formulare osservazioni, ovvero di emettere un parere, se del caso con una richiesta di informazioni supplementari, il Dipartimento per il coordinamento amministrativo è chiamato a ricoprire un ruolo fondamentale per assicurare la costante e piena cooperazione tra i diversi livelli coinvolti.

<sup>53</sup> All'interno della Commissione Europea tutte le questioni relative al controllo sugli investimenti esteri diretti sono gestite dalla Direzione generale del commercio e, più precisamente, dall'unità “Trade-F-4”. L'art. 12 del Regolamento Ue prevede, inoltre, che il gruppo di esperti sullo *screening* degli investimenti esteri diretti creato nel 2017 continui a fornire consulenza alla Commissione e agli Stati membri sull'attuazione del Regolamento medesimo. Sull'istituzione del gruppo di Commissione europea si veda: *Commission Decision of 29 November 2017 setting up the group of experts on the screening of foreign direct investments into the European Union*, C(2017)7866.

<sup>54</sup> Art. 6 del Regolamento Ue.

osservazioni e deve farlo entro un termine ragionevole, in ogni caso non oltre trentacinque giorni dal ricevimento della notifica. Tuttavia, se sono state richieste informazioni aggiuntive, la Commissione deve inviare un parere entro venti giorni dal loro ricevimento.

Nella seconda tipologia, invece, sono gli altri Stati membri a poter richiedere informazioni qualora lo Stato destinatario dell'investimento estero diretto abbia omesso di sottoporlo a controllo. Tale possibilità può verificarsi tanto nel caso in cui un meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti non esista, quanto in quello in cui lo Stato abbia deliberatamente deciso di non attivarlo. Questa forma di cooperazione può essere azionata quale correttivo alla discrezionalità politica che decida di non intervenire su una operazione, purché il ricorso sia motivato dalla finalità di tutelare la sicurezza o l'ordine pubblico e lo Stato richiedente le informazioni giustifichi debitamente la richiesta su tali basi.

Ciascuno Stato nel cui territorio l'investimento è indirizzato è l'unico competente ad assumere la decisione finale, nonostante sia comunque chiamato a tenere "in debita considerazione" le osservazioni degli altri Stati membri e il parere della Commissione, oltre a dover fornire una motivazione nel caso in cui decida di discostarsi da tali risultanze.

Il doppio livello procedurale crea, tuttavia, criticità e difficoltà<sup>55</sup>. Una questione di portata generale riguarda l'impatto degli adempimenti procedurali sulle strutture coinvolte. Diversi Stati membri hanno evidenziato l'insufficienza di risorse, anche in considerazione delle complesse transazioni multi-giurisdizionali notificate ai sensi del Regolamento Ue, nonché delle scadenze fissate. Altri, hanno sottolineato come spesso alcune delle notifiche non abbiano alcuna rilevanza o impatto su altri Stati dell'Unione e hanno suggerito l'introduzione di linee guida sui contenuti della notifica ai sensi del Regolamento Ue, nonché di criteri comuni di filtraggio che, se soddisfatti, potrebbero giustificare la mancata notifica. Sul punto, la Commissione si è detta consapevole dell'esistenza di difficoltà legate alla possibile identificazione di criteri comuni per la valutazione di strategicità degli interessi coinvolti – come avviene, ad esempio, nel modello statunitense – in quanto ciò che potrebbe non sembrare una transazione sensibile agli occhi di uno Stato membro, potrebbe senza dubbio esserlo per un altro. A questi limiti impliciti dello strumento, soprattutto in termini di maggiore debolezza europea nell'integrazione di sistemi ed economie, la Commissione ha risposto

<sup>55</sup> Commissione europea, Report from the Commission to the European Parliament and the Council, *First Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union*, COM(2021)714final, 2021.

suggerendo l'adozione di una prassi di segnalazione che preveda che le transazioni più importanti tra quelle notificate vengano portate all'attenzione degli altri Stati membri.

#### 4. Brevi considerazioni conclusive

Le sentenze brevemente analizzate nel presente contributo sono di particolare interesse non solo perché si pronunciano su una decisione favorevole all'esercizio del potere di veto che per la prima volta ha interessato il settore agroalimentare, quanto anche perché si collocano in una finestra temporale successiva alle modifiche introdotte per far fronte all'emergenza pandemica ma precedente agli ulteriori sviluppi imposti dalla crisi russo-ucraina.

Lo sviluppo repentino dell'istituto e la mancanza di una giurisprudenza nazionale diffusa e consolidata hanno contribuito al clima di incertezza generatosi sulla materia<sup>56</sup>. Queste sentenze rappresentano, dunque, una utile chiave ermeneutica a beneficio della certezza del diritto e dell'*accountability* di tale strumento giuridico.

Tuttavia, nel tentativo di classificare provvedimenti in materia di poteri speciali all'interno delle categorie comuni del diritto amministrativo e di fissare alcuni principi fondamentali, le decisioni continuano a sollevare criticità e interrogativi circa la confermata ampiezza dei poteri della Presidenza del Consiglio nell'approccio *case by case* da applicarsi alle operazioni, con fondamentali implicazioni in termini di certezza, trasparenza e prevedibilità dell'azione pubblica, nonché di tutela procedimentale e giurisdizionale degli operatori economici coinvolti<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Si tenga conto che il ridotto numero di pronunce sul tema potrebbe dipendere, principalmente, dal fatto che solo in un numero limitato di ipotesi il procedimento per l'esercizio dei poteri speciali si è concluso con il veto all'operazione (si rimanda al riguardo alla nota n. 6). Tali evidenze fanno emergere prepotentemente una tematica ulteriore, vale a dire quella del mancato esercizio dei poteri speciali: come chiarito nel par. 1.2., se il termine fissato per la conclusione del procedimento scade senza che alcuna delibera sia assunta, l'operazione è comunque da considerarsi ammissibile. Pertanto, di fronte all'inerzia del governo, anche operazioni potenzialmente suscettibili di porre problemi per il pubblico interesse potrebbero perfezionarsi, con importanti conseguenze in termini di dinamiche di tutela.

<sup>57</sup> C. Bian, *Foreign Direct Investment Screening and National Security: Reducing Regulatory Hurdles to Investors Through Induced Reciprocity*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2021, confronta i meccanismi di *screening* degli investimenti esteri in Germania e in Cina e formula considerazioni di carattere più ampio circa gli ostacoli normativi che investitori ed imprese si trovano più frequentemente ad affrontare: imprevedibilità, incertezza procedurale e mancanza

La tutela di interessi nazionali, ritenuti strategici indipendentemente dal valore dell'operazione coinvolta, giustifica l'impiego da parte del governo di poteri speciali finalizzati al perseguimento di interessi generali, quale estrinsecazione dell'art. 41 Cost. nella sua dimensione di "elasticità e flessibilità", che consente di coniugare iniziativa economica privata, utilità sociale e intervento pubblico per orientare l'attività economica a fini ambientali e sociali<sup>58</sup>. Secondo questa prospettiva, il *golden power* rappresenta uno dei mezzi propulsori per la riespansione della funzione di programmazione e controllo dell'attività economica – anche conformemente alla nuova formulazione del c. 3 dell'art. 41 Cost. – nell'ambito della relazione tra autonomia e libertà che si instaura tra potere pubblico e impresa privata, tanto più in fasi di ripresa post-emergenziale<sup>59</sup>.

Tuttavia, non sfugge come il ricorso crescente a questo strumento, se non sapientemente e proporzionatamente gestito, possa rappresentare un potenziale strumento di frizione e di incertezza per i diritti e le libertà economiche dei privati, oltre che per le dinamiche del processo di integrazione europea, tanto più se con riferimento all'impiego dei poteri speciali per le operazioni intra-Ue<sup>60</sup>.

di trasparenza nella pratica. Interessanti le conclusioni a cui giunge: adottando la teoria della reciprocità indotta, l'autore sostiene che tali ostacoli potrebbero essere – se non superati – quantomeno ridimensionati se i vincoli di simmetria sui sistemi nazionali di *screening* potessero essere fissati con accordi internazionali.

<sup>58</sup> F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Giappichelli Editore, 2022, nonché – per quanto concerne il tema del bilanciamento tra beni costituzionalmente protetti sotteso all'art. 41 Cost. – si rimanda ai richiami in: C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962 e R. Niro, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, 855 ss.; L. Casseti, *Articolo 41*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani, Bologna, il Mulino, 2018.

<sup>59</sup> Tra gli altri, G. Amato, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, n. 1. Su *golden power* e art. 41 Cost., si veda: F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *federalismi.it*, 2022.

<sup>60</sup> Sul tema della crisi del processo di integrazione europea, anche con più ampio riferimento alla riemersione della centralità dello Stato nei periodi di emergenza, si veda: F. Gaspari, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi dell'UE*, in *federalismi.it*, 2020, n. 16. L'autore evidenzia come, in un contesto come quello europeo, due tipi di competizione rendono le dinamiche più complesse: quella endogena, tra Stati membri dell'Unione, e quella esogena, tanto nei rapporti tra Unione e Stati terzi, quanto nei rapporti bilaterali e multilaterali tra Stati membri e Stati terzi. Al contrario, A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, 751, ne evidenzia le potenzialità come strumento di rilancio dell'integrazione europea, grazie a un «[...] ombrello comune europeo, che potrebbe condurre a una graduale armonizzazione normativa».

L'Unione Europea, inizialmente, ha fortemente censurato i Governi nazionali che facevano ricorso alla *golden share*, imponendo una interpretazione restrittiva e tassativa delle facoltà ad essi attribuite, proprio a tutela del consolidamento del mercato unico. Il Regolamento Ue, poi, ha permesso agli Stati membri di ricorrere spesso a concetti particolarmente elastici per perimetrare l'ambito di applicazione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico e, con esso, i relativi presupposti e contenuti del potere di riesame degli investimenti. Tra gli obiettivi, anche quello di stimolare la reciprocità sui mercati internazionali, la cui assenza ha da sempre contraddistinto i rapporti commerciali dell'Unione europea con gli Stati terzi<sup>61</sup>.

Le ricordate Comunicazioni della Commissione europea, di fatto, hanno poi favorito la tendenza già diffusa ad un maggiore interventismo statale, esortando gli Stati membri ad avvalersi appieno dei meccanismi nazionali di *screening* degli investimenti. Si pensi che nel 2021, dei 27 Stati membri, sei hanno rafforzato e due hanno avviato processi consultivi per l'aggiornamento dei meccanismi già esistenti, tre ne hanno inseriti ex novo nel proprio sistema giuridico, sette hanno attivato le rispettive procedure interne per dotarsene<sup>62</sup>.

Attualmente, la prospettiva è quindi decisamente cambiata, in favore di una auspicata comunione di intenti tra livello europeo e nazionale e di una strategia di apertura basata su un "EU-wide" ed efficiente meccanismo di controllo degli investimenti, nonostante il permanere di egoismi domestici e rivalità tra Stati membri. Le misure nazionali rischiano, infatti, di andare nella direzione di una nuova chiusura dei mercati, con il pericolo di una conseguente e rinvigorita tendenza al protezionismo<sup>63</sup>. Lo scenario continua a sollevare questioni giuridiche di sistema e a porre perplessità in ordine alla

<sup>61</sup> S.W. Schill, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, n. 2.

<sup>62</sup> Rispettivamente: Francia, Germania, Ungheria, Italia, Lettonia, Lituania; Paesi Bassi e Romania; Repubblica Ceca, Danimarca, Slovacchia; Belgio, Croazia, Estonia, Grecia, Irlanda, Lussemburgo e Svezia. Risultano ancora privi di tali meccanismi (o – quantomeno – non è pubblicamente stato riportato se siano in corso iniziative in tale direzione) Bulgaria e Cipro. Cfr. Report from the Commission to the European Parliament and the Council, cit.

<sup>63</sup> Sulle misure adottate durante l'imperversare dell'emergenza pandemica si vedano, tra gli altri: F. Bianconi, *I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi*, in *Contr. impr.*, 2022, n. 1; L. Vasquez, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, n. 1; P. Caggiano, *Covid-19. Misure urgenti sui poteri speciali dello Stato nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni*, in *federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020; A. Sacco Ginevri, *Golden powers e infrastrutture finanziarie dopo il Decreto Liquidità*, in *Dirittobancario.it*, 2020; L.



compatibilità con i principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali, da sempre presupposto delle censure in sede comunitaria<sup>64</sup>.

La circostanza per cui, fino ad oggi, il governo italiano abbia fatto uso dei poteri speciali in un numero ristretto di casi, ad esempio, non è di per sé sufficiente a ridimensionare rischi e criticità, considerato l'ampliamento degli spazi di intervento governativo già evidenziati<sup>65</sup>.

Si pensi che, secondo il Report pubblicato dalla Commissione Europea a novembre 2021<sup>66</sup>, gli Stati membri hanno riferito di aver ricevuto quasi milleottocento notifiche di investimenti esteri diretti nel 2020, l'ottanta per cento delle quali non ha richiesto un esame formale. Del restante venti per cento, il settantanove è stato approvato senza condizioni, il dodici è stato approvato con condizioni e sul due per cento è stato apposto il veto. Dopo l'entrata in vigore del Regolamento Ue nell'ottobre 2020 e fino a mese di giugno 2021, ben 256 notifiche sono state sottoposte all'esame della Commissione, di cui l'ottanta per cento è stato chiuso nella prima fase di esame. Con riferimento al contesto italiano, nel 2021 l'esecutivo ha ricevuto 496 notifiche di operazioni assoggettabili al regime del *golden power*, contro le 342 del 2020 e le 83 del 2019, anno di introduzione della normativa a tutela del 5G<sup>67</sup>. Tale incremento

Arnaudo, *À l'économie comme à la guerre. Nota su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mer. conc. reg.*, 2017, 435 ss.

<sup>64</sup> F. Merusi, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubb. comm. eur.*, 2000; A. Pericu, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazioni e regioni*, a cura di V. Buonocore, e G. Racugno, Milano, Giuffrè, 2003; A. Sacco Ginevri, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, n. 2; F. Santonastaso, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema?*, in *Giur. comm.*, 2006, n. 1; L. Scipioni, *La "golden share" nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Società*, 2010; G. D'Alpa, *La golden share e i golden powers nel diritto europeo*, 2017, consultabile alla pagina web [www.sicurezza nazionale.gov.it](http://www.sicurezza nazionale.gov.it).

<sup>65</sup> Si veda G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa dei golden powers e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 549 ss., che, già prima che lo scoppio della pandemia fosse anche solo immaginabile, aveva espresso timori circa il riaffermarsi del protagonismo statale, nelle forme di uno Stato "doganiere", capace di imporre barriere agli investimenti oltre i limiti delle eccezionali esigenze di tutela della sicurezza e degli interessi essenziali nazionali e comunitari, mancando una classificazione delle misure adottabili nei diversi casi e che permetta di verificare «[...] in concreto la portata e l'assenza di finalità distorsive».

<sup>66</sup> Commissione europea, Report from the Commission to the European Parliament and the Council, *First Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union*, cit.

<sup>67</sup> *Relazione al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali*, cit. Per l'anno 2020, i settori interessati sono stati, in ordine crescente, quello della tecnologia 5G (art. 1 bis, n. 19 notifiche), quello della difesa e sicurezza nazionale (art. 1, n. 37 notifiche), quello dell'energia,

può essere in parte spiegato con le misure introdotte dall'entrata in vigore del decreto Liquidità e ben può immaginarsi che tale tendenza sarà confermata alla luce delle ulteriori modifiche più recentemente introdotte.

La “*balance of power*” tra poteri pubblici e mercati ha, quindi, assunto un ruolo ancora più preponderante alla luce delle contingenze di questi anni, tanto più se si guarda al fenomeno adottando una prospettiva evolutiva che consenta di percepire il cambiamento nella configurazione del ruolo che i governi nazionali rivestono in economia in risposta a momenti di crisi, soprattutto a fronte dell'indebolimento e delle fragilità del sistema Paese nelle sue molteplici componenti.

Il rinnovato protagonismo dell'intervento pubblico nell'economia non solo da parte dell'attore statale, quanto anche di quello sovranazionale<sup>68</sup>, ha determinato una ulteriore evoluzione del rapporto dello Stato con il mercato, dove la funzione del primo è venuta sempre più a configurarsi come quella di “guardiano dei confini”<sup>69</sup> in fasi di estrema instabilità, oltre che di “stratega” nello scacchiere geopolitico globale<sup>70</sup>.

trasporti, comunicazioni e ulteriori nuovi settori di cui al Reg. Ue (art. 2, n. 286 notifiche). Conseguentemente, i Ministeri maggiormente coinvolti sono stati: il Ministero dello sviluppo economico (n. 233 notifiche), il Ministero dell'economia e delle finanze (n. 58 notifiche), il Ministero della difesa (n. 39 notifiche), il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile (n. 11 notifiche), il Ministero dell'interno (n. 1 notifica). Nel 2021, il Ministero dello sviluppo economico si è confermato quello che ha ricevuto il maggior numero di notifiche (n. 188), seguito però dal Ministero della salute (n. 116), dal Ministero dell'economia e delle finanze (n. 71), dal Ministero della transizione ecologica (n. 38) e dal Ministero della difesa (n. 46).

<sup>68</sup> Per considerazioni più diffuse al riguardo: A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020. Sul tema anche R. Spagnuolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, n. 4. Secondo F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, cit., gli eventi più recenti potrebbero condurre a un «[...] cambio di prospettiva che sostituisca il modello di un netto ridimensionamento dell'attore pubblico nell'economia – a suo tempo influenzato dal processo di integrazione europea – con un nuovo sistema maggiormente orientato a favore dell'intervento pubblico, ancora una volta influenzato da una decisa inversione di tendenza proveniente da Bruxelles». Ancora, la stessa risposta dell'Unione europea alla crisi economica avrebbe confermato l'esistenza di una perdurante tensione tra Costituzione economica nazionale e Costituzione economica europea. Sul punto, anche P. Bilancia, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3.

<sup>69</sup> G. Napolitano, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento europeo*, in *Foreign Direct Investment Screening*, cit., 121 ss. Sull'evoluzione del l'intervento pubblico: F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, Il Mulino, 2021.

<sup>70</sup> Per la definizione di “Stato stratega” si rimanda a R. Garofoli, *Il controllo degli inve-*

In tale prospettiva, i pubblici poteri stanno, con sempre maggior veemenza, facendosi fautori di un approccio improntato alla c.d. *intelligence economica*<sup>71</sup>, ossia al concetto dinamico e in continua evoluzione per cui l'indipendenza degli Stati e dei rispettivi territori, nonché la competitività nell'arena globale, dipendono da un perimetro di sicurezza nazionale che includa anche la protezione di interessi economici strategici nazionali dalla penetrazione di interessi stranieri, tanto più se provenienti da Paesi a basso *range* di democraticità e se rivolti a settori oggetto di rapide trasformazioni tecnologiche<sup>72</sup>.

In tale quadro, è di certo degna di nota la tendenza verso la determinazione di criteri oggettivi e non discriminatori che consentano un esercizio quanto più prevedibile dei poteri speciali e senza disparità di trattamento, nonché la riaffermata centralità dei principi del diritto amministrativo – proporzionalità e ragionevolezza tra tutti –, così come più volte valorizzati dal diritto europeo. L'acquisita consapevolezza della centralità dell'istituto, inoltre, ha consentito profondi interventi di carattere organizzativo, al fine di colmare i *deficit* di "adeguatezza strutturale"<sup>73</sup> più volte segnalati. Il superamento di tali criticità, tuttavia, richiederebbe una ulteriore procedimentalizzazione ad opera della normativa primaria e secondaria, se non addirittura la creazione di una autorità o di un'agenzia *ad hoc*. Di certo, i passi sinora compiuti dimostrano una chiara presa di coscienza della sempre maggior coincidenza tra interessi strategici nazionali ed interessi economici di lungo periodo.

*stimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit., mentre per considerazioni più ampie sull'importanza dei poteri speciali nel contesto geopolitico si veda: A. Aresu, *Golden Power e interesse nazionale tra geodiritto e geotecnologia*, in Aa.Vv., *Golden Power*, pubblicato per il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza, 2019, pp. 117 ss.

<sup>71</sup> Sul tema, più nel dettaglio, sia consentito rimandare a L. Gaiser, *Golden Power ed intelligence economica: strumenti strategici di tutela della stabilità e della sicurezza economica italiana nel contesto della globalizzazione post-Covid19*, in *Sicurezza terrorismo e società*, Educatt, 2021, n. 14, che evidenzia l'urgenza di rendere lo Stato «[...] resiliente in un contesto globale permeato dai conflitti di quinta generazione».

<sup>72</sup> Si pensi, ad esempio, al caso francese dove, con proposta di legge presentata il 25 marzo 2021, è addirittura in cantiere il progetto per realizzare un "Segretariato Generale per l'intelligence economica" (SGIE), sotto l'autorità del Primo Ministro. Il compito sarebbe quello di coordinare la politica interministeriale dello Stato in materia di intelligenza economica. Per maggiori dettagli sul tema si veda anche Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, *Relazione sull'attività svolta dal 1° gennaio 2021 al 9 febbraio 2022*, pp. 15 ss.

<sup>73</sup> R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit. Più nel dettaglio anche L. Saltari, *Il tentativo francese di controllo in TIM. Rule of law nel golden power*, in *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, cit., 291 ss.

L'auspicio è che l'esercizio dei poteri speciali continui a rappresentare una misura di carattere eccezionale, seppur giustificato con l'accresciuta strategicità dei settori coinvolti, a cui ricorrere in maniera più massiccia in condizioni di emergenza per salvaguardare l'indipendenza economica nazionale, proteggendo il tessuto economico ed industriale in settori chiave per gli equilibri geopolitici, senza però incidere oltremodo sulle dinamiche di mercato. La normalizzazione del ricorso a tale istituto, al contrario, trasformerebbe il *golden power* in un vero e proprio strumento di politica economica, in capo ad uno Stato nuovamente e prepotentemente protagonista delle dinamiche geopolitiche ed economiche, con importanti conseguenze in termini di contemperamento tra le dinamiche del mercato unico europeo e della sicurezza/interesse nazionale.

*Abstract*

*The paper focuses on the cyclical comeback of the role of the State in the economy, especially in times of crisis, and on its ability of adapting and changing according to the new challenges and to the shifting social, political and economic environment. In doing so, the so-called “golden power”, i.e. the special powers that the State can use to protect strategic assets against predatory acquisitions.*

*Taking as a starting point two recent rulings by the Lazio Regional Administrative Court on the subject, the paper seeks to investigate its founding principles as defined by the Administrative Court's decisions called upon to scrutinize the choices made by the Government, paying particular attention to the critical issues related to procedural profiles and to the nature of the powers involved. Finally, potential and future developments are scrutinized, according to the latest national and European measures adopted to face the Russian-Ukrainian conflict.*

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

GIULIA CUSENZA è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Udine

VALENTINA GIOMI è Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università di Pisa

KLAUDIA KURCANI è Dottoranda in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Verona

FEDERICA MARCONI è Dottoranda in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati presso l'Università degli Studi Tor Vergata di Roma

ALESSIO MARTINI è Dottorando in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l'Università "La Sapienza" di Roma

FRANCESCO MIDIRI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

LORENZO SALTARI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Palermo

CECILIA SERENI LUCARELLI è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Bologna

SARA VALAGUZZA è Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022  
dalla *Grafica elettronica* – Napoli