AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare

ISSN 2038-3711

Anno 2021

Fascicolo n° 2

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Fascicolo n° 2/ Anno 2021

SOMMARIO

LA VISIONE CENTRALISTA DELLO STATO NELLA "PROFILASSI INTERNAZIONALE" di Gianvito Campeggio;

INIZIATIVE CULTURALI, IMPRESE E CONCORRENZA di Stefania Cavaliere;

MISURE ANTICRISI E PROSPETTIVE DI SOLIDARIETÀ ECONOMICA PER L'INTEGRAZIONE EUROPEA di Benedetta Celati;

IL RUOLO DEGLI ENTI LOCALI NELLA TUTELA CONTRO L'INQUINAMENTO ATMOSFERICO TRA DISCIPLINA COMUNITARIA E NAZIONALE di Cristiano Bevilacqua;

RECOVERY PLAN, EDUCATION E SVILUPPO: CRITICITÀ E OPPORTUNITÀ di Antonio Cocozza;

LA TUTELA DEI CONSUMATORI NEL MERCATO ELETTRICO di Giuseppe Di Gaspare;

GENESI, METODO E PRASSI DEL NEOLIBERISMO di Giuseppe Di Gaspare;

LA LOCALIZZAZIONE DEGLI IMPIANTI FER DA BIOMETANO: LA BIOENERGIA TRA RESISTENZE LOCALI E LA RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA di Cristiano Bevilacqua;

LA RISPOSTA ALLA CRISI MIGRATORIA DEGLI STATI MEMBRI UE NEL QUADRO DELL'APPARENTE IMMOBILE TRATTATO DI DUBLINO di Fabio Ratto Trabucco;

IL PROCEDIMENTO DI APPROVAZIONE DEL PIANO EDUCATIVO INDIVIDUALIZZATO DOPO LA NOTA MINISTERIALE N. 2044 DEL 17 SETTEMBRE 2021 di Ennio Codini e Maria Cristina Tebaldi;

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

LA CONFERENZA DI SERVIZI TRA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA E PARTECIPAZIONE *procedimentale* di Pierluigi Mascaro;

SMART METERING: TRA INNOVAZIONE DEL SETTORE ELETTRICO E TUTELA DEL CONSUMATORE di Michele Tresca;

LA LOCALIZZAZIONE IN AREE AGRICOLE DEGLI IMPIANTI ALIMENTATI DA FONTI DI ENERGIE RINNOVABILI: GLI ENTI LOCALI TRA CONFORMITÀ URBANISTICA E DESTINAZIONE D'USO di, Cristiano Bevilacqua;

GLI APPALTI PUBBLICI PRE E POST COVID: LUCI ED OMBRE DEL CONSOLIDAMENTO DEL "MODELLO" DEROGATORIO di Paolo Rossi;

IL DECRETO SEMPLIFICAZIONI E REGIME TRANSITORIO IN TEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE: I CHIARO-SCURI DELLA RIFORMA di Angelo Canale;

LA CORTE DEI CONTI AI TEMPI DEL "RECOVERY PLAN": QUALE RUOLO TRA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA-CONTABILE, SEMPLIFICAZIONI E INVESTIMENTI di Guido Rivosecchi;

REVISIONE DEL TUEL E ATTUAZIONE DELLE NORME COSTITUZIONALI SUGLI ENTI LOCALI di Guido Meloni;

THE EU CARBON BORDER TAX. A SUSTAINABLE MARKET-BASED INSTRUMENT OR AN OBSTACLE TO THE FREE TRADE OF GOODS? di Luna Aristei;

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME, POTERE DI DISAPPLICAZIONE DELLA P.A. E AFFIDAMENTI di Attilio Simonelli;

PROGRAMMAZIONE NEGOZIATA, INDICATORI DI SOSTENIBILITÀ E CONTRATTI ISTITUZIONALI DI SVILUPPO di Giovanni Guzzardo;

DAL GOVERNMENT ALLA GOVERNANCE DELLE POLITICHE PUBBLICHE E GLI STRUMENTI NEGOZIALI di Giuseppe Di Gaspare;

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Iniziative culturali, imprese e concorrenza

di Stefania Cavaliere*

1° luglio 2021

Sommario: 1. Identità europea: normativa e progetti – 2. Le politiche culturali europee: profili giuridico-economici e apporti teorici – 3 La cultura e la concorrenza – 4. Destino comune, rilancio economico, prospettive.

1. Identità europea: normativa e progetti

L'individuazione di una cultura comune europea è una questione assai dibattuta che non ha trovato unanime terreno di approdo[1]. Interpretare il significato del vocabolo *Cultura* non è affatto semplice soprattutto se si considera che nei paesi dell'Unione si riscontrano più di 150 accezioni di tale parola[2], perché ciascuno Stato membro possiede proprie peculiari tradizioni, storia, costumi, pratiche sociali e stili di vita, insomma, si potrebbe dire, una sua specifica cultura. La stessa pluralità di significati si riscontra sul "campo" del patrimonio culturale. Le problematiche nascono dal fatto che quest'ultimo non può essere interpretato solo come l'insieme di quei beni materiali e immateriali catalogati sulla base di regole e procedure codificate con oggettività e scientificità, ma, insieme alla cultura, identifica un'espressione capace di rimarcare l'appartenenza a una comunità, a una tradizione specifica e l'evoluzione della vita sociale. Per di più, nel contesto dell'Unione, insieme alle differenze linguistiche del termine, si riscontrano anche diverse normative relative alla cultura e al patrimonio culturale che amplificano

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia; Abilitata alla II Fascia in Diritto dell'economia, dei mercati finanziari e agroalimentari e della navigazione.

[1] F. REMOTTI, *Cultura. Dalla complessità all'impoverimento*, Roma-Bari, 2011, 111; M. FIORILLO, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa unita*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 1, sul tema evidenzia che «siamo evidentemente assai lontani da un'idea di patrimonio culturale europeo, che prescinda dalle peculiarità degli Stati membri» e per questo l'Unione stenta a elaborare azioni organiche; di questo avviso anche A. LUPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *www.aedon.ilmulino.it*, n. 2/2019, § 2 e R. MENOTTI, *Raccontare l'Unione Europea: la cultura per il governo della complessità*, in *Problemi dell'informazione*, n. 1/2019, 215 ss.

[2] R. WILLIAMS, *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society*, Oxford, 1983, 87 ss.

il problema. Le incertezze evidenziate si sono riverberate nelle politiche europee che, in effetti, hanno comportato una continua ricerca di bilanciamento e coordinamento della cultura con le altre materie affidate alla sua competenza. Se da un lato questo aspetto può essere interpretato negativamente, dall'altro, non si può fare a meno di osservare che proprio la sfuggente definizione di cultura favorisce, in un certo qual modo, un esercizio più elastico delle competenze relative a essa, con la conseguenza di realizzare politiche più aperte, flessibili e più rispettose delle tradizioni locali da tutelare.

L'art. 128, paragrafo 2, del Trattato di Maastricht fa riferimento alla locuzione «patrimonio culturale d'importanza europea»[3]. Tale formula è ripresa anche dall'art. 3, paragrafo 3, ultimo capoverso del Trattato sull'Unione Europea[4] che, per quanto, a dire il vero, non abbia un proprio specifico contenuto giuridico (è stato, infatti, considerato un «enigma avvolto nel mistero»[5]) sembra voler superare il tema della sovranità culturale nazionale[6] e soprattutto sembra andare oltre l'idea di un patrimonio culturale di esclusivo interesse degli Stati. In queste disposizioni si evidenzia un'apertura dell'Unione verso una nozione non più legata a un'idea di un patrimonio culturale ristretta e incentrata sui luoghi su cui insiste e si nota l'intenzione di pervenire a un concetto "condiviso"[7]. La teoria appena esposta, tuttavia, non ha avuto un consenso unanime da parte dei Paesi membri, perché alcuni di essi, a volte, hanno dimostrato di voler, addirittura, accentuare le diversità culturali, forse nel timore che una cultura condivisa potesse costituire un pericolo per le identità nazionali. Probabilmente questo è il motivo per cui il Trattato su menzionato fa riferimento allo sviluppo delle "culture" degli Stati membri, ma vieta la possibilità di omogeneizzazione della normativa interna dei singoli Paesi, limitando la promozione di un'unica cultura europea[8]. Ciononostante, in altri atti dell'Unione che fanno riferimento al patrimonio culturale europeo o alla cultura europea sembra che in qualche modo vi sia l'intenzione dell'Istituzione di equilibrare due opposte esigenze, quella di armonizzare la disciplina a livello unionale e quella di preservare le diversità nazionali con l'obiettivo di avvicinare i popoli e le nazioni attraverso la componente sociale della cultura e, in un certo qual modo, di recuperare il suo valore identitario per le collettività[9]. Il "timore" di giungere

[3] Tale espressione, comunque, non viene introdotta con il Trattato di Maastricht perché già nella Convenzione culturale europea, del 19 dicembre 1954, è presente il riferimento a un «*patrimoine culturel commun*» dell'Europa da tutelare e sviluppare.
[4] Art. 3, paragrafo 3, ultimo capoverso del T.U.E: «Essa (l'Unione n.d.r.) rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo».
[5] M. FIORILLO, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa unita*, cit., 1 ss.
[6] M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, II ed., Milano, 2008, 283 ss.
[7] M. P. CHITI, *Beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 381 ss.
[8] S. CATTANEO, *Cultura e patrimonio culturale*, in A. CATELANI, S. CATTANEO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXIII, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 2002, 8 ss.
[9] A. LUPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, cit., § 2. È da evidenziare come la dimensione sociale sia stata, poi, enfatizzata nel 2005 dalla Convenzione di Faro del

all'elaborazione di un concetto di cultura valido per tutti gli Stati, tuttavia, non sembra ancora del tutto eliminato, tanto che in nessun Trattato si ritrova una nozione di patrimonio culturale europeo da intendere come il complesso dei patrimoni culturali nazionali. L'Unione sembra, infatti, preferisca – onde evitare gli eventuali attriti dovuti all'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari dei Paesi membri[10] –, non interferire con il potere degli Stati di individuare la caratterizzazione e l'estensione dei propri beni culturali, lasciando a ciascuno di essi la possibilità di dotarsi di una propria legislazione di tutela relativa alle singole identità nazionali[11].

Così, nella Dichiarazione sull'identità europea approvata al Summit di Copenhagen nel 1973 i capi dei governi degli Stati membri affermavano l'importanza di preservare la ricca varietà delle culture nazionali e si impegnavano a proteggere e promuovere il patrimonio culturale comune, ma, nello stesso tempo, richiamavano la «diversità delle culture all'interno di una comune civiltà europea». È solo nella Convenzione di Faro adottata dal Consiglio europeo del 27 ottobre 2005[12] che il patrimonio culturale europeo viene definito facendo riferimento sia agli elementi storici condivisi, sia all'interazione delle diverse culture, rimarcando il valore e il potenziale di un'eredità culturale come risorsa attraverso cui può realizzarsi il progresso economico-sociale e lo sviluppo sostenibile. In quest'ultimo Accordo si comincia a considerare l'importanza di una cultura comune legata ai concetti di condivisione, cooperazione e coesione, sebbene in concreto non si riesca ad affermare a chiare lettere che esiste un'identità propriamente europea, fondata sulle eredità culturali, religiose, umanistiche e sulle specificità linguistico-culturali[13]. Anche nella Convenzione di Faro si percepisce come il problema principale, in effetti, sia la circostanza che l'Unione Europea non vuole invadere la sovranità degli Stati membri portati a difendere le proprie tradizioni, sebbene non si possa negare che le istituzioni abbiano sempre tentato di pervenire a una sorta di "compromesso" per realizzare azioni culturali comuni. Con il programma "Cultura 2000"[14] si elaborò una definizione molto più ampia di cultura rispetto a quelle contenute nei precedenti documenti. Con questo programma si

---

Consiglio europeo, che definisce il patrimonio culturale come «insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione». Sull'argomento anche C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *www.aedon.ilmulino.it*, 2013, § 1.

[10] A. CATELANI, S. CATTANEO, *I beni e le attività culturali*, in A. CATELANI, S. CATTANEO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, cit., 35.

[11] La normativa europea sulla esportazione e sulla restituzione delle opere d'arte (regolamento (CEE) n. 3911/92 del Consiglio del 9 dicembre 1992 e regolamento (CEE) n. 1526/98 della Commissione del 16/07/1998) assegna agli Stati la definizione della lista del patrimonio oggetto di tutela e non esportabilità. Così, anche il Codice italiano sui beni culturali (decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) ribadisce che la definizione e individuazione di tali beni è prerogativa degli Stati nazionali.

[12] Bisogna, tuttavia, non dimenticare che tra i 27 Stati aderenti all'Unione solo 18 hanno aderito alla Convenzione di Faro.

[13] Sul tema, K. DRAGAN, *Cultura: una missione per l'Unione Europea*, in *Economia della cultura*, n. 1/2005, 21 ss.

[14] Decisione 508/2000/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 febbraio 2000.

cominciò a dare vita a una politica culturale europea più coordinata e in linea con il Trattato di Lisbona, ma, ancora, non si riuscì a raggiungere una nozione unitaria che potesse accomunare il sentire di tutti i Paesi membri, anche se nel *Preambolo* del TFUE si dichiari il "desiderio" dell'UE di «intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni». Nell'art. 3, paragrafo 3 dello stesso Trattato, invece, si dispone l'obbligo dell'UE di rispettare la ricchezza delle sue diversità culturali e linguistiche, ma anche di vigilare sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo. Nel *Preambolo* della Carta dei diritti di Nizza, però, si sancisce che lo sviluppo dei valori dell'Unione non possa andare a discapito «delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa» e nell'art. 22 della medesima Carta si afferma la necessità del rispetto della «diversità culturale», evidenziando, ancora una volta, una mancanza di chiarezza da parte dell'Unione nell'affermare un concetto comune di cultura europea.

2. Le politiche culturali europee: profili giuridico-economici e apporti teorici

Le rilevate difficoltà di attribuire alla cultura e al patrimonio culturale europeo una definizione condivisa fra tutti gli Stati membri hanno pesato sullo sviluppo delle politiche culturali europee che, per tale motivo, sono state caratterizzate da un cammino lento e difficile.

Proprio agli inizi del progetto comunitario la materia beni culturali e quella della cultura in generale erano rimaste estranee agli interessi della Comunità, la cui azione era principalmente incentrata sulla realizzazione dell'integrazione degli Stati membri sotto il profilo meramente economico[15]. Il settore in oggetto era collocato in una posizione marginale come variabile esogena del mercato che poteva giustificare alcuni limiti e modulazioni allo stesso. Nell'originario Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea non vi era alcuna norma specifica che prevedeva azioni per la cultura; ciononostante, tale fonte comprendeva alcune disposizioni che si potevano interpretare in maniera tale da giustificare interventi in materia, sebbene gli Stati membri non fossero ancora pronti per una politica culturale proveniente da un'autorità sovranazionale. Le disposizioni cui si fa riferimento sono l'art. 36 TFUE e l'art. 198 TFUE. Il primo si riferiva al patrimonio culturale, lasciando scorgere che, benché i redattori del Trattato originario avessero intuito la potenziale importanza della cultura, la ritenessero ancora una materia marginale. Il secondo articolo, ribadendo i principi europei, stabiliva l'impegno della allora Comunità per gli interessi degli abitanti dei Paesi membri, in modo da condurli allo sviluppo economico, sociale e culturale e faceva intuire la possibilità di dare vita a una politica culturale per realizzare vantaggi

[15] R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, 757 ss.

comuni, sempre, però, senza intaccare gli spazi di quelle nazionali[16]. Nell'art. 36 CEE si prevedeva, tuttavia, un'eccezione che permetteva agli Stati di derogare al divieto di restrizioni a importazioni ed esportazioni tra gli Stati membri, per motivi di protezione del patrimonio artistico, storico, o archeologico nazionale. Nel 1977 la Commissione presentò al Consiglio la prima comunicazione sulla «azione comunitaria nel settore culturale»[17] in cui distingueva la «cultura» dal «settore culturale», affermando che ogni programma sostenuto dalla Commissione nel settore di cui sopra non poteva essere visto come equivalente a un'effettiva politica culturale, ma era una mera conseguenza dell'applicazione delle regole del Trattato CEE relative allo stesso ambito. Una seconda comunicazione sul «rafforzamento dell'azione comunitaria nel settore culturale» indirizzata al Consiglio e al Parlamento europeo venne pubblicata nel 1982[18]: in essa la Commissione rassicurava che la Comunità non avrebbe invaso le responsabilità dei governi nazionali o delle organizzazioni internazionali e si sarebbe mantenuta fermamente nei limiti delle competenze che le erano state attribuite, sempre nella consapevolezza che qualsiasi misura intrapresa, giustificata da motivazioni culturali, potesse essere non gradita ad alcuni Stati membri[19].

La Corte di Giustizia, da parte sua, in un primo tempo respinse l'idea di riconoscere una disciplina sulla cultura in generale che potesse derogare alle regole del mercato, negando un'automatica esclusione dei beni e servizi culturali dall'ambito di applicazione dei Trattati[20]; tuttavia, dopo il 1985, attraverso la sentenza "*Cinéthèque* ed altri" contro la *Fédération Nationale des Cinémas Français*[21] cominciò a giustificare

---

[16] L. ZAGATO, *Il mercato interno e le politiche culturali degli Stati membri nel contesto dell'auto-costituzione dell'ordinamento europeo. Alcune premesse metodologiche*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, Venezia, 2015, 18.

[17] Commissione europea, *Comunicazione al Consiglio, Azione comunitaria nel settore culturale*, Bull. EC 1977, Supplemento 6/77.

[18] Commissione europea, *Stronger Community action in the Cultural Sector*, Bull. EC 15 (1892), Supplemento 6/82.

[19] In effetti, in quegli anni, occorre considerare che per la Germania, le competenze culturali erano – e sono – un problema poiché le potestà in materia è affidata ai *Lander*; la Danimarca, invece, aveva dimostrato di non gradire l'intrusione del diritto comunitario nell'ambito delle competenze statali; mentre il Regno Unito era particolarmente incline a contenere la spesa comunitaria, così come fa notare R. CRAUFURD SMITH, *Community Intervention in the Cultural Field* in ID. (a cura di), *Culture and European Union Law*, Oxford, 19 ss.

[20] R. CRAUFURD SMITH, *Culture and European Union Law*, in *European Law Journal*, n. 2/2008, 28. La Corte, inizialmente, temeva che l'instaurazione del mercato comune potesse essere minacciata dall'eccezione culturale, anche se, comunque, era a favore del rispetto delle norme con una *ratio* culturale mirante a tutelare i diritti dei singoli. In effetti, occorre riflettere sul fatto che trattare i beni culturali come *res in commercio*, senza distinguerli dagli altri beni oggetto di scambio, certamente mal si accorda con le misure di tutela, così come è innegabile che l'applicazione (indiscriminata) ai beni culturali del principio di libera circolazione delle merci possa avere un impatto negativo sulle politiche culturali nazionali.

[21] CGCE 11 luglio 1985, cause riunite 60 e 61/84, in questo caso la Corte, non stabilì un principio generale, ma elaborò una norma d'eccezione culturale (non discriminatoria, proporzionale, di competenza statale) peraltro senza collegarsi a una nuova categoria relativa alla politica culturale. In seguito, invece, alla vigilia di Maastricht, con la pronuncia del 25 luglio 1991, *Gauda* e *Commissione c. PB*, l'organo di giustizia europeo riconobbe tra gli obiettivi di interesse generale il pluralismo culturale.

una possibile restrizione al libero scambio muovendo verso il riconoscimento di un'eccezione culturale che in seguito venne sempre più invocata. Si affermò, così, il principio che è nella piena discrezione degli Stati membri di scegliere di tutelare i beni materiali del proprio patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, anche escludendone *in toto* la commerciabilità e sottraendoli alla libera circolazione delle merci nel mercato interno.

L'eccezione culturale si compone attualmente di due effetti: da una parte, si permette di derogare alle regole stabilite dai Trattati dell'Unione in materia di libertà di scambio e libera concorrenza, sia nei confronti dei Paesi membri dell'UE, che dei Paesi *extra* UE, legittimando l'intervento regolativo e finanziario dei poteri pubblici nazionali per correggere le eventuali alterazioni provocate dal mercato; dall'altra, si consente l'attribuzione dei poteri in materia culturale agli Stati membri, sottraendo la materia oggetto di eccezione alle decisioni degli organi dell'Unione, in un certo qual modo, ribaltando i principi relativi al libero mercato[22]. L'eccezione culturale[23], quindi, si presenta come un limite alla centralizzazione delle decisioni in materia e, in qualche modo, prevale sul principio di libera concorrenza, sebbene proprio per tale motivo la normativa cui si fa riferimento sia stata oggetto di pesanti critiche. Tale regola, secondo una linea di pensiero, introdurrebbe dissimmetrie tra i settori produttivi del sistema economico, offrendo condizioni di vantaggio a quelli riconducibili in modo ampio alla dimensione culturale, con la conseguente creazione di aree privilegiate e disincentivi a un'azione efficiente perché è ormai noto come vi sia una soglia oltre la quale l'assistenza pubblica produce parassitismo e inefficienza. Al contrario, vi è chi considera l'eccezione culturale una realizzazione della piena libertà economica negli scambi, con vantaggi per il benessere, lo sviluppo e la diversità culturale[24].

Le azioni riguardanti la cultura, quindi, furono intraprese molti anni dopo l'istituzione della Comunità perché le problematiche relative all'integrazione economica furono considerate decisamente più urgenti e più importanti: solo intorno

---

[22] S. FOÀ, W. SANTAGATA, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *www.aedon.ilmulino.it*, n. 2/2004, § 3, in merito evidenzia come l'eccezione culturale e la libertà di scambio sono in realtà «due corni» di un falso dilemma.

[23] L'eccezione culturale, in vero, è sorta a livello internazionale. Il primo trattato da considerare è il GATT (General Agreement on Tariffs and Trade – accordo generale sulle tariffe doganali e del commercio), concluso all'indomani della Seconda guerra mondiale e fondato sui principi del libero scambio. In origine l'accordo corrispondeva solo a una parte della Carta dell'Avana (Conferenza internazionale sul commercio e il lavoro, novembre 1947 – maggio 1948) e mirava a istituire l'Organizzazione Internazionale del Commercio (OIC) accanto alle altre istituzioni di Bretton-Woods: il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale. Nel 1986 si aprì un nuovo ciclo, l'"Uruguay Round", con l'intenzione di estendere anche al settore dei servizi i principi del libero scambio, applicabili dal GATT al solo campo del commercio delle merci. Tra i servizi definiti "commercio invisibile", in opposizione al "commercio visibile" delle merci, figuravano l'audiovisivo e il cinema. In quel contesto nacque appunto "l'eccezione culturale", intesa come rifiuto in alcuni settori ritenuti "culturali", invero limitati solo all'audiovisivo e al cinema, dell'applicazione dei principi del libero scambio propri del GATT, poi diventato WTO.

[24] Sulle diverse argomentazioni, S. FOÀ, W. SANTAGATA, *op. cit.*, § 3.2 ss.

agli anni Settanta si cominciò a prendere in considerazione progetti sulla materia che, però, furono affidati dagli Stati membri al Consiglio d'Europa, il quale, dimostrandosi conscio dell'importanza di tale settore, elaborò le principali Convenzioni europee sul patrimonio culturale[25] insieme ad altre organizzazioni internazionali, come per esempio l'UNESCO[26]. Queste ultime, come si desume anche dalla più recente Convenzione del 20 ottobre 2005 sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, ribadiscono la necessità di rafforzare la cooperazione, la solidarietà internazionale e il dialogo tra le culture, non dimenticando di riaffermare il principio di sovranità statale e consentendo interventi specifici nel perseguimento della protezione delle diversità culturali nazionali, anche in deroga al regime di libero mercato[27].

La necessità di una competenza culturale comunitaria, comunque, non fu del tutto ignorata perché le Istituzioni si trovarono a dover affrontare questioni relative ad essa anche all'indomani della nascita della Comunità, tanto che spesso si rese necessario trovare un punto di equilibrio tra l'integrazione del mercato e la funzione delle misure nazionali protettive. A questo scopo, per gli interventi relativi alla cultura, furono utilizzate alcune norme dei primi Trattati previste per le attività economiche[28], anche perché non è infrequente che i prodotti culturali siano soggetti allo scambio o legati alla vendita di altri beni e servizi. Così, le regole stabilite per la libera circolazione di beni, servizi e persone, *ex* art. 28 TFUE, furono applicate altresì alle imprese del settore culturale[29] e alcune Direttive, atte a regolare il mercato comune, furono utilizzate per incidere sulla materia in oggetto[30].

Dopo gli anni Settanta, si evidenziò la consapevolezza che era necessario avvicinare i cittadini all'idea di Europa unita per accrescerne il consenso che stentava a decollare[31]. La Commissione, conscia del contributo positivo che le politiche culturali avrebbero potuto fornire all'integrazione europea[32] e intuendo anche che, spesso, il

[25] Ricordiamo, fra le altre, la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio architettonico d'Europa del 1985, la Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico del 1992, la Convenzione europea del paesaggio del 2000, oltre alla Convenzione quadro sul valore dell'eredità culturale per la società del 2005.

[26] Tra le Carte di maggior rilievo, il primo documento sovranazionale ad aver dato una forma maggiormente strutturata alle politiche culturali è la Convenzione sulla Protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale dell'umanità, firmata a Parigi il 23 novembre 1972.

[27] L'art. 6, comma 2, della Convenzione UNESCO del 2005, per esempio, predispone un elenco esemplificativo delle misure relative alla cultura in deroga alla concorrenza che gli Stati hanno facoltà di adottare.

[28] B. CORTESE, *Principi del mercato interno ed Europa della cultura. Alcune suggestioni*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura,* Milano, 2011, 109 ss.

[29] E. PSYCHOGIOPOULOU, *The Integration of Cultural Considerations*, in *EU Law and Policies*, 2007, 3 ss.

[30] Sul tema, tra le altre, la Direttiva 63/607/CEE, la Direttiva 92/51/CEE, la Direttiva 65/264/CEE e altre. Sull'argomento, D. FERRI, *La costituzione culturale dell'Unione Europea*, Padova, 2008, 67 ss.

[31] C. SHORE, C*reating people's Europe: symbols, history and invented traditions* in ID. (a cura di), *Building Europe: The cultural politics of European integration*, London, 2000, 46 ss.

[32] Secondo la Commissione, il sentimento d'appartenenza a una cultura europea era uno dei prerequisiti indispensabili per la solidarietà che avrebbe assicurato il consenso necessario al mercato unico; in tal

settore dei beni e servizi legati alla cultura ha un valore economico non trascurabile, impresse un'accelerazione alle azioni riguardanti questo settore. La presa di coscienza di quanto fossero importanti le azioni culturali per la costruzione dell'Europa comune e la possibilità di sviluppare in tal modo un *dèmos* europeo non tardò a coinvolgere anche le altre Istituzioni, tanto che vennero costituiti il Comitato affari culturali e il Comitato dei consulenti culturali. Il Consiglio, poi, riconoscendo apertamente la necessità di ampliare o ridefinire le competenze della Comunità nella materia, invitava la Conferenza intergovernativa sull'Unione politica[33] ad attribuire la dovuta considerazione alla salvaguardia della diversità culturale del patrimonio europeo, alla promozione di scambi culturali e all'educazione[34]. Mancando norme specifiche che facessero riferimento al settore cultura, furono emanati atti di *soft law* che, tuttavia, rimasero misure più che altro simboliche, non avendo forza cogente. Ciò amplificò la necessità di dare il via ad azioni concrete della Comunità in tale materia per fornire all'Europa un'opportunità politica, sociale, economica e per perseguire l'obiettivo di passare da un'Europa dei cittadini a un'Unione vera e propria, nonostante le già evidenziate resistenze di alcuni Stati gelosi della propria *governance* culturale nazionale[35]. La Comunità Europea, quindi, pur non avendo ancora norme e competenze specifiche, non nascose la volontà di sviluppare una vera e propria politica del "mercato interno della cultura"[36].

Nel 1992, con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, vennero introdotte nuove norme che non sostituivano, ma si aggiungevano a quelle già menzionate, in qualità di regole ordinarie e principi conformatori, dando vita a quella che è stata chiamata "Costituzione culturale europea"[37]. Il Titolo IX di tale Trattato è dedicato alla cultura ed è composto dall'art. 167 TFUE attraverso il quale, coordinando gli interessi degli Stati e quelli comunitari, si statuiva esplicitamente la competenza della Comunità di contribuire al pieno sviluppo delle culture dei Paesi membri e di incoraggiare la cooperazione tra questi ultimi. La disposizione appena menzionata prevede che, se

---

senso, si veda la Comunicazione della Commissione sul rilancio dell'azione culturale nella comunità europea al Consiglio e Parlamento del 14 dicembre 1987, COM (87) 603, punto 7.

[33] La Conferenza intergovernativa sull'Unione politica fu aperta a Roma nel dicembre del 1990 parallelamente alla Conferenza intergovernativa sull'Unione monetaria.

[34] Conclusioni del Consiglio europeo tenutosi a Roma il 14 e 15 dicembre del 1990, in Bull. EC 12/1990, al punto 1.8.

[35] Il governo olandese, per esempio, riteneva una politica culturale comune ingiustificabile data la necessità di proteggere la natura pluralistica delle società di cui sono composti gli Stati membri, mentre il governo danese sottolineava il bisogno che la Comunità si concentrasse sulla promozione invece che sulla gestione della cultura. Per una ricostruzione delle varie posizioni degli Stati membri, R. CORBETT, *The Treaty of Maastricht from Conception to Ratification: A Comprehensive Reference Guide*, Harlow, 1993, 161 ss.

[36] M. ALCOCEBA GALLEGO, M. AMPARO, *Frammentazione e diversità nella costruzione europea*, Valencia, 2005, 185.

[37] M. V. CABALLERIA, *Estado y cultura. La función cultural de los poderes públicos*, in *La Constitución española*, Madrid, 1998, 156.

necessario, l'Unione appoggi e integri l'azione degli Stati membri[38] sulla cultura, attraverso il principio di sussidiarietà, elevando al rango di *mission* comunitaria lo sviluppo di tale materia, sebbene, in realtà, ciò non sia indicato espressamente[39].

L'interpretazione favorevole a una politica culturale dell'Unione era frutto della necessità di elaborare un programma che potesse supportare il progetto dell'Europa unita. Quest'ultima, infatti, seppur caratterizzata da una gran numero di interrelazioni interculturali, doveva necessariamente conciliare unicità e alterità nel primato della relazione tra popoli[40] e tenere conto delle specificità degli Stati membri, equilibrando i numerosi interessi concorrenti, pur nella consapevolezza di dover stabilire una minima armonizzazione delle politiche nazionali. Tutte le misure in materia di cultura, tuttavia, secondo il testo contenuto nella precedente versione dell'articolo su indicato[41], dovevano essere adottate secondo la procedura di codecisione dal Parlamento europeo e del Consiglio, il quale doveva deliberare all'unanimità, con tutte le problematiche che ciò comportava. La modifica del testo di tale disposizione, trasfusa nell'attuale art. 167 TFUE, rafforzò il ruolo dell'Unione sulla cultura e gettò le basi legali per rinsaldare la cooperazione fra gli Stati in tale materia, sempre in attuazione del principio di sussidiarietà che presuppone il rispetto e la valorizzazione dell'identità culturale dei singoli Paesi. Nel paragrafo 5 dell'articolo di cui sopra, infatti, fu introdotta un'importante innovazione: si modificò il processo decisionale, prevedendo che il voto sulle politiche culturali in seno al Consiglio fosse a maggioranza qualificata e ciò, ovviamente, ebbe l'effetto di dare a queste ultime nuova linfa. Il paragrafo 3, inoltre, sancisce che l'Unione e gli Stati membri hanno facoltà di favorire la cooperazione con i Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti relativamente a questo settore. L'Unione è stata così autorizzata a dare vita ad azioni culturali comuni, da intendere, però, come complementari e non antagoniste rispetto a quanto perseguito dagli Stati membri, ovvero nella piena considerazione dei valori e delle pratiche culturali nazionali e regionali. L'art. 167 stabilisce, invero, la possibilità per il Parlamento e il Consiglio europeo di adottare politiche per incentivare, anche integrando l'azione degli Stati membri, la conoscenza e la diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, la conservazione e la salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, gli scambi culturali non commerciali, la creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. In sostanza, con questa norma si è riconosciuto alle Istituzioni un vero e proprio dovere di agire, nell'ambito delle loro competenze, quando si evidenziano misure culturali non adeguate adottate dai singoli

[38] R. CRAUFURD SMITH, *From Heritage Conservation to European Identity: Article 151 EC and the Multifaceted Nature of Community Cultural Policy*, in *www.sweetandmaxwell.co.uk*, 2007, 48 ss.
[39] Così, G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006, 121; A. BIONDI, *Subsidiarity in Courtroom*, in Id. (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, 216.
[40] F. BOTTURI, *Universalismo e multiculturalismo*, in F. BOTTURI, F. TODARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, 2006, 119 ss.; F. REMOTTI, *Cultura. Dalla complessità all'impoverimento*, Roma-Bari, 2011, 111.
[41] Si fa riferimento all'art. 151 TCE.

Stati. Tale articolo, ovviamente, ha inaugurato una fase più matura di integrazione, creando un rapporto maggiormente costruttivo tra l'Europa e i parlamenti nazionali. È stata, invero, sottolineata un'innegabile dimensione interindividuale del principio contenuto nell'articolo di cui sopra, così come si è evidenziata la sua capacità, se così si può dire, di plastica innovazione del diritto, capace di contaminare le altre discipline nazionali in materia, senza tuttavia restringere gli ambiti di scelta lasciati agli Stati membri. Pur sviluppando in parallelo a questi ultimi un progetto di dimensione politica europea, che sostiene lo sviluppo di una cultura con una dinamica di autocostituzione dell'ordinamento unionale, infatti, la norma in oggetto non tocca la ripartizione dei ruoli tra Unione e Stati membri in materia.

L'UE ha esercitato la competenza nel settore soprattutto attraverso programmi di finanziamento e progetti culturali[42]. Tra questi ultimi, ci sono stati i programmi cosiddetti di "prima generazione", nei quali si evidenziava una nozione di cultura limitata solo alle arti dello spettacolo, alle arti visive e a quelle multimediali. Tra i più noti ricordiamo "Caleidoscopio" per lo sviluppo delle attività artistiche e culturali tramite il finanziamento di progetti realizzati in partenariato, "Arianna" per la letteratura e "Raffaello" a sostegno del patrimonio culturale europeo e dell'incremento di *networks* tematici tra i musei europei.

Nel quadro delle azioni comunitarie venne anche programmata, con la Risoluzione dei ministri responsabili degli affari culturali, riuniti in sede di Consiglio il 13 giugno 1985, la manifestazione "Capitale europea della cultura", un evento della durata di un anno, nel corso del quale una città, scelta secondo determinati parametri, si impegna a portare a termine un insieme di eventi con l'obiettivo di «valorizzare la ricchezza, la diversità e le caratteristiche comuni delle culture europee e di contribuire a migliorare la comprensione reciproca tra i cittadini europei»[43]. Negli ultimi anni, data la particolare risonanza culturale, sociale ed economica che hanno ottenuto le città aggiudicatesi il titolo, la manifestazione è stata integrata da nuovi programmi come, per esempio, "Europa Creativa"[44].

Un grande impatto sulla cultura, soprattutto per quanto riguarda le nuove generazioni, ha avuto il progetto Erasmus, acronimo di *EuRopean Community Action Scheme for the Mobility of University Students*, un programma di mobilità studentesca nell'ambito dei Paesi dell'Unione, creato nel 1987, che ha come obiettivo l'istruzione

[42] U. STAIGER, *The European capitals of culture in context-cultural policy and the European integration process. The 1990s: consolidating culture in the European Union*, in K. PATEL (ed.), *The Cultural Politics of Europe*, Londra, 2013, 29 ss.

[43] Si veda: Decisione n. 1622/2006/CE che istituisce un'azione comunitaria a favore della manifestazione "Capitale europea della cultura" per gli anni dal 2007 al 2019, in seguito prorogata e modificata.

[44] Si tratta di un programma quadro basato sul Regolamento (UE) 1295/2013, per i settori culturali e creativi nell'ambito del quadro finanziario pluriennale 2014-2020 che ha fuso anche altre proposte elaborate dalla Commissione europea ovvero i programmi Cultura, MEDIA e MEDIA Mundus in un quadro comune inteso a migliorare l'accesso al credito, ora in fase di innovazione a seguito della proposta di regolamento della Commissione europea volta a istituire il nuovo programma Europa Creativa per il periodo 2021-2027 e che dovrebbe abrogare il precedente regolamento del 2013.

e la formazione degli studenti, favorendo l'acquisizione di una cultura europea. Questi ultimi, infatti, rispondendo a particolari requisiti e sovvenzionati da borse di studio, hanno la possibilità di migliorare le proprie capacità di comunicazione, la conoscenza di lingue straniere e le competenze interculturali.

Le Giornate europee del patrimonio, invece, promosse dal Consiglio d'Europa con l'ausilio della Commissione, dal 1991 coinvolgono i 49 Stati Membri della Convenzione culturale europea, firmata nel 1954[45]: in diversi fine settimana di settembre e ottobre, essi aprono ai cittadini le porte di monumenti e siti storici, artistici e naturalistici per riaffermare la centralità del patrimonio culturale e il suo valore sociale e identitario.

Manifestazioni simili evidenziano in modo particolare la volontà delle Istituzioni di favorire la promozione e la partecipazione di tutti i cittadini alle iniziative culturali europee, mostrando il proposito di incoraggiare una sorta di diritto culturale dell'Unione[46] e nello stesso tempo di non sottovalutare l'importanza della cultura come fattore di sviluppo economico locale. Questa esperienza ha creato la consapevolezza del valore della cultura come risorsa locale e potente forza per produrre progetti di riqualificazione e promozione[47]. Le ristrette risorse economiche assegnate e le complicate pratiche burocratiche, tuttavia, hanno limitato la realizzazione degli obiettivi alla base dei programmi di cui sopra, comportando interventi frammentati e poco efficaci. Dopo gli anni Duemila, l'azione dell'Unione nell'ambito culturale cominciò a essere più sistematica, probabilmente perché si era compreso che gli interventi c.d. "a pioggia" non riuscivano a realizzare gli effetti sperati. Le Istituzioni dell'Unione, comunque, pur consapevoli delle difficoltà descritte, svilupparono diverse proposte recepite in atti finalizzati a sostenere, integrare e coordinare o completare le politiche degli Stati membri.

Dopo i primi programmi, con la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 508/2000/CE del 14 febbraio 2000 fu istituito il programma quadro (2000-2004) "Cultura 2000", che raggruppava in precedenti "Caleidoscopio", "Arianna" e "Raffaello"c e prevedeva finanziamenti da attribuire in base a una più compiuta progettazione con l'intento di favorire uno spazio culturale comune, promuovendo il dialogo, la conoscenza della storia, la creazione, la diffusione della cultura e del

[45] La Convenzione culturale europea, che si compone di 11 articoli, è stata firmata a Parigi il 19 dicembre 1954 inizialmente da 14 Paesi europei. Il documento ha per oggetto la creazione di una politica comune tesa alla salvaguardia della cultura europea e all'incoraggiamento del suo sviluppo.

[46] Sul diritto alla cultura e i diritti culturali, P. BENVENUTI, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*. Milano, 2007, 35 ss.; L. ZAGATO, *Lezioni di diritto internazionale ed europeo del patrimonio culturale*, Venezia, 2011, 3 ss.; M. FERRI, *Dalla partecipazione all'identità. L'evoluzione della tutela internazionale dei diritti culturali*, Milano, 2015, 4 ss.; M. CARCIONE, *Diritti culturali: dalle convenzioni UNESCO all'ordinamento italiano*, in ZAGATO, VECCO (a cura di), *Citizens of Europe*, cit., 357 ss.

[47] M. CARTA, *Next city: culture cities*, Milano, 2004, 106 ss. Per l'A. «Le risorse culturali sono… materiale di base della città, esse hanno ormai sostituito il carbone, l'acciaio, l'oro o il commercio di beni o la localizzazione favorevole nella produzione di economie urbane».

patrimonio culturale europeo, la mobilità degli artisti e delle loro opere, le nuove forme di espressione culturali e il ruolo socio-economico della cultura. Questo programma, però, si dimostrò un po' troppo ambizioso[48] e riuscì a realizzare solo in parte quanto previsto, ancora una volta a causa degli scarsi finanziamenti. Con l'intenzione di perfezionare i piani culturali dell'Unione, fu varato, in seguito, un altro Programma "Cultura", relativo agli anni 2007-2013, decisamente più organico e con un'accessibilità più semplice rispetto al precedente, basato in particolar modo sulla realizzazione della cittadinanza europea[49].

Il Trattato di Lisbona, come si è già rimarcato, ha evidenziato la netta volontà dell'Unione di attribuire maggiore rilevanza alla cultura, inquadrandola tra i valori portanti dell'Europa[50], e ha reso manifesta una sostanziale trasformazione di questo settore che, da essere, inizialmente, fondato sull'eccezione culturale e poi sul principio della valorizzazione della "diversità culturale", è diventata una vera e propria materia di competenza dell'Unione. Ciò pone in luce la presa di coscienza delle Istituzioni circa il valore della cultura poiché, dalla condizione iniziale di disciplina eccezionale, è attualmente divenuta oggetto di principi che ispirano e orientano l'interpretazione e l'applicazione dell'ordinamento e che quindi devono bilanciarsi con il mercato su un piano di eguaglianza[51].

L'*European Heritage Heads Forum* nel 2006 aprì la strada per un migliore coordinamento del settore. Dal 2007, poi, è stata emanata l'Agenda europea per la cultura[52] che costituisce ancora oggi il quadro strategico dell'azione dell'UE nel settore culturale, basandosi sulla promozione di tre obiettivi quali: la diversità culturale e il dialogo interculturale, la cultura come catalizzatore della creatività e la cultura come componente essenziale delle relazioni internazionali.

Nel 2008 fu istituito l'*European Heritage Legal Forum* (EHLF), un forum giuridico per il patrimonio europeo che diede vita a un meccanismo di *early warning*, al quale gli Stati membri aderiscono su base volontaria, per monitorare la fase ascendente delle norme comunitarie in modo da identificare per tempo le disposizioni che possono causare rischi per il patrimonio culturale e formulare, a tutela di esso, adeguate raccomandazioni. La Dichiarazione d'intenti seguita alla Conferenza di Bruges del 2010, infatti, evidenziò che molte decisioni prese nell'ambito di altre

[48] L. ZAGATO, *La problematica costruzione di un'identità culturale europea. Un quadro più favorevole dopo Lisbona? Il quadro giuridico*, in ZAGATO, VECCO (a cura di) *Citizens of Europe*, cit., 259, ha definito il Programma Cultura «immenso, mal strutturato, e poco funzionale».
[49] G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura*, Torino, 2016, 16, rileva come la nozione di patrimonio comune europeo, inevitabilmente, rafforza il concetto di cittadinanza europea.
[50] L'inizio del Preambolo del TUE così recita: «Ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto…».
[51] M. V. CABALLERIA, *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'Unione Europea*, in *www.arteantica.it*, 2015, 31.
[52] "Comunicazione su un'Agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione" del 2007.

politiche settoriali europee potevano avere effetti diretti o indiretti sul patrimonio culturale e viceversa.

In seguito, con la strategia Europa 2020 e con Europa Creativa 2014-2020[53], la Commissione, oltre a riprendere gli obiettivi dei programmi precedentemente emanati, propose di attribuire la giusta rilevanza all'economia della cultura, assegnando a quest'ultima un ruolo sempre più significativo[54], impegnando più fondi per favorire gli indotti legati al settore in oggetto e sostenendo la cooperazione politica a livello transnazionale, nella consapevolezza della sua notevole importanza in termini di occupazione e indotto economico.

La Comunicazione congiunta della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio "Verso una strategia dell'Unione europea per le relazioni culturali internazionali"[55], inoltre, nell'affermare che l'UE è saldamente impegnata a promuovere un ordine mondiale basato sulla pace, sullo Stato di diritto, sulla libertà di espressione, sulla comprensione reciproca e sul rispetto dei diritti fondamentali, ha inteso promuovere la diversità culturale attraverso le relazioni internazionali, nella convinzione che gli scambi culturali possano apportare benefici economici, essendo la cultura elemento chiave della nuova economia, poiché stimola la creatività, l'innovazione e l'accesso alla conoscenza. Come risulta dal Contesto della Comunicazione congiunta è stata delineata una strategia dell'Unione per le relazioni culturali internazionali, ponendo l'accento principale sulla promozione della cooperazione con i Paesi *partner* in tre settori chiave: sostenere la cultura come volano dello sviluppo sociale ed economico sostenibile; promuovere la cultura e il dialogo interculturale per garantire relazioni interetniche pacifiche; rafforzare la cooperazione nel campo del patrimonio culturale.

La più recente pianificazione delle politiche culturali prevede programmi a gestione diretta della Commissione europea che, consapevole dell'esigenza di una maggiore competitività a livello mondiale, ha ritenuto di fondamentale importanza favorire la digitalizzazione dei dati del settore per ampliare l'accesso alla cultura dei cittadini[56], incrementare discipline di sostegno per l'accesso agevolato al credito delle piccole e medie imprese culturali e creative[57], nonché sviluppare una crescita

[53] Europa Creativa sostituisce i precedenti programmi Cultura, MEDIA e MEDIA Mundus ed è suddiviso in tre sottoprogrammi: "Cultura", che promuove iniziative nel settore culturale, finalizzate a promuovere la collaborazione transfrontaliera, la creazione di piattaforme e reti e la promozione di traduzioni letterarie; "Media", che è destinato alla promozione di iniziative nel settore degli audiovisivi, con lo scopo di favorire la distribuzione delle opere audiovisive e il loro accesso e una sezione chiamata "Transettoriale" per favorire la cooperazione strategica transnazionale per lo sviluppo di politiche di innovazione, creatività, sviluppo di nuovi modelli imprenditoriali e di gestione.
[54] L. MONTI, A. FEOLA, *Le Politiche di Settore. Politica Culturale*, in L. MONTI (a cura di), *Politiche dell'Unione Europea*, Roma, 2016, 165.
[55] JOIN/2016/029 final.
[56] La digitalizzazione permette una migliore conservazione del patrimonio con risultati economici importanti.
[57] Dal 2016 Europa Creativa dispone di uno strumento finanziario di garanzia (del valore di 121 milioni di euro) per favorire l'accesso ai finanziamenti nei settori culturali e creativi.

intelligente sostenibile e inclusiva. Si comincia, così, a considerare l'innovazione e la tecnologia, che diventano i mezzi per favorire e valorizzare la cultura e le sue politiche. Peraltro, incoraggiando le innovazioni scientifiche e digitali si riesce a far conoscere le iniziative culturali a livello europeo, nazionale e regionale, con un doppio beneficio: far progredire gli investimenti in ricerca e rendere il sistema nazionale più competitivo.

Alla luce di queste nuove prospettive e anche in seguito alle conclusioni sulla *Governance* partecipativa del patrimonio culturale nel Consiglio dei Ministri della Cultura UE del 25 novembre 2014[58], è stato elaborato anche il programma "Orizzonte 2020"[59]; esso supporta il settore tecnologico a favore delle ricerche sulle strategie, sulle metodologie e sugli strumenti che servono per garantire dinamicità, sostenibilità e conservazione del patrimonio culturale in base al cambiamento climatico, in modo da sviluppare nuovi modi atti a condividere la "cultura europea", sostenendo le nuove industrie creative. Per il settennio 2021-2027 il Programma quadro proposto dalla Commissione europea a maggio 2018 è "Horizon Europe"[60], poi modificato a maggio 2020[61] a seguito dell'emergenza sanitaria. Nella nuova proposta della Commissione si afferma che «le misure per la ripresa e la resilienza previste dallo strumento europeo saranno realizzate tramite i canali di attuazione che già esistono nel contesto di alcuni programmi specifici dell'Unione, proposti dalla Commissione nell'ambito del Quadro finanziario pluriennale per il 2021-2027». Nel 2018 è stato anche proclamato l'Anno europeo del patrimonio culturale[62] con l'obiettivo di celebrare il patrimonio culturale in quanto risorsa condivisa, per sensibilizzare i cittadini alla storia e ai valori comuni e rafforzare il senso di appartenenza a uno spazio culturale e politico comune europeo. Esso ha creato lo slancio necessario per far conquistare al patrimonio culturale una posizione prioritaria nell'agenda dell'UE, grazie a un approccio integrato, permettendo l'emanazione del Quadro d'azione europeo sul patrimonio culturale[63].

Il Consiglio europeo, nel luglio 2020[64], ha emanato un articolato testo di Conclusioni con la previsione, a causa della crisi, di riduzioni finanziarie per il programma per la ricerca e l'innovazione Orizzonte Europa (Horizon Europe) e per il

[58] In tale documento si insiste sulla creazione di sistemi di *governance* trasparenti, partecipativi e informati che possono meglio rispondere alle esigenze di tutti i membri della società.
[59] Regolamento (UE) N 1291/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013 che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) – Orizzonte 2020.
[60] COM (2018) 435.
[61] Per il nuovo bilancio pluriennale dell'UE proposto dalla Commissione europea si veda la comunicazione COM (2020)442 e la proposta modificata di regolamento che stabilisce il QFP 2021-2027 COM (2020)443, a cui si affianca lo strumento dell'UE per il sostegno dell'economia dopo la pandemia di Covid-19, il cosiddetto "Next Generation EU" (COM (2020)441).
[62] Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, relativa all'Anno europeo del patrimonio culturale (2018).
[63] Il Quadro, presentato il 7 dicembre 2018 dalla Commissione, fornisce una panoramica degli impegni assunti dalla Commissione europea in materia culturale, prevedendo un nuovo piano di lavoro con una cooperazione volontaria tra gli Stati membri dell'UE nel periodo dal 2019 al 2022 basato su attività relative al patrimonio culturale a livello europeo.
[64] Conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio.

programma Erasmus[65], mentre ha lasciato sostanzialmente stabile il finanziamento del programma Europa Creativa. In seguito alla posizione critica manifestata dal Parlamento europeo che, invece, ha chiesto un aumento dei fondi per la cultura pari a 39 miliardi di euro[66], il 10 novembre 2020 è stato raggiunto un compromesso che ha aumentato di 16 miliardi le risorse globali disponibili, mentre la decisione sulla ripartizione di queste ultime sarà soggetta all'approvazione dei Parlamenti nazionali degli Stati membri. Tali fondi dovrebbero provenire principalmente dalle multe comminate per violazioni del diritto della concorrenza e saranno destinati a programmi che proteggano i cittadini dalla pandemia, offrano opportunità alla prossima generazione e preservino i valori europei.

Tutte queste misure hanno rappresentato una buona base per coordinare le varie azioni culturali statali e hanno funzionato come grimaldello per la creazione di meccanismi di condivisione delle politiche tra i vari Paesi europei, portando a quella che potrebbe definirsi una sorta di contaminazione strategica. La tendenza del "governo" dell'Unione attualmente è quella di "occupare" gli spazi lasciati (più o meno coscientemente e volontariamente) liberi dagli Stati[67]. La Commissione, in tal caso, è intervenuta, attraverso l'elaborazione di adeguate politiche culturali per aiutare gli Stati ad affrontare sfide comuni, come per esempio fornire un concreto sostegno nella digitalizzazione per facilitare raccolte di dati, fornire informazioni mirate e aggiornate sul settore e la sua economia, coadiuvare l'evoluzione dei nuovi modelli di gestione e sostenere la potenziale innovazione dei settori creativi. Ciò perché è ormai evidente come la cultura sia una fonte di nuovi posti di lavoro e contribuisca alla crescita della qualità della vita dei cittadini dell'UE, oltre a essere un eccellente strumento per promuovere sviluppo e integrazione.

Nell'ambito del programma Europa Creativa, la parte principale dei finanziamenti europei del settore, sono stati previsti anche gruppi di lavoro al fine di applicare un metodo aperto di coordinamento (MAC) che continua a essere il più importante strumento per agevolare la collaborazione tra gli Stati membri in questo campo e realizzare più facilmente gli obiettivi stabiliti dalla Commissione.

3. La cultura e la concorrenza

[65] Nel marzo 2021, tuttavia, è stato adottato Erasmus plus 2021-2027, per il quale sono stati stanziati, per il periodo di riferimento, finanziamenti più che raddoppiati (quasi 30 miliardi di euro) rispetto a quelli stanziati nel settennio precedente.
[66] Si veda il comunicato stampa del Parlamento europeo del 14 ottobre 2020.
[67] B. CORTESE, *Mercato interno e politiche culturali nazionali. La difficile ricerca di un equilibrio nel processo di auto-costituzione dell'ordinamento interindividuale comunitario*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, cit., 18.

Una disciplina non secondaria in materia di cultura riguarda gli aiuti di Stato[68]. In particolare, ci si riferisce alla disposizione dell'art. 107, paragrafo 3, lett. d) del TFUE dedicata agli aiuti incidenti proprio in questo settore. Tale normativa, più che precludere lo sviluppo di quest'ultima subordinando eventuali finanziamenti a un'autorizzazione preventiva, rappresenta un modo per ribadire la necessità di sottoporre le attività delle imprese operanti in tale mercato (se consideriamo possibile parlare di mercato in materia di cultura) allo scrutinio europeo, anche in coordinamento con quanto disposto dall'art. 167 TFUE[69]. Nella formulazione del Trattato di Roma la categoria degli aiuti alla cultura e alla conservazione del patrimonio storico artistico non veniva in alcun modo contemplata; più tardi, invece, l'Unione, comprendendo la rilevanza di questo settore, ha attribuito una regolamentazione giuridica alla materia attraverso la richiamata disposizione che dichiara compatibili, previa autorizzazione, con il mercato interno le misure (aiuti di Stato) destinate a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, purché non alterino le condizioni della concorrenza a livello europeo in misura contraria all'interesse comune. La norma in parola dischiude profili interpretativi di un certo interesse[70]. Non si può fare a meno di chiedersi, infatti, come sia possibile promuovere la diversità culturale senza alterare "le condizioni degli scambi" e soprattutto come essa possa essere un aiuto oggettivamente destinato a "promuovere la cultura e la protezione del patrimonio" e nello stesso tempo operare "contro l'interesse comune"[71]. Peraltro, leggendo in combinato disposto il paragrafo 3 della lett. d) dell'articolo in commento con l'art. 167 del TFU non si può negare che uno degli obiettivi dell'Unione sia quello di valorizzare il retaggio culturale di tutti gli Stati, finalità che, in sostanza, integra, per l'appunto, "l'interesse comune"[72].

Le fattispecie previste nell'art. 107 TFUE in commento sono due: la promozione della cultura e la conservazione del patrimonio[73]. Nel primo caso, si ipotizza un'attività di incentivazione a favore di enti culturali o musei che curino manifestazioni o attività

---

[68] Sul tema in generale, *ex multis*, C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della Concorrenza*, Padova, 2000, 21 ss.; G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, cit., 17 ss.; F. CAPELLO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di aiuti di Stato (1956/2006*), in *Dir. prat. Trib*., 2006, 803 ss., B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino, 2008, 11 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 5 ss.; G. LUCHENA, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Bari, 2012, 15 ss.; E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (dir. Un. Eur.)*, in *Enc. Dir. – Annali*, VI, Milano, 2013, 19 ss.; G. LUCHENA, *Gli aiuti di Stato e il consolidamento della governance duale nella crisi economica: elementi di innovazione e di continuità*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2/2015, 227 ss.; G. LUCHENA, *An overview of the main issues set forth in the Notice on the notion of State aid: a new "code of conduct" for the States*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2018, 747 ss.

[69] C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino 2012, 186.

[70] M. V. CABALLERIA, *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'Unione europea*, cit., 30.

[71] La Commissione ha cercato di chiarire questo concetto nella decisione del 20 dicembre 2006, su aiuto n. 497/2006.

[72] G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, cit., 122. M. ORLANDI, *Art. 36 del Trattato CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, 334 ss.

[73] G. PINNA, *Art. 87 CE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, 464.

similari; nel secondo, si prevedono aiuti per il patrimonio storico-artistico inteso nel senso indicato dall'art. 9 Cost., cioè come valori e tradizioni riconducibili ad un'identità comune[74].

Un aiuto di Stato al settore culturale, per rientrare nell'eccezione prevista dal Trattato ed essere compatibile, deve essere necessario per la promozione di quest'ultimo, proporzionale alle finalità da perseguire, compatibile con gli aiuti nazionali rivolti ad altri fini e con quelli europei, e non deve discriminare per motivi di nazionalità le imprese a cui è rivolto. L'aiuto, inoltre, può solo finanziare i costi dell'attività culturale incentivata e non anche altre attività industriali o commerciali del destinatario, con riferimento all'oggetto tutelato, nel rispetto dei limiti quantitativi relativi all'aiuto e alla territorializzazione dell'attività[75].

Dagli anni Duemila si è imposta la tesi propugnata dalla giurisprudenza europea[76] secondo la quale le sovvenzioni concesse dagli Stati in materia di cultura, il cui importo non ecceda quanto risulti necessario per la realizzazione della missione di interesse generale o per erogare il servizio pubblico, non rappresentano un vantaggio per le imprese beneficiarie e, pertanto, non costituiscono un aiuto statale nel senso dell'art. 107 paragrafo 1 del TFUE, con la conseguenza che non si concretizza neanche il dovere di notificazione alla Commissione di cui all'art. 108 paragrafo 3 TFUE[77].

Il Regolamento Regolamento generale di esenzione per categoria, Gber[78], in applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE sulle condizioni di compatibilità di determinate tipologie di aiuti che potranno essere concessi dagli Stati senza la preventiva notifica alla Commissione, contiene chiarimenti sulla normativa in oggetto ed esenta dall'obbligo di notifica talune misure di sostegno statale anche al settore culturale (art. 53). La fonte di cui sopra, peraltro modificata nel 2017 e poi nel 2020 con l'intento di aumentare la soglia degli aiuti per gli investimenti culturali e la conservazione del patrimonio[79], se da un lato ha autorizzato la copertura del *funding gap*, consentendo il

---

[74] In tal senso, F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 444; P. CARPENTIERI, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico della Nazione nell'art. 9 della Costituzione*, in *Riv. Sc. Sup. Ec. e Fin*., n. 4/2005, 230 ss.; M. CECCHETTI, *Art.9*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 226 ss.

[75] Peraltro, il Consiglio dei ministri UE può autorizzare aiuti tramite l'emanazione di una decisione adottata a maggioranza qualificata e su proposta della Commissione Corte di Giustizia CEE, 18 maggio 1993, Cause riunite C-356/90 e C-180/91, punti 30-33.

[76] Le prime sentenze in questo senso sono la TJCE 22 novembre 2001, Ferring, causa C-53/00 e 24 luglio 2003, TJUCE Altmark Trans GmbH, causa C-280/00.

[77] Commissione europea, Servizi di interesse economico generale e aiuti statali (documento non ufficiale del dibattito), 12 novembre 2002, par. 57, e Decisione 2005/842/CE, del 28 novembre 2005, relativa all'applicazione delle disposizioni dell'art. 86, comma 2, del Trattato CE agli aiuti statali in forma di compensazione per il servizio pubblico concessi ad alcune imprese incaricate.

[78] Regolamento (UE) n. 2014/ 651 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato. V. P. NICOLAIDES, *Revision of the GBER*, in *State aid hub*, in *www.exxion.eu*, 3 luglio 2018.

[79] L'art. 4 del paragrafo 1 del Regolamento 651 è stato così modificato dal Regolamento 2017/1084: la lettera z) è sostituita dalla seguente: «z) aiuti agli investimenti per la cultura e la conservazione del

finanziamento integrale delle infrastrutture e delle attività culturali, dall'altro ha, di fatto, applicato le regole della concorrenza a una materia nella quale, fino a quel momento, queste ultime trovavano applicazione solo in relazione ad alcune situazioni specifiche. Il Gber, tuttavia, pur chiarendo molti aspetti della materia, non sembra aver fornito criteri idonei a consentire di distinguere le ipotesi di aiuto da quelle che non lo sono. Ciò ha creato perplessità che hanno avuto come conseguenza un nuovo appesantimento burocratico nell'attribuzione delle sovvenzioni, dovuto all'esigenza di verificare, caso per caso, senza l'ausilio di parametri oggettivi, se un determinato finanziamento possa rientrare o meno nella tipologia degli aiuti soggetti a esenzione[80]. La Commissione, consapevole di questa problematica, ha evidenziato che devono essere considerate di carattere economico e, quindi, escluse dalla disciplina sugli aiuti, «tutte quelle attività culturali e di conservazione del patrimonio prevalentemente finanziate dai contributi degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali (come ad esempio esposizioni commerciali, cinema, spettacoli musicali…)»[81]. In vero, a tale proposito è stato evidenziato che sarebbe stato più funzionale ai fini applicativi se la Commissione avesse fatto riferimento allo scopo dell'attività[82], individuando se questo è unicamente orientato al profitto (e allora potrebbe verificarsi una lesione della concorrenza) o se è esclusivamente di tipo sociale e culturale[83] (motivo per cui non si può invocare la disciplina della concorrenza anche se all'utente del bene o dell'attività culturale viene richiesto un contributo per la fruizione[84]). Ciò sempre senza dimenticare che, nel caso degli aiuti di Stato, occorre rifarsi alla nozione di impresa, giacché le

patrimonio: 150 milioni di EUR per progetto; aiuti al funzionamento per la cultura e la conservazione del patrimonio: 75 milioni di EUR per impresa e per anno».

[80] C. E. BALDI, *Finanziamento della cultura e regole di concorrenza*. *Nuove prospettive dal ripensamento della Commissione europea*, in *www.aedon.ilmulino.it*, n. 3/2016, § 2, sostiene che «non sussistano, nel caso della cultura (ad eccezione di alcuni limitati casi), le condizioni perché il suo finanziamento costituisca aiuto di Stato», mancando il vantaggio per le imprese e la concorrenza che si ha fra beni fungibili, mentre le opere d'arte sono ciascuna un *unicum*. Anche G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, cit., 122, nel caso della promozione della cultura e della conservazione del patrimonio evidenzia come «non appare realisticamente immaginabile una lesione del principio del mercato aperto e concorrenziale salvo che non entrino in campo le imprese che intendono perseguire scopi esclusivi di profitto».

[81] Comunicazione Commissione UE (2016/C 262/01), punto 35. Quanto stabilito dalla Commissione ha permesso di affermare che per musei e monumenti storici che godono di fama internazionale non sia possibile escludere del tutto un effetto sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri. La valutazione dipende, infatti, dall'effettiva o potenziale capacità di attrarre visitatori stranieri.

[82] C. E. BALDI, op. ult. cit., § 3.

[83] Corte di Giustizia, Sentenza Poucet e Pistre del 17 febbraio1993 e SAT Fluggesellschaft del 19 gennaio 1994, Cause riunite C-159/91 e C-160/91, dove si precisa che non possono considerarsi di natura economica e, pertanto, non possono considerarsi imprese, ai sensi delle norme sulla concorrenza, quegli enti che esplicano «una funzione di carattere sociale e la loro attività» è «fondata sul principio della solidarietà nazionale».

[84] La stessa Commissione per quanto riguarda anche altri settori come la sanità o l'istruzione pubblica, per i quali viene chiesto agli utenti un contributo per il servizio prestato dallo Stato, ha sempre riconosciuto che ciò non modifica il carattere non economico dell'attività quando il contributo copra solo una frazione del costo effettivo, in quanto lo stesso contributo non può essere considerato un'autentica remunerazione del servizio prestato. A tal proposito, Comunicazione Commissione U.E. (2016/C 262/01) sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, del TFUE.

norme in materia si applicano solo se il beneficiario di una misura si comporta come «un'impresa». Nozione che, come è noto, in assenza di una definizione contenuta nei Trattati, è estremamente ampia e volutamente elastica e che, secondo l'interpretazione di tipo funzionale fornita dalla Corte di Giustizia[85] e dalla prassi decisionale della Commissione[86], si riferisce al tipo di attività svolta, da valutare caso per caso, anziché alle caratteristiche dell'operatore che la esercita. Secondo il diritto dell'Unione, l'impresa, tranne alcune deroghe, è esclusa dagli aiuti e si concreta, in linea di massima, in ogni organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, facente capo a un soggetto giuridico autonomo e diretta in modo durevole e continuato a partecipare attivamente alla vita economica, perseguendo uno scopo determinato, indipendentemente dallo *status* giuridico e dalle modalità del suo finanziamento[87], anche a prescindere dalla ricerca di profitto[88].

A tal proposito, occorre volgere lo sguardo al concetto di impresa culturale e creativa, la quale ha una rilevanza non trascurabile e per essere destinataria degli aiuti di Stato, deve rispondere ai requisiti di compatibilità richiesti dalla Commissione, che ha, comunque, evidenziato come talune attività concernenti la cultura, o la conservazione del patrimonio e della natura, possano essere organizzate in modo non commerciale e possano non presentare un carattere economico[89]. La lesione del libero mercato, infatti, è difficilmente riscontrabile in questo settore, salvo che non vi siano imprese con scopi esclusivamente di profitto: per questo, a volte, risulta problematico comprendere se applicare o meno le regole della concorrenza[90]. Così, se è vero che «dovrebbero essere considerate attività di carattere economico le attività culturali o di conservazione del patrimonio prevalentemente finanziate dai contributi dei visitatori o

[85] La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia è copiosissima; per citare alcune sentenze tra le più emblematiche, ricordiamo: Kleochner-Werke AG Hoesch AG contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio del 13 luglio 1962, Cause riunite 17 e 20-61; Hoefner ed Elser contro Macrotron GmbH del 23 aprile 1991, Causa C-41/90; Pavlov e altri del 12 settembre 2000, Cause riunite C-180/98 a C-184/98; Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri del 10 gennaio 2006, causa C-222/04.
[86] In particolare, la già citata Comunicazione Commissione UE (2016/C 262/01).
[87] G. LUCHENA, *Le esenzioni fiscali alla Chiesa cattolica sono compatibili con il diritto dell'UE? Brevi considerazioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia UE,* in *Diritti e religioni*, n. 2/2018, 200.
[88] Decisione n. 92/521/CEE della Commissione U.E. del 27 ottobre 1992, 31 ss.
[89] Si veda anche: Comunicazione della Commissione UE (2016/C 262/01), punto 2.6. *Cultura e conservazione del patrimonio*.
[90] Nel regolamento 2014/651, per esempio, se da un lato si sostiene la non assoggettabilità alle regole della concorrenza del settore cultura, dall'altro si disciplinano casi che, invece, sempre in tale settore, possono costituire aiuto di Stato. A tal proposito, A. BRUNO, *Primi appunti circa la possibile confusione nell'applicazione delle normative sugli aiuti di stato discendente dal nuovo istituto dell'impresa culturale e creativa*, in *www.ildiritto.it***,** 11/03/2020; ma anche, C. E. BALDI, *L'intervento pubblico in campo culturale. Il faticoso iter di linee guida condivise*, in *www.aedon.il mulino.it*, n. 2/2018, § 1, che sostiene come nel caso della cultura il regolamento del 2014 costituisce un inutile appesantimento della disciplina sugli aiuti di Stato alla cultura, mancando, in effetti, criteri chiari che consentano di distinguere i casi di aiuto da quelli che tali non sono. L'A. nota che «L'art. 53 del regolamento contiene un elenco talmente ampio e dettagliato di situazioni il cui finanziamento può costituire, almeno in astratto, aiuto di Stato, da comprendere qualsiasi attività in campo culturale, tra cui alcune che nemmeno la fantasia più fervida può considerare attività di impresa».

degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali»[91], non si può escludere che alcuni prodotti culturali, come per esempio gli audiovisivi (si pensi alla gigantesca fruizione culturale su YouTube o in *streaming*), frutto di attività finanziate dai consumatori, possano essere oggetto di concorrenza e determinare l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, benché su questo punto la Commissione si sia dimostrata piuttosto ambigua pur avendo emanato una specifica Comunicazione nel 2001, poi modificata e aggiornata nel 2013[92].

La Comunicazione sulla nozione di "aiuto di Stato" del 2016[93] ha introdotto, rispetto al regolamento del 2014, anche, in qualche misura, un'articolata analisi della cultura, recependo le istanze presentate dall'Italia, volte a far riconoscere la natura non economica dell'attività dello Stato in campo culturale[94]. Nella Comunicazione si rimarca come «il finanziamento pubblico delle attività legate alla cultura e alla conservazione del patrimonio accessibili al pubblico gratuitamente risponde a un interesse esclusivamente sociale e culturale che non riveste carattere economico» e il solo pagamento di un biglietto non ne modifica il carattere non economico, se si tratta di un contributo che copre unicamente una frazione del costo effettivo[95]. La Commissione considera, altresì, che molte attività culturali o di conservazione del patrimonio risultano oggettivamente non sostituibili (come la gestione di archivi pubblici contenenti documenti unici), tanto da escludere l'esistenza di un vero mercato, e di conseguenza sottolinea la non applicazione delle norme in materia di aiuti.

In ogni caso, la disciplina sugli aiuti di Stato alla cultura abilita gli Stati a intervenire in maniera sostanziale in favore di questo settore, consentendo di escludere in larga parte l'applicabilità delle regole della concorrenza in quanto, per le loro caratteristiche, come sopra evidenziato, le attività culturali, nella maggioranza dei casi, non sono in linea di principio qualificabili come attività economiche. Ciò, ovviamente, ha favorito lo sviluppo di molteplici iniziative in materia di cultura, incoraggiando innovativi ed efficaci progetti in tale settore. Per di più, occorre rilevare come anche la Corte costituzionale abbia giudicato positive le misure economiche a sostegno della cultura, rilevando che «le disposizioni che prevedono il sostegno finanziario ad opere […] che presentino particolari qualità culturali ed artistiche si connotano […] nell'ottica della tutela dell'interesse, costituzionalmente rilevante, della promozione e dello sviluppo della cultura (art. 9 Cost.)[96]».

---

[91] Comunicazione della Commissione UE (2016/C 262/01), punto 35.
[92] Comunicazione della Commissione UE (2013/C 332/01).
[93] Comunicazione della Commissione UE (/2016/C 2946).
[94] BALDI, *L'intervento pubblico in campo culturale. Il faticoso iter di linee guida condivise*, cit., § 1.
[95] Come evidenziato, nella Comunicazione del 2016 sopra citata, punto 2.6 si chiarisce, infatti, che le attività prevalentemente finanziate dai contributi dei visitatori o degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali, nonché quelle che favoriscono esclusivamente talune imprese e non il grande pubblico (per esempio il restauro di un edificio storico utilizzato da una società privata), di norma, devono, invece, essere considerate attività economiche.
[96] Corte cost., sentt. n. 255 e n. 307 del 2004 e n. 285 del 2005.

L'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia COVID-19 ha posto in primo piano anche il tema delle imprese culturali. Per frenare la diffusione del coronavirus, il settore culturale è stato uno dei più colpiti dalle misure di *lockdown* e l'Unione ha dimostrato di non trascurare le relative conseguenze economiche. La Commissione europea, al fine di elaborare programmi *ad hoc*, ha dato vita a una nuova piattaforma, chiamata "Creatives Unite", uno spazio *online* dedicato al settore culturale e creativo per condividere informazioni sulle iniziative in risposta alla crisi del coronavirus. Con la Comunicazione del 13 marzo 2020[97], la stessa Istituzione si è occupata dell'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato contenute nelle misure che i Paesi membri intendono adottare a causa della pandemia, proponendo soluzioni compatibili con il vigente ordinamento dell'Unione[98]. La Commissione si è dichiarata pronta ad autorizzare rapidamente aiuti erogati da singoli Stati membri nella consapevolezza che, attualmente, l'impatto dell'emergenza sanitaria è di natura e portata tale da consentire il ricorso all'art. 107, paragrafo 3, lett. b) del TFUE[99]. Nel caso di specie, invero, esistono tutte le condizioni[100] poiché, nella situazione generata dalla pandemia, vi sia un collegamento causale diretto tra l'aiuto concesso a ciascun beneficiario e il danno risultante dall'evento eccezionale, sempre che l'aiuto sia limitato a quanto necessario per compensare il su menzionato danno. Per questa ragione il Governo italiano ha emanato il c.d. Decreto Cura Italia[101], il c.d. Decreto rilancio[102], il c. d. Decreto agosto[103], i c.d. Decreti Ristori[104] e i c. d. Decreti Sostegno[105] che concedono aiuti di Stato anche alla cultura e al turismo in seguito alla situazione emergenziale, stanziando una dotazione, per il 2020, di € 171,5 milioni, da dividersi tra i vari micro-settori per l'adozione di una serie di misure economiche, sgravi fiscali e investimenti. I vari decreti, tra cui anche quelli emanati dal MIC[106], hanno stabilito, fra l'altro, indennità per i lavoratori dello spettacolo, contributi per l'educazione musicale, *bonus* vacanze, vari interventi di sostegno a favore degli operatori del settore turistico, esenzione di alcune imposte, *bonus* per la visita di musei, aumento del Fondo emergenze spettacolo, cinema e audiovisivo, fondo per le emergenze delle imprese e

[97] *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup "Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak"*, Brussels, 13/3/2020 COM (2020) 112 final.
[98] Sul punto, A. BRUNO, *Coronavirus e recenti interventi della commissione europea nel settore degli aiuti di stato: lezioni da trarre dall'emergenza*, in *www.diritto.it*, marzo, 2020, 1 ss.
[99] Per l'art. 107 paragrafo 3, lett. b), possono considerarsi compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.
[100] Circolare n. 5/2020 di Assonime, "Il quadro temporaneo per gli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nell'emergenza COVID-19", 14.
[101] D.l. n. 18/2020.
[102] D.l. n. 34/2020.
[103] D.l. n. 104/2020.
[104] Si fa riferimento al d.l. n. 137/2020, al d.l. n. 149/2020, al d.l. n. 154/2020 e al d.l. n. 157/2020.
[105] D. l. n. 41/2021 e d.l. n. 73/2021.
[106] Tra cui ricordiamo il D.M. 2 ottobre 2020, D.M. 14 ottobre 2020, il D.M. 16 ottobre 2020, il D.M. 7 ottobre 2020 e il D.M. 25 maggio 2021.

delle istituzioni culturali, ripartizione del FUS per le fondazioni lirico-sinfoniche, incremento della dotazione del fondo "Carta della Cultura" e la predisposizione di uno specifico fondo per la cultura al fine di realizzare misure speciali per il settore. Su questa scia si pone anche la legge di bilancio 2021[107] che prevede altri ammortizzatori sociali, da fruire entro il 31 marzo 2021, per i vari settori, compreso quello in oggetto.

Tutti questi finanziamenti si coordinano con il Quadro Temporaneo in materia di aiuti di Stato, in vigore sino a dicembre 2021 salvo proroghe[108], adottato dalla Commissione che, anche attraverso i suoi successivi emendamenti, consente agli Stati membri la possibilità di adottare incentivi temporanei straordinari concedendo un'ampia flessibilità sulle norme relative agli aiuti di Stato nel contesto della pandemia di COVID-19. Si tratta di misure che permettono agli Stati membri di garantire che le imprese, tra cui quelle culturali, dispongano di liquidità sufficiente al fine di preservare la continuità dell'attività economica durante e dopo la pandemia.

4. Destino comune, rilancio economico, prospettive

Il settore della cultura riveste un'importanza significativa, poiché i suoi effetti si riverberano su molti altri settori essendo una fonte non trascurabile di lavoro e sviluppo economico. Essa, infatti, contribuisce alla crescita e alla qualità della vita dei cittadini

[107] L. n. 178/2020.

[108] Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, 19 marzo 2020, C (2020) 1863 final; Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19, 3 aprile 2020, C (2020) 2215 final; Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza COVID-19, 8 maggio 2020, C (2020) 3156 final. Inizialmente, le linee guida tracciate dalla Commissione hanno previsto cinque tipi di aiuti: sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e anticipi rimborsabili; garanzie di Stato per prestiti bancari contratti dalle imprese (le banche, grazie alle garanzie statali fornite dagli Stati membri, hanno continuato a erogare prestiti); prestiti pubblici agevolati alle imprese (con una riduzione del tasso di interesse nella concessione di prestiti da parte di uno Stato membro); garanzie per le banche che veicolano aiuti di Stato all'economia reale, ovvero a favore dei *clienti* delle banche e non delle banche stesse; assicurazione del credito all'esportazione a breve termine (gli Stati possono offrire una copertura assicurativa).
Con il primo emendamento del 3 aprile 2020 sono stati aggiunti cinque ulteriori tipi di aiuti a quelli già esistenti nel primo Quadro temporaneo. Essi sono: sostegno alle attività di Ricerca e Sviluppo (gli Stati membri possono concedere aiuti sotto forma di sovvenzioni e agevolazioni fiscale per le attività di Ricerca e Sviluppo); sostegno alla costruzione e/o ammodernamento di impianti di prova (gli Stati membri possono concedere aiuti sotto forma di sovvenzioni e agevolazioni fiscali per effettuare investimenti sulle infrastrutture necessarie per effettuare test di prova sui prodotti volti a fronteggiare la pandemia. Essi comprendono i medicinali, i vaccini, i dispositivi di protezione individuale, i ventilatori meccanici, i disinfettanti); sostegno alla produzione dei prodotti volti a fronteggiare la pandemia (suddetti prodotti sono sopracitati); sostegno attraverso il differimento del pagamento delle imposte e/o sospensione del versamento dei contributi previdenziali al fine di ridurre le uscite alle imprese; sostegno attraverso sovvenzioni salariali per i dipendenti per le imprese che hanno maggiormente sofferto una perdita e/o che altrimenti avrebbero licenziato un numero notevole di dipendenti.
Con il secondo emendamento è stata prevista una nuova modalità di erogazione degli aiuti compatibili ai sensi dell'art. 107, paragrafo 3, lettera b), prevedendo interventi pubblici tramite le ricapitalizzazioni e i debiti subordinati alle società non finanziarie. Sull'argomento, *www.politicheeuropee.gov.it.*

dell'UE e integra un valido strumento per promuovere, sia l'integrazione, sia lo sviluppo del territorio. In Italia, per esempio, è stato calcolato che per 1 euro speso in cultura si riesce ad avere un ritorno di 1,75 euro[109].

Nelle misure sopra descritte intraprese dall'Unione si intravedono, almeno in potenza, le basi per un possibile sviluppo di una politica culturale condivisa e, a valle di questa, la possibilità di creare un'identità culturale (e, quindi, anche politica)[110] sentita come comune da tutti i cittadini europei[111]. Il patrimonio culturale, sia esso materiale, immateriale e digitale è un bene collettivo attorno al quale riprogettare il futuro dell'Europa[112] con azioni di coordinamento e di cooperazione tra i Paesi membri, perché la cultura non può che essere un volano per condividere valori e contenuti che rispecchiano e modellano le società dell'Unione[113]. È noto, peraltro, che favorendo lo scambio d'idee e di valori si facilita la comprensione reciproca, agevolando lo sviluppo sostenibile e la coesione sociale, e migliorando le relazioni e il dialogo tra i Paesi.

Occorre, però, considerare che il *budget* annuale dell'Unione destinato alla cultura (a parte i nuovi fondi istituiti per la pandemia) equivale a meno di un quarto di quanto ogni anno Netflix spende in produzione televisiva e cinematografica europea. Il Commissario europeo ha un portafoglio di competenze ristretto che di fatto indebolisce il suo profilo pubblico e il suo peso politico, con la conseguenza di limitare i risultati attesi. Una recente relazione della Corte dei conti europea ha rivelato, poi, che i fondi per la cultura risultano troppo dispersi e che è necessario un nuovo piano per tale settore al fine di rafforzarlo e renderlo più verde, più innovativo e più inclusivo[114].

Con l'attuale crisi, la situazione non è certamente migliorata, sebbene siano stati rimodulati gli stanziamenti che sorreggono i programmi sia per la cultura sia a favore degli altri comparti connessi[115].

---

[109] I dati completi sono reperibili in "Io sono cultura", rapporto annuale pubblicato da Symbola e Unioncamere, 2019.

[110] A tal proposito, non è errato pensare che nell'identità culturale europea debbano anche ricomprendersi i diritti fondamentali contenuti nella CEDU che in effetti possono considerarsi un "patrimonio" della cultura europea.

[111] B. CORTESE, *Principi del mercato interno ed Europa della cultura. Alcune suggestioni*, in L. ZAGATO, M. VECCO, *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, cit., 155 ss.

[112] E. SCIACCHITANO, *L'evoluzione delle politiche sul patrimonio culturale in Europa dopo Faro*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Citizens of Europe Culture e diritti*, cit., 47.

[113] W. SANTAGATA, *Il governo della cultura*, Bologna, 2014, 35 ss.

[114] Corte dei conti europea, Relazione speciale 08/2020 sull'efficacia e sulla sostenibilità degli investimenti UE nei siti culturali dei Paesi membri, 9 ss.

[115] Per il nuovo bilancio pluriennale dell'UE proposto dalla Commissione europea si veda, la comunicazione COM (2020) 442 e la proposta modificata di regolamento che stabilisce il QFP 2021-2027, COM (2020) 443, a cui si affianca lo strumento dell'UE per il sostegno dell'economia dopo la pandemia di Covid-19, il cosiddetto Next Generation EU (COM (2020) 441). Secondo uno studio del Parlamento europeo (*Research for CULT Committee – Best practices in sustainable management and safeguarding of cultural heritage in the EU*, novembre 2018), la cultura offre impiego a oltre 300.000 persone in Europa e più di 7,8 milioni di posti di lavoro sono indirettamente connessi. Il fatturato totale delle industrie collegate al settore è di 497 miliardi di euro all'anno, pari al 3% del PIL dell'UE, rendendo evidente la necessità dell'aumento delle risorse in questo settore.

È essenziale, quindi, ripensare a una nuova amministrazione della cultura che riconosca la sua importanza nei processi di rigenerazione sociale, urbana e delle risorse umane: una posizione che, in tempi recenti, sta generando promettenti opportunità evolutive. Il corpo centrale della prassi delle istituzioni europee, in particolare quella riferibile alla Commissione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, invero, sembrano recepire questo importante concetto un po' a rilento, anche se si sta assistendo a una promettente evoluzione[116]. La cultura, infatti, assume sempre più il ruolo di risorsa strategica tanto che i *policy makers* cominciano ad annoverarla tra gli elementi essenziali della integrazione europea e a scommettere su tale settore come generatore di valore economico e sociale. Il percorso è quello di arrivare a una "pianificazione culturale" che sostenga progetti di riqualificazione e piani di sviluppo a trecento sessanta gradi in modo da cogliere i risultati più efficaci nella competizione globale sia in termini patrimoniali che sociali.

In tal modo, si darebbe vita a un'Europa maggiormente improntata al dialogo reciproco, superando la perniciosa logica del particolare che purtroppo sembra ormai aver pervaso molti Stati membri. Anche l'UNESCO ha evidenziato come la cultura sia in grado di condizionare lo sviluppo economico e la rigenerazione sociale nell'ottica della sostenibilità[117], costruendo ponti tra il mondo delle imprese e i cittadini, per innovare, acquisire conoscenze e collaborazioni, rafforzando le sinergie tra le parti produttive e permettendo uno sviluppo rilevante della qualità della vita dell'intera società europea[118]. La cooperazione tra culture, inoltre, contribuisce a contrastare i pregiudizi e può prevenire i conflitti, diventando uno strumento efficace per affrontare importanti sfide globali, quali l'integrazione dei rifugiati e il contrasto alla radicalizzazione, rafforzando le società più fragili e migliorando anche le relazioni internazionali[119]. L'unione dei saperi europei, per di più, oltre a istituire un *acquis communautaire* farebbe sentire i cittadini parte attiva degli ideali, dei valori dell'Unione e della sua storia, consolidando il senso di appartenenza a un'Europa comune e contrastando la temuta disgregazione della stessa. In tal modo, si potrebbe anche a rinsaldare quel principio di solidarietà[120] tra gli Stati membri di cui spesso (e soprattutto negli ultimi tempi) si è sentita la mancanza e che sembra essere

[116] Sul punto, M. V. CABALLERIA, *La relazione tra cultura e mercato nell'Unione europea*, cit., 31 ss.
[117] Convenzione dell'UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO il 20 ottobre 2005, durante i lavori della 33ª sessione della Conferenza generale tenutasi a Parigi, ratificata dall'Italia il 2 febbraio 2007.
[118] R. MENOTTI, *Raccontare l'Unione Europea: la cultura per il governo della complessità*, *Problemi dell'informazione*, n. 1/ 2019, 217 ss.; M. CALLONI, *Quale identità per l'Unione Europea? Per la costruzione di una cultura politica e di una politica culturale comune*, *Annali di storia moderna e contemporanea*, n. 1/ 2015, 279 ss.
[119] Conclusioni della Comunicazione congiunta JOIN/2016/029 final.
[120] Come è noto, l'art. 222 del Trattato di Lisbona contempla un'esplicita clausola di solidarietà. L'articolo dispone che «gli Stati membri agiscano congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo».

continuamente in equilibrio precario[121] a causa dello spirito di competizione e dell'egemonia di alcuni Paesi, nonché dei "rigurgiti" di nazionalismi ed euroscetticismi: potenziali benefici di un più robusto progetto di sviluppo fondato sulla cultura[122] che peraltro, pure nel terremoto provocato dalla pandemia, fa intravedere maggiori e nuove opportunità di crescita civile, politica ed economica.

[121] Ci si riferisce alla circostanza, spesso verificatasi, che appena nell'Unione si presenta un problema che coinvolge alcuni dei Paesi membri, gli altri che non soffrono, o soffrono meno, della stessa difficoltà sembrano dimenticare il principio di unità e solidarietà, alla base del progetto europeo, ponendo, invece, in primo piano la sovranità nazionale.
[122] Sul tema, B. ARPAIA, P. GRECO, *La cultura si mangia*, Parma, 2013, 2, ss.; P. DUBINI, *Con la cultura non si mangia: falso!*, Bari, 2018, 55 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La visione centralista dello Stato nella "profilassi internazionale"

di Gianvito Campeggio*

21 luglio 2021

Sommario: 1. La Corte costituzionale e la legge della Regione Valle d'Aosta. - 2. Una decisone scontata. – 3. La materia tutela della salute e la competenza per la tutela del bene salute tra Stato e Regioni. – 4. La profilassi internazionale e la qualificazione della competenza trasversale. – 5. La debole collaborazione tra Stato ed enti territoriali. – 6. Conclusioni: una formula per regolamentare la situazione epidemiologica.

1. La Corte costituzionale e la legge delle Regione Valle d'Aosta

La Corte costituzionale con sentenza n. 37/2021, depositata il 12 marzo 2021, ha dichiarato la illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, e 4, commi 1, 2 e 3 della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza).

Il Governo con ricorso del 21 dicembre 2020 aveva, infatti, promosso una questione di legittimità costituzionale dell'intera legge della Regione Valle d'Aosta n.11/2020.

A parere del ricorrente, l'intera legge regionale è stata impugnata perché ritenuta costituire violazione della competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.), a seguito della dichiarazione dello stato pandemico da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS).

Secondo la tesi del Governo, la Regione autonoma Valle d'Aosta non potrebbe vantare ulteriori competenze statutarie, anche perché l'art. 36 della legge 16 maggio 1978, n. 196 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Valle d'Aosta) escluse dal trasferimento delle funzioni amministrative in materia di igiene, sanità, assistenza ospedaliera e assistenza profilattica i rapporti internazionali in materia di assistenza

* Avvocato e Assistente di Istituzioni di diritto pubblico, presso il Dipartimento di Scienze politiche della LUISS Guido Carli.

sanitaria ed ospedaliera, ivi compresa la profilassi internazionale. Inoltre, non sarebbe ravvisabile nello statuto di autonomia la competenza legislativa a emanare una legge regionale in deroga alla normativa statale vigente emergenziale.

La Corte costituzionale è intervenuta sulla vicenda, con due pronunce, (ord. n. 4/2021 e sent. n. 37/2021) a breve distanza l'una dall'altra, ambedue relative alla legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, impugnata dal Governo perché dichiarata in larga parte costituzionalmente illegittima.

Con la prima pronuncia, n.4/2021[1] del 14 gennaio scorso, la Consulta ha sospeso cautelativamente l'efficacia della legge valdostana oggetto di ricorso. È da sottolineare come il Giudice delle leggi per la prima volta, in assoluto, abbia deciso di sospendere l'efficacia di una legge in via cautelare in quanto ha ritenuto che per poter esercitare il potere di sospensiva di una legge debbano sussistere i due requisiti richiesti nella generalità dei giudizi cautelari: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Sotto questo aspetto, l'ordinanza si pone in continuità con l'ord. 107/20102[2], che infatti viene anche richiamata quando si fa riferimento alla necessità della sussistenza del *fumus*[3].

Per quanto riguarda il *fumus*, nel caso di specie la Corte ne ha ravvisato la sussistenza in quanto la gestione ed il contenimento della pandemia implicano "interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost"[4]. In tal modo, la Corte ha disposo la sospensione con un'argomentazione che era già stata sostenuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza[5], basando la decisione sulla competenza legislativa statale esclusiva in materia di gestione e contenimento dell'emergenza sanitaria. Non vengono menzionati, invece, gli altri parametri invocati dal ricorrente, ossia, l'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., il comma 3 del medesimo articolo in relazione alla materia della tutela della salute, e gli artt. 118 e 120 in relazione ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, e al principio di leale collaborazione. Siccome la valutazione del *fumus* costituisce un giudizio sulla

[1] Già nell'ordinanza n. 4 del 2021, con cui è stata disposta in via cautelare la sospensione dell'efficacia della legge regionale con rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico e ai diritti delle persone, la Corte sottolineava come la pandemia in corso abbia richiesto e richieda interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lett. *q)*, Cost.. Al contempo, la Corte valutava che la gestione unitaria a livello nazionale della pandemia non è peraltro preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione. Si veda, anche, E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale* (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4), su *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021.
[2] Cfr. ord. 107/2020 Corte cost.
[3] Cfr. considerato n. 4 dell' ord. 4/2021 Corte cost.
[4] La citazione è tratta dal considerato n. 5 dell' ord. 4/2021 Corte cost.
[5] Si veda, in particolare, Tar Calabria, Sez. I, sentenza 9 maggio 2020, n. 841, ove, al punto 18.2 della motivazione, viene sostenuto che *"Non vi può essere dubbio che lo Stato rinvenga la competenza legislativa all'adozione del decreto de quo innanzitutto nell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che gli attribuisce competenza esclusiva in materia di «profilassi internazionale». Ma la competenza legislativa si rinviene anche nel terzo comma del medesimo art. 117 Cost., che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di «tutela della salute» e «protezione civile»".*

probabile fondatezza del ricorso, ci si può chiedere se tale mancata menzione significhi che la violazione della competenza esclusiva statale in materia di profilassi internazionale sia stata ritenuta esistente con maggiore probabilità rispetto agli altri vizi di legittimità costituzionale dedotti nel ricorso.

In merito al *periculum*, invece, la Consulta ha ritenuto sussistenti sia il rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico, sia il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini[6]. Ciò in quanto la legge valdostana n. 11/2020, adottando misure meno rigorose rispetto a quelle nazionali "nell'esercizio della predetta competenza esclusiva", "espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità" a prescindere da quanto stabilito dalle ordinanze regionali attuative.[7] In tal modo sono state rigettate alcune eccezioni della difesa della Regione, che sosteneva l'insussistenza del *periculum* alla luce della classificazione del territorio come zona gialla e del fatto che le ordinanze presidenziali contenevano misure tali da eliminare comunque ogni pregiudizio. Ancora sul *periculum*, il Giudice delle leggi aggiunge che, in ragione della diffusione del Covid-19, anche un aggravamento del rischio a livello soltanto locale è "idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione"[8].

Pertanto, già dalla lettura di questa ordinanza si evince la netta posizione della Corte nell' affermare come la gestione unitaria della pandemia, qualificata, dunque, come un interesse pubblico, dev'essere gestita dal Governo centrale che riveste un ruolo di guida nel contrasto all'emergenza.

La Corte era chiamata a pronunciarsi per la prima volta, relativamente all'inquadramento della normativa di contrasto alla pandemia nell'ambito del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni[9].

La Consulta, con la seconda decisione del 24 febbraio scorso, ha accolto il ricorso governativo, in particolare, con riguardo alle disposizioni con le quali la legge della Regione Valle d'Aosta impugnata ha introdotto misure di contrasto all'epidemia differenti da quelle previste dalla normativa statale.

---

[6] Cfr. il considerato n. 6 dell' ord. 4/2021 Corte cost. e p.to 3 in diritto sent. 37/2021 Corte. cost.
[7] Cfr. il considerato n. 7 dell' ord. 4/2021 Corte cost.
[8] Cfr. il considerato n. 8 dell' ord. 4/2021Corte cost.
[9] Sul tema dei rapporti tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia, si vedano in dottrina U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020, 537 ss; G. MENEGUS., *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Rivista* di *Biodiritto*, 2020, 183 ss; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 79 ss.; V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it, osservatorio Emergenza Covid-19*; G. DI COSIMO, LONGO E., *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, 377 ss.

La Corte ha, infatti, ritenuto che il legislatore regionale, anche se dotato di autonomia speciale, non può invadere con una sua propria disciplina una materia avente ad oggetto la pandemia da Covid-19, diffusa a livello globale e perciò affidata interamente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, a titolo di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera *q)*, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare la pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla.

L'esame delle disposizioni degli Statuti speciali concernenti la sanità offre un quadro tendenzialmente omogeneo fra le varie Regioni, che, pur con formulazioni non coincidenti, ricomprendono la materia sanitaria fra quelle di competenza concorrente[10].

Fa eccezione, invece, lo Statuto della Regione Valle d'Aosta, secondo il quale la materia igiene e sanità, assistenza ospedaliera e profilattica è affidata alla potestà legislativa di integrazione e attuazione delle leggi della Repubblica[11], configurando così, almeno in teoria, una minore autonomia regionale nella materia di questa Regione speciale rispetto alle altre Regioni. Ma occorre sul punto ricordare che lo Statuto speciale per la Valle d'Aosta è l'unico a non prevedere affatto la competenza concorrente[12].

Per quanto attiene, invece, all'assetto delle competenze in materia di profilassi internazionale, riservate allo Stato già dagli artt. 6 e 7 della legge n. 833 del 1978, il nuovo art. 117, secondo comma, Cost., con la menzionata norma di cui alla lettera *q)*, affida alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la cura degli interessi che emergono innanzi ad una malattia pandemica di larga distribuzione geografica, ovvero tale da dover essere reputata internazionale, sulla base della diffusività che la connota.

La Consulta precisa che la materia della profilassi internazionale ha un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina.

Il radicamento nell'ordinamento costituzionale dell'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, in tale materia si fonda, secondo la ricostruzione operata dalla Corte, su "ragioni logiche, prima che giuridiche" (sentenza n. 5 del 2018)[13], per le quali ogni decisione, per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, ha un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla.

---

[10] R. BALDUZZI E D. PARIS, *La specialità che c'è, ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale*, Saggi, in *Corti supreme e salute*, 1/2018.
[11] Si veda ad es. la sentenza 9 novembre 2016, n. 270.
[12] Cfr. R. BALDUZZI E A. PITINO, *Una "piccola" sanità: il sistema sanitario della Valle d'Aosta,* in *I Servizi sanitari regionali*, cit., pp. 49-63, 50.
[13] Corte cost., sentenza n. 5 del 2018. La Corte, tuttavia, si premura di specificare che la Regione rimane competente, ad esempio, relativamente all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e a sanzionare le violazioni. Tale pronuncia è stata da ultimo richiamata dalla sentenza n. 186 del 2019, la quale, tuttavia, afferma come «le disposizioni della legislazione statale che riguardano l'adempimento degli obblighi vaccinali ai fini dell'iscrizione e dell'accesso ai servizi scolastici (…) si configurano come «norme generali sull'istruzione».

Al contempo, la necessità di un coordinamento o di un'azione unitaria possono emergere ai sensi dell'articolo 118 Cost. tutte le volte in cui, "secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni risulti inidoneo"[14]. Ciò vale per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, non soltanto le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l'approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi, e così via.

Per la Consulta, quindi, le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono estranee alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie "concorrenti" della tutela della salute e della protezione civile, ma "nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica"[15].

Dal punto di vista storico, la Corte mette in luce come la descritta distribuzione delle competenze a livello costituzionale, per i casi in cui si manifesti un'emergenza pandemica, abbia trovato tradizionalmente riscontro nella legislazione ordinaria, in base alla quale la profilassi delle malattie infettive è sempre stata appannaggio dello Stato, anche quando alcune funzioni sono state delegate alle Regioni (art. 112, comma 3, lettera g), D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112[16]; art. 7, comma 1, lettera a), della L. n. 833 del 1978).

A tale riguardo, la Corte ha chiarito un ulteriore aspetto di rilievo, osservando che il modello offerto dalla legislazione vigente se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali. In tale circostanza, si sono resi necessari strumenti versatili, idonei ad adattarsi alla mutevolezza della situazione. A partire a partire dal primo decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13), il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che prevedeva che la sua attuazione avvenisse preferibilmente ricorrendo a un altro atto, il

[14] Cfr. p.to 7 in diritto sent. 37/2021 Corte. cost.
[15] Cfr. p.to 7.2 in diritto della sent. 37/2021 Corte. cost.
[16] art. 112, comma 3, lettera g), D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59" recita*:" Resta invariato il riparto di competenze tra Stato e regioni stabilito dalla vigente normativa in materia sanitaria per le funzioni concernenti: g) la sorveglianza ed il controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali.*

decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (D.P.C.M.)[17]. I D.P.C.M., ricordiamo, sono considerati atti aventi la natura di regolamento "in quanto fonti del diritto generali e astratte, soggette a pubblicità e con efficacia *erga omnes*, che incidono su diritti di libertà presidiati dalla riserva di legge", che non potrebbero essere delegati a gestire l'emergenza sanitaria, neanche tramite un atto di rango normativo primario, anche in considerazione delle competenze legislative della regione autonoma, non comprimibili dalla fonte regolamentare. Per tale ragione, rileva la resistente, "una diversa interpretazione circa la natura dei D.P.C.M. e la loro applicabilità alla Regione autonoma Valle d'Aosta dovrebbe indurre questa Corte ad auto-rimettersi la questione di legittimità costituzionale dei decreti legge che hanno disciplinato i D.P.C.M. che si sono succeduti per affrontare l'emergenza pandemica"[18]. Ancora una volta ad essere in discussione è l'intera "concatenazione normativa"[19] messa in campo per fronteggiare la pandemia, che, com'è noto, ha sollevato e tuttora solleva un vivace dibattito sulla relativa compatibilità con le disposizioni costituzionali[20].

Emerge così un orientamento accentratore del Governo – volto a rafforzare la figura del Presidente del Consiglio, al fine di affrontare l'emergenza virale con procedure agili e snelle. Ma "l'accentramento delle decisioni non esclude, in via di principio, l'adozione concordata delle stesse"[21]. Così, con riferimento alle Regioni, l'art. 3, co. 1 decreto-legge n. 6, nel testo emendato in sede di conversione, prevedeva che sul testo del D.P.C.M. fossero sentiti "i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome[22], nel caso in cui riguardino il territorio nazionale". La decisione in commento però non ha trattato questo delicato passaggio, non facendo chiarezza sui tanti (forse troppi) dubbi che, allo stato, interessano questa complessa disciplina.

La Costituzione Italiana del 1948, come noto, non prevede lo stato di emergenza, così come previsto negli altri ordinamenti – ad esempio – nell'art. 48 della Costituzione di Weimar del 1919, nell'art. 116 della Costituzione spagnola, nell'art. 48 della

---

[17] M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 5, al sito *internet* www.federalismi.it

[18] Cfr. ord. 4/2021 Corte cost.

[19] M. CALAMO SPECCHIA, Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19", in Osservatorio Costituzionale, fasc. 3/2020.

[20] Si pensi all'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, 14 -15 gennaio 2021, n. 115, in cui i giudici amministrativi, oltre ad accogliere l'appello avverso il diniego di misure cautelari pronunciato in primo grado, sollecitano il Tar alla fissazione dell'udienza in tempi molto brevi al fine di valutare le "significative questioni che, in ragione della loro complessità e del fatto di essere relative ad un delicato bilanciamento fra interessi sensibili, meritano un sollecito approfondimento nel merito, anche in relazione ai dedotti profili di illegittimità costituzionale". M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato- Regioni*, in *Consultaonline*, 1/2021.

[21] A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1/2020, 21 marzo 2020, 373, al sito *internet* www.dirittiregionali.it.

[22] il testo originario del decreto-legge n. 6/2020 definiva tale organo "Conferenza dei Presidenti delle Regioni", dimenticandosi fra l'altro le Province autonome.

Costituzione ungherese, nell'art. 19 della Costituzione portoghese e nell'art. 16 della Costituzione francese, ma solo lo stato di guerra all'art. 78 Cost.[23].

Al contempo la Corte ha ricordato che è possibile adottare misure idonee ad affrontare una situazione di emergenza nel rispetto dei principi di necessità, proporzionalità, bilanciamento e temporaneità, criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, deve attuarsi la tutela sistemica e non frazionata dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. In tale contesto, inoltre, la Consulta sottolinea il ruolo svolto in momenti di emergenza dal principio di leale collaborazione.

Tale quadro normativo, che è stato ulteriormente sviluppato con il decreto-legge n. 19 del 2020 e il decreto-legge n. 33 del 2020, reca un vasto insieme di misure precauzionali e limitative, la cui applicazione è affidata a D.P.C.M., la cui adozione è preceduta dal parere dei Presidenti delle Regioni o, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, da quello del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (art. 2 del D.L. n. 19 del 2020).

Sul punto, il Giudice delle leggi, pur precisando che non è in questione la legittimità dei D.P.C.M., comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo, precisa che la soluzione normativa scelta dal legislatore statale nell'esercizio della discrezionalità in una materia di sua competenza esclusiva (sentenza n. 7 del 2016), attiva un percorso di leale collaborazione con il sistema regionale e risulta "consona sia all'ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia, sia alla circostanza obiettiva per la quale lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche"[24].

Il procedimento di contrasto alla pandemia introdotto dal legislatore statale prevede inoltre che nelle more dell'approvazione dei D.P.C.M., per contenere un aggravamento della crisi, il Ministro della salute può intervenire mediante il potere di ordinanza attribuito dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978. L'art. 1 del d.l. n. 33 del 2020 ha inoltre attribuito uno spazio di intervento d'urgenza anche ai sindaci (comma 9), e, soprattutto, alle Regioni (comma 16), alle quali, nelle more dell'adozione dei D.P.C.M., compete l'introduzione di misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte dal D.P.C.M., ovvero anche ampliative, ma, per queste ultime, d'intesa con il Ministro della salute, e nei soli casi e nelle forme previsti dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

In tale ambito la Corte afferma il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale. Ciò che, infatti, la legge statale permette non è una politica regionale

[23]Sul punto, tra molti autori si rinviene G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, 1/2020, in *costituzionalismo.it*.
[24] Cfr. sentenza 7/2016 Corte cost.

autonoma sulla pandemia, ma la sola disciplina, che si dovesse imporre per ragioni manifestatesi dopo l'adozione di un D.P.C.M., e prima che sia assunto quello successivo[25], affinché non sorgano vuoti di tutela, quanto a circostanze sopravvenute e non ancora prese in carico dall'amministrazione statale.

Tale intervento regionale, può, tuttavia accadere solo per mezzo di atti amministrativi, in ragione della loro flessibilità, e non attraverso l'attività legislativa regionale.

Da ultimo, la Corte precisa che resta salvo l'esercizio delle attribuzioni regionali laddove esse non abbiano alcuna capacità di interferire con quanto determinato dalla legge statale e dagli atti assunti sulla base di essa per contenere e debellare il contagio[26].

Su queste basi, quindi, la Corte è giunta a dichiarare la illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, e 4, commi 1, 2 e 3 della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza). Viceversa, la Corte ha fatto salvi gli artt. 3, 4 comma 4, 5, 6 e 7, perché aventi natura meramente organizzativa, perciò incapaci di interferire con quanto determinato dalla legge dello Stato e ascrivibili alla competenza residuale regionale in materia di organizzazione dei propri uffici[27].

2. Una decisione scontata

Leggendo il contenuto della sentenza in oggetto, appare pienamente rassicurante, nella misura in cui conduce ad un risultato quasi scontato la declaratoria d'illegittimità costituzionale della legge della regione autonoma valdostana, sostenuta da un ragionamento lineare.

Per il Giudice delle leggi, dunque, vi sono ragioni oggettive, logiche prima che giuridiche o costituzionali, che spiegano perché l'autonomia regionale debba risultare recessiva. L'elevato diffondersi dell'emergenza pandemica e il suo carattere contagioso sono elementi che motivano l'esigenza di una disciplina statale, sottraendo ai legislatori regionali scelte potenzialmente idonee a ricostituire la catena del contagio su scala territoriale locale e per questa via, inevitabilmente, a rifletterla sul piano nazionale e poi internazionale.

Nel ragionamento della Corte, il significato complessivo della pronuncia è chiaro: non è possibile, per le Regioni, intervenire in ordine sparso, al di fuori della catena normativa posta dallo Stato, differenziando le risposte politiche ad un fatto

[25] Cfr. p.to 12 in diritto della sent. 37/2021 Corte cost.
[26] Cfr. http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi. Camera dei Deputati – XVIII Legislatura - Dossier di documentazione. Servizio Studi - Dipartimento Istituzioni. *Il riparto delle competenze legislative nel Titolo V - seconda edizione*. Documentazione e ricerche n.14 del 15/03/2021.
[27] L.CUOCOLO - F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, Saggi, in *Corti supreme e salute*,1/2021.

emergenziale che coinvolge l'intera collettività. *Extra unitatem nihil salus*: di fronte a una pandemia che minaccia l'integrità della comunità politica nazionale non sono ammesse derive autarchiche o frammentazioni localistiche volte a disarticolare l'interesse generale della Repubblica[28].

Tuttavia viene da interrogarsi se questa fosse effettivamente la soluzione giuridicamente più corretta o se la decisione della Corte sia stata in qualche modo necessitata dall'esigenza di dare copertura alla poderosa costruzione statale di contrasto alla pandemia, evitando qualsiasi possibile interferenza delle Regioni, anche nell'esercizio di competenze costituzionalmente garantite.

Quello che si può affermare è che la Corte costituzionale ha dato una nuova estensione della profilassi internazionale, allontanandosi dai precedenti in materia. La decisione della Consulta che ha coinvolto la materia della profilassi internazionale, infatti, ha richiesto un carattere che esula dai confini statali.

Il legislatore nazionale, attraverso questa pronuncia, si è assicurato un'indiscussa centralità.

È interessante rilevare come già nell'ordinanza del Ministro della salute adottata il 23 febbraio d'intesa col Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia[29] il preambolo richiama l'art. 117 c. 2 lett. q) Cost. e, dunque, per quanto di interesse, la profilassi internazionale. Al di là della marginalità e singolarità del riferimento e della (incerta) collocazione nel sistema delle fonti dell'atto che lo effettua, si osservi come l'ambito materiale richiamato sia effettivamente rilevante nel caso *de quo* in ragione della dimensione globale della diffusione del virus e del grado di rischio del dilagare del contagio segnalati dall'OMS: appartenendo alla competenza statale esclusiva, il detto riferimento è in grado, in ipotesi, di risolvere l'eventuale problema del riparto, escludendo l'intervento legislativo delle Regioni[30].

Nel giudizio in esame, la legge della Valle d'Aosta viene considerata responsabile perché volta ad instaurare una disciplina generale dell'emergenza parallela a quella statale[31] i cui effetti, però, producono una ricaduta internazionale del tutto indiretta e potenziale. La Consulta, infatti, si limita ad affermare che "è ovvio che ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di

---

[28] C.CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questioni giustizia*, 13 aprile 2021.

[29] Cfr. https://www.epidemiologia.it/wp-content/uploads/2020/02/ordinanza-regione-friuli.pdf.

[30] L. DELL'ATTI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da covid-19*, in *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, sul n. 2/2020 di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*.

[31] Dopo aver enunciato, all'art. 1, i contenuti generali dell'atto, la legge regionale n. 11 del 2020 elencava, all'art. 2, talune attività sempre consentite nel rispetto dei protocolli di sicurezza (ad es., le attività sportive o motorie o gli «eventi ecclesiastici o religiosi»), altre autorizzate ma passibili di sospensione previa ordinanza del Presidente della Giunta (ad es., le attività commerciali al dettaglio, i servizi di ristorazione, le attività artistiche e culturali, le strutture ricettive e le attività turistiche, gli impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo), altre ancora di volta in volta autorizzabili dal vertice dell'esecutivo (eventi ed altre le manifestazioni pubbliche). Inoltre, la legge riconosceva alla Giunta il potere di adottare i relativi protocolli di sicurezza, previo coordinamento affidato al suo Presidente (art. 4, commi 2 e 3).

trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno"[32]. Certo, è ovvio; ma manca una dimostrazione dell'attualità del carattere internazionale che legittima l'intervento dello Stato, con conseguente esclusione della sfera normativa regionale. Si ha l'impressione che la Corte abbia ampliato la materia della profilassi internazionale, per farvi rientrare una legislazione ampia ed eterogenea, il cui denominatore comune è rappresentato dall'essere ispirata dalla finalità di contrasto della pandemia da Covid-19. Soluzione che, se da un lato ha consentito al Giudice delle leggi di evitare qualsiasi coinvolgimento delle Regioni nelle decisioni assunte dallo Stato, derubricandolo a questione di mera "opportunità"[33], dall'altro lato appare però una decisone troppo netta[34].

La pronuncia in esame, in una prospettiva costituzionalistica, lascia aperti alcuni interrogativi che non sembrano pienamente risolti. In primo luogo, la *materia* tutela della salute e il confine, spesso incerto, tra le *competenze per* la tutela del bene salute tra lo Stato e le Regioni[35], oggetto di frequente conflitto innanzi alla Corte; in secondo luogo, la profilassi internazionale e la qualificazione della competenza trasversale; ed infine il principio di leale collaborazione che deve coinvolgere ex art. 118 Cost. lo Stato e gli enti territoriali[36].

3. La materia tutela della salute e la competenza per la tutela del bene salute tra Sato e Regioni

Partendo dall'esame del primo problema sappiamo che la nostra Costituzione racchiude il bene salute negli artt. 32 e 117. Il primo impegna la Repubblica a tutelare la salute "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" e a garantire cure gratuite agli indigenti, vietando trattamenti sanitari obbligatori non disposti per legge, con il limite generale del rispetto della persona umana. L'art. 32 è espressione dei principi di dignità, eguaglianza, solidarietà, e ambisce a garantire tutte le situazioni soggettive, individuali e collettive, collegate alla salute[37]. L'art. 117 annovera la "tutela del bene salute" fra le materie di potestà legislativa concorrente fra

[32] Cfr. p.to 7 in diritto della sent. 37/2021 Corte cost.
[33] Cfr. p.ti 9 e 2 in diritto della sent. 37/2021 Corte cost.
[34] L. CUOCOLO - F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, Saggi, in *Corti supreme e salute*,1/2021.
[35] D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1/2018.
[36]Cfr.https://www.ildirittoamministrativo.it/Emergenza-covid-19-consulta-sospende-legge-Valle-DAosta-delicato-riparto-competenze-stato-regioni-principio-sussidiarietà-verticale-principio-leale-collaborazione-Fermani/gamm751.
[37] La tutela della salute si traduce in forme di protezione molto diverse, a seconda delle situazioni da tutelare: integrità fisica, trattamenti sanitari, autodeterminazione, benessere complessivo. C. CASONATO, *La salute e I suoi confini. Una prospettiva comparata*, in G. CERRINA FERONI - M. LIVI BACCI - A. PETRETTO (a cura di), Pubblico e privato nel sistema di welfare, Firenze, 2017, pp. 55-67.

Stato e Regioni: riserva dunque allo Stato la fissazione dei principi fondamentali, lasciando alle Regioni l'individuazione della concreta disciplina di dettaglio[38]. Questa sarebbe stata, in prima analisi, la competenza a cui ricondurre con maggiore sicurezza la disciplina delle misure di contrasto alla pandemia da Covid-19. Innanzitutto, infatti, non pare esservi dubbio sul fatto che le misure adottate da Stato e Regioni per fare fronte all'emergenza afferiscano alla tutela della salute, nella misura in cui rispondono all'esigenza fondamentale di salvaguardare il diritto alla salute dei cittadini[39].

La salvaguardia del diritto alla salute viene peraltro in rilievo anche nell'ambito di ulteriori due titoli di competenza legislativa, e segnatamente la profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lett. q), riservata alla legislazione esclusiva dello Stato e la protezione civile, assegnata alla competenza concorrente. Se già in condizioni ordinarie, esigenze di "indispensabile omogeneità"[40] a livello nazionale della disciplina sanitaria, hanno permesso a normativa statale minutamente regolativa di superare indenne lo scrutinio di costituzionalità, l'emergenza sanitaria Covid-19 sta sottoponendo a ulteriore tensione applicativa il riparto delle funzioni legislative ponendo diversi conflitti fra Governo centrale e Regioni[41].

Dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che la materia tutela della salute è "assai più ampia rispetto alla precedente materia dell'assistenza sanitaria e ospedaliera"[42]. In essa rientra anche l'organizzazione sanitaria, considerata parte integrante della tutela della salute (così sentenza n. 371/2008): pertanto, le Regioni possono legiferare in tema di organizzazione dei servizi sanitari, ma sempre nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato (siano essi formulati in appositi atti legislativi, siano essi impliciti e dunque ricavabili per via interpretativa: così già in sentenza n. 282/2002).

Del resto, l'intreccio e la sovrapposizione di materie, quali la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la tutela della

---

[38] Questo coinvolge anche la Regione speciale della Valle d'Aosta dato che, come affermato dalla Corte nella pronuncia in esame, la competenza statutaria in materia di «igiene, sanità, assistenza ospedaliera e profilattica» è meno favorevole rispetto alla «tutela della salute» (p.to 11 in diritto), sicché ai sensi dell'art. 10, l. Cost. 3/2001, la Valle d'Aosta si trova da questo punto di vista sullo stesso piano delle Regioni ordinarie.

[39] Il riparto di competenze legislative in materia di tutela della salute elaborata dalla dottrina è sterminata. Su tutte v. R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg*., 2002, 67 ss.; G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di «tutela della salute*. D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018.

[40] Corte Cost., sentenze nn. 72/2013, 173/2014 e 270/2016, sulla legittimità della disciplina statale per la prevenzione di epidemie virali fra il bestiame, ricondotta alla materia della profilassi internazionale. Nello stesso senso, con riferimento all'imposizione di obblighi vaccinali sui minori, le sentenze n. 5 del 2018 e n. 186 del 2019.

[41] G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/ 2020.

[42] Si veda, tra le tante, Cort. cost. sentt. nn. 270/2005, 328/2006, 181/2006, 207/2010. Per una ricostruzione della "storia" della materia sia consentito il rinvio a D. MORANA, *Tutela della salute*, in G. GUZZETTA, F. S. MARINI, D. MORANA (a cura di), *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli, 2015, 583 ss.

salute ed il coordinamento della finanza pubblica, (sentenze n. 187/2012, n. 330/2011 e n. 200/2009), fa sì che la disciplina della materia sia interamente improntata al principio di leale cooperazione[43].

Tuttavia, il raggio di intervento delle Regioni è stato oggetto più volte di limitazioni da parte del legislatore statale, come confermato da ultimo con la sentenza in oggetto.

Non si tratta, quindi, di un'eccezione, visto che la giurisprudenza costituzionale successiva al 2007 è fortemente orientata a valorizzare le tendenze centripete nel riparto della funzione legislativa e dunque a riportare al centro ciò che la riforma del titolo V sembrava inizialmente collocare in periferia. L'andamento di tale giurisprudenza è quella della parabola circolare, utilizzata in dottrina per sottolineare come la Corte torni "progressivamente ad una concezione assai vicina, per non dire assimilabile, a quella che aveva prima della revisione costituzionale: lo Stato-persona riassume i connotati dell'unico soggetto che, per il tramite del proprio indirizzo politico unilateralmente elaborato e gerarchicamente prevalente sugli altri enti della Repubblica, si fa "portatore" a tutti gli effetti – e non più solo "garante ultimo" – dell'unità dell'ordinamento"[44].

A questo scopo, il legislatore statale può spingersi a limitare i poteri legislativi regionali derivanti dalla tutela della salute[45].

La tutela della salute, ricordiamo, è una materia di competenza concorrente, per cui – almeno teoricamente – la legge dello Stato dovrebbe limitarsi a considerare la demarcazione tra la disciplina di principio, lasciando alle Regioni la normativa di dettaglio ovvero di individuare gli strumenti concreti per raggiungere i detti obiettivi. La demarcazione tra normativa di principio e normativa di dettaglio è, per sua natura, tutt'altro che rigida e sicura, non essendo agevole individuare dove si arresti il principio e dove abbia inizio la normativa che ne costituisce lo sviluppo e l'ulteriore specificazione[46].

Può portarsi ad esempio la minuziosa regolamentazione introdotta dal legislatore statale sul divieto di fumo, che è stata giustificata dalla giurisprudenza costituzionale facendo leva sulla categoria dell'interesse unitario infrazionabile, corrispondente alla protezione del bene della salute dagli effetti nocivi del fumo passivo sull'intero

---

[43] Camera dei Deputati – XVIII Legislatura - Dossier di documentazione. Servizio Studi - Dipartimento Istituzioni. *Il riparto delle competenze legislative nel Titolo V - seconda edizione*. Documentazione e ricerche n.14 del 15/03/2021.

[44] M. CECCHETTI, *Per una riforma "consapevolmente orientata" del sistema delle autonomie regionali*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, Napoli, 2014, 103ss.

[45] L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 6/2002, pp. 1450-1460.

[46] D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1/2018; G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di «tutela della salute»*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*.

territorio nazionale. In quell' occasione affermava la Corte, la salute della persona è un "bene che per sua natura non si presterebbe ad essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate, rimesse alla discrezionalità dei legislatori regionali" (sentenza n. 361 del 2003). Con la decisone in oggetto, invece, la tutela della salute può incidere solo in termini indiretti e marginali, e comunque recessiva rispetto all'interesse prevalente di profilassi internazionale, alla quale va ricondotta la disciplina della materia. La Consulta non evidenzia nemmeno l'esistenza di una sovrapposizione fra materie, e quindi non ripropone quei concetti che ha forgiato per situazioni di questo genere[47].

Certo, nel caso della sentenza n. 37/2021, la Corte, per evitare il sorgere di ulteriori conflitti tra Stato-Regioni, avrebbe potuto estendere il perimetro della potestà legislativa statale in materia sanitaria, fino a ricomprendervi anche la fissazione di misure di dettaglio, facendo ricorso a due argomentazioni distinte, eventualmente combinabili tra loro.

Una prima argomentazione poteva essere che i giudici costituzionali avrebbero potuto ritenere che la disciplina contenuta negli atti aventi forza di legge (decreti - legge n. 19/2020 e n. 33/2020), in quanto diretta a definire la normativa-quadro in materia di gestione dell'emergenza, fosse ascrivibile alla normativa di principio in materia di tutela della salute e, quindi, riconducibile allo Stato. La Consulta sarebbe potuta giungere a tale conclusione, considerando quella parte di giurisprudenza secondo cui nelle materie di competenza ripartita devono ritenersi vincolanti per le Regioni tutte quelle prescrizioni che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongano in rapporto di co-essenzialità e necessaria integrazione con le norme-principio che connotano il settore[48]. Ciò anche in considerazione del fatto che, come affermato dallo stesso Giudice delle leggi, nello svolgimento dei rapporti Stato-Regioni, la nozione di principio fondamentale "non può essere cristallizzata in una formula valida in ogni circostanza, ma varia a seconda del contesto"[49].

La Corte avrebbe potuto concludere che, tenuto conto del contesto emergenziale verificatosi a livello globale, la competenza statale nella fissazione dei principi fondamentali della materia non sia da intendersi come limitata all'individuazione degli obiettivi generali da perseguire, ma possa estendersi anche alla determinazione delle specifiche misure da adottare per fronteggiare l'emergenza, in quanto legate da un rapporto di co-essenzialità e di necessaria integrazione con la normativa di principio[50].

La Consulta, quindi, seguendo questa direzione avrebbe potuto confermare la competenza dello Stato a definire, in linea generale, le condotte utilizzabili per il

[47] G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *laCostituzione.info* del 21 marzo 2021.
[48] In tal senso le sentenze nn. 301/2013 e 437/2005 Corte cost.
[49] Così la sentenza n. 10/2016 Corte cost.
[50] L. CUOCOLO - F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, Saggi, in *Corti supreme e salute*, 1/2021.

contrasto al Covid-19, dando anche copertura alle disposizioni di cui all'art. 2 del decreto-legge n. 19/2020 e all'art. 1, commi 1-15 del decreto-legge 33/2020.

Questa soluzione sarebbe stata più idonea e rispettosa delle prerogative regionali. In questo modo, infatti, si sarebbe, sì, realizzata una limitazione dell'autonomia regionale, ma questa sarebbe stata motivata e colmata dalla natura eccezionale della situazione emergenziale in atto e, comunque, sarebbe stato mantenuto quantomeno l'obbligo per lo Stato di assicurare il coinvolgimento delle Regioni nella forma della consultazione; coinvolgimento che, invece, si è tramutato in una mera facoltà[51].

4. La profilassi internazionale e la qualificazione della competenza trasversale

Con riguardo alla materia della profilassi internazionale (art. 117, c. 2, lett. q)), il Giudice delle leggi nel pronunciare la sentenza ha ricondotto gli interventi per fronteggiare l'emergenza sanitaria alla competenza esclusiva dello Stato come già anticipato sia dall'ordinanza di sospensione dell'efficacia della legge valdostana (ordinanza n. 4 del 2021), sia dal comunicato stampa emesso in occasione della camera di consiglio.

Fin dalle prime righe della motivazione si legge che la profilassi internazionale "è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla"[52]. Il ragionamento seguito dalla Consulta è dunque categorico: se c'è una emergenza sanitaria in atto che coinvolge più Paesi e quindi di larga distribuzione geografica, lo Stato (e solo esso) può adottare *"ogni misura"*, tanto rimediale, quanto preventiva. La materia profilassi internazionale, infatti, si attua quando è necessario dare esecuzione a programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale, come accaduto nel caso *de quo*. Il coinvolgimento delle Regioni nel consentire una risposta tempestiva ed efficace all'emergenza Covid-19 non sembra essere contemplata.

La scelta della Corte di invocare la profilassi internazionale sembra dunque segnare un profondo mutamento nella delimitazione dei confini di tale materia. Nella sentenza n. 5 del 2018 la Corte riferendosi alla determinazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, afferma: "Pertanto, in questo ambito, ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongono in rapporto di co-essenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore"[53].

[51] Cfr. p.to 12 in diritto sent. 37/2021 Corte cost.
[52] Cfr. p.to 7 in diritto sent. 37/2021 Corte cost.
[53] Cfr. sent. 5/2018 Corte cost.

L'intenzione della Corte di ricondurre la disciplina della materia profilassi internazionale nella competenza esclusiva dello Stato è, come più volte ribadito, evidente. La Corte ripete in più punti della sentenza in commento che, a fronte di malattie contagiose capaci di diffondersi sul territorio nazionale e "anche oltre di esso", si manifesta "l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività"[54], facendo ricadere la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale, che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla[55].

In questo quadro, la materia della profilassi internazionale assume le sembianze di una "clausola di supremazia implicita", che consente al legislatore nazionale di modulare l'intervento e il coinvolgimento del sistema regionale. Il tentativo di pietrificazione della profilassi internazionale risponde a una esigenza di certezza, a una strategia funzionale ad assicurare ordine nelle relazioni territoriali. Nell'emergenza sanitaria, spetta alla legge dello Stato – e, dunque, alle sedi nazionali di decisione politica – il compito di conferire forma giuridica ad interessi unitari attraverso la posizione di una serie di limiti, diretti e indiretti, alla legislazione regionale[56].

All'uopo, la Corte ha precisato che la legge statale non permette una politica regionale autonoma sulla pandemia, quand'anche di carattere più stringente rispetto a quella statale.

Quando si ragiona di tutela del bene salute e di tutela del diritto alla salute, sono chiamati in causa molteplici ambiti di competenze che quasi sempre si condizionano reciprocamente, si accavallano nelle concrete discipline, interferiscono e si sovrappongono dinamicamente.

Va sottolineato, anzitutto, che la tutela della salute è intersecata da molteplici competenze esclusive dello Stato aventi natura trasversale[57].

Come dimostra la pronuncia in esame ed evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale sin dalla prima applicazione della riforma del 2001, tra le materie attribuite dall'art. 117, secondo comma, della Costituzione alla competenza legislativa esclusiva statale, ve ne sono alcune il cui ambito non è circoscrivibile, rappresentando piuttosto degli obiettivi o valori di rango costituzionale.

Si fa riferimento alle cosiddette "materie trasversali": esse perseguono obiettivi che spingono il legislatore statale a dettare norme che ricadono su materie tipicamente regionali e ciò provoca naturalmente una frequente sovrapposizione tra le leggi dello

[54] Cfr. p.to 7 in diritto sent. 37/2021 Corte cost.
[55] S. CARITÀ, *La tutela della salute pubblica e l'ambito dei poteri emergenziali in deroga alle disposizioni vigenti ai tempi del coronavirus*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2020.
[56] C.CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questioni giustizia*, 13 aprile 2021.
[57] D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

Stato e quelle delle Regioni, un "intreccio di interessi" per dirla con le parole della Consulta. Interessi che si intrecciano con una pluralità di altri interessi, incidendo in tal modo su ambiti di competenza concorrente o residuale delle regioni (sentenze n. 171 del 2012, n. 235 del 2011, n. 225/2009, n. 12 del 2009, n. 345/2004, n. 272/2004). Con riferimento a tali materie, la dottrina e successivamente anche la giurisprudenza costituzionale, le ha definite "materie-funzioni" [58] o a volte "materie-compito" [59] o anche "materie non materie" [60].

Nella pronuncia la Consulta nega alla profilassi internazionale i caratteri di una materia trasversale in grado di attrarre a sé ogni intervento legislativo finalizzato a fronteggiare l'emergenza, senza alcuna forma di compensazione della competenza regionale, senza avviare quelle forme di coinvolgimento che rispondono al principio di leale collaborazione che in tante altre occasioni la giurisprudenza costituzionale ha imposto al legislatore statale. Al contrario, la Corte afferma, "la materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina"[61]. Scopo della Corte costituzionale è quello di evitare un svuotamento di competenze. La Corte ha preferito evitare la trappola delle materie trasversali, pur evocata in dottrina, perché comportano troppa ambiguità: il coordinamento, in una fase di crisi, va gestito direttamente dalla Stato quale unico protagonista della legislazione esclusiva della materia, senza troppi vincoli[62].

La Consulta per rafforzare ulteriormente tale argomentazione, ha evidenziato che la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (artt. 6, 7 legge 833/1978) dispone che la profilassi internazionale (e la profilassi delle malattie infettive e diffusive, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie), sia affidata alla competenza dello Stato (anche se la seconda tipologia di profilassi può essere delegata alle Regioni). Il Covid-19 deve considerarsi una malattia pandemica e, in quanto tale, internazionale, in ragione della diffusività che la caratterizza. Pertanto, non vi sono dubbi circa la materia della profilassi internazionale. Inoltre, la Corte di fronte ad una malattia così diffusiva per "ragioni logiche, prima che giuridiche"[63], giustifica una disciplina unitaria nazionale. In tal modo, si preserva l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e si tutela l'interesse della collettività[64]. Dopo un'articolata disamina, la Consulta conferma che "per quanto

[58] Cfr. sentenza n. 272 del 2004.
[59] Cfr. sentenza n. 336 del 2005.
[60] Cfr. il ritenuto in fatto della sentenza n. 228/2004.
[61] Cfr. p.to 7 in diritto sent. 37/2021 Corte cost.
[62] B. CARAVITA, *La Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 2021.
[63] Cfr. p.to 7.1 in diritto sent. 37/2021 Corte cost.
[64] Così sent. n. 282/2002 Corte cost. cfr. L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002; D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte*

fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti".

Di converso, invece, la Corte poteva valutare l'intervento statale in materia di profilassi internazionale come trasversale, ciò avrebbe consentito di riconoscere allo Stato una competenza esclusiva in grado di spingersi fino all'individuazione della singola prestazione, escludendo la competenza regionale. Al contrario, però, tutto l'ambito materiale non interessato dall'intervento unitario statale sarebbe stato rimesso al normale riparto di competenze, con la conseguenza che – laddove competenti – le Regioni possono intervenire tanto con leggi, quanto con atti amministrativi[65].

Quello che è certo è che la posizione delle Regioni speciali non si differenzia affatto da quella delle Regioni ordinarie e che nulla hanno da far valere, a tutela della propria legislazione, di fronte all'intervento dello Stato in materia di profilassi internazionale.

Si poteva porre rimedio, invece, rafforzando anche le funzioni della conferenza Stato-Regioni, valorizzandone il compito, portandola al centro del contrasto alla pandemia al fine di trovare una soluzione unitaria per ogni profilo di gestione della crisi.

La Consulta se avesse optato per tali soluzioni, avrebbe lasciato non pochi spazi alle Regioni, sia autonome che a statuto ordinario, invece che riconoscere al massimo la competenza amministrativa, nei limiti in cui ciò non viene ammessa dallo Stato [66]. Stato che deve cercare l'intesa con le Regioni facendo in modo che le norme statali vincolino le Regioni solo come principi senza impedire a queste di legiferare. Tuttavia, è facile intuire che questa situazione renderebbe incerto il confine tra le competenze dei due enti territoriali favorendo ulteriormente il conflitto.

A 20 anni dalla riforma costituzionale del Titolo V, le logiche collaborative fra Stato e Regioni e, nella prassi, la presunta netta distinzione di competenze fra Stato e Regioni, ha offerto un ben debole riparo alle competenze legislative regionali da una

---

costituzionale, in *Giur. cost*., 2002, 2034 ss. Così sent. n. 338/2003 Corte cost. nella quale, tuttavia, la Corte ammette la possibilità di un intervento regionale, sempre nel rispetto dei principi fondamentali statali, per dettare norme di organizzazione e di procedura, anche al fine di meglio garantire l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati a impieghi eccezionali e ben mirati.

[65] L. CUOCOLO – F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, Saggi, in *Corti supreme e salute*, 1/2021.

[66] Cfr. il p.to 7.1 in diritto, della sent. 37/2021, dove la Consulta dichiara che *"Un'azione o un coordinamento unitario può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell'art. 118 Cost., per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, per il quale appaia invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni"*. L. CUOCOLO – F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, Saggi, in *Corti supreme e salute*, 1/2021.

legislazione statale che di certo non si è limitata a stabilire i principi fondamentali della materia[67].

5. La debole collaborazione tra Stato ed enti territoriali

Tale problematica si intreccia a sua volta con il principio di leale collaborazione.

Nella pronuncia in commento scompare dalla scena il principio di leale collaborazione che ha contribuito a governare in questo anno emergenziale le complesse relazioni fra Governo e Regioni. E non sorprende: il principio opera se in campo si fronteggiano due legislatori, sia pure con compiti diversi come nel caso della potestà concorrente, e se vi sono ipotesi di attrazione in sussidiarietà. La decisione del Giudice delle leggi si limita, invece, a un cenno del tutto ornamentale al principio, un riferimento che non cambia la sostanza del monopolio attribuito al legislatore statale.

Tutto questo fa capire come la sentenza in oggetto propone un modello di gestione alternativo al modello collaborativo fin qui molto faticosamente sperimentato nel dialogo fra Governo e Conferenza dei presidenti[68].

Pertanto, al forte accentramento dello Stato, fa da contraltare una forma "debole" di leale collaborazione[69] che si traduce in un mero parere[70].

È pur vero che l'attuale situazione emergenziale richiede veloci processi decisionali, ma nel caso di specie forse si è eccessivamente compresso il ruolo delle Regioni. Affinché il meccanismo possa avere esiti virtuosi occorre, tuttavia, che lo Stato impronti la sua azione con un atteggiamento collaborativo[71] .

In generale, il modulo collaborativo tanto sul versante dello Stato quanto su quello delle Regioni rappresenta la chiave di volta del sistema delle competenze statali e regionali; il vero fondamento dello Stato italiano al quale si devono uniformarsi i rapporti fra i diversi livelli di governo per essere riconducibili ad un ordinamento unitario tanto a livello nazionale (art. 5 Cost.) che a livello europeo (art. 4, par. 3, TUE)[72].

Nella gestione della presente emergenza non sembrano del tutto sufficienti le seguite forme di coordinamento tra istituzioni[73]. Sembra venir meno proprio questo

---

[67] Fra le analisi più recenti v. D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018; R. BALDUZZI e D. PARIS *La specialità che c'è, ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale,* Saggi, in *Corti supreme e salute*, 1/2018.

[68] G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana),* in *laCostituzione.info* del 21 marzo 2021.

[69] Così G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, al *sito internet* www.biodiritto.org.

[70] Si vedano le premesse dei numerosi dd.PP.CC.mm. che si sono succeduti a partire dal 23 febbraio 2020: i Presidenti delle singole Regioni e della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome sono sempre soltanto "sentiti".

[71] Si vedano le ordinanze delle Regioni Emilia-Romagna, Friuli Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte e Veneto, adottate il 23 febbraio 2020, d'intesa col Ministro della salute. In questa occasione sono state, invece, le Regioni a chiedere un'intesa con lo Stato.

[72] Art. 4, par.3, TUE *"In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati"*.

[73] E. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali. Aspetti problematici.....e rischiosi*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 1334, parla di «frammenti sparsi di un non-dialogo tra le stesse Regioni nonché tra queste ultime e lo Stato, che produce l'effetto di ingenerare

principio di leale collaborazione[74] che dovrebbe caratterizzare, invece, il rapporto tra lo Stato e le Regioni, soprattutto in una situazione come quella l'attuale emergenziale[75].

La Consulta, nella sentenza in oggetto, riconduce il principio di leale collaborazione come questione di mera "opportunità"[76]. La Corte, seguendo questo ragionamento, definisce la scelta dello Stato di prevedere un percorso di leale collaborazione con il sistema regionale in sede di adozione dei D.P.C.M., sia pure nella forma più debole del parere. Una "soluzione normativa consona", considerata l'ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia e la circostanza che lo Stato deve valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche[77]. Quindi una soluzione "consona"[78], ma non necessaria a parere del Giudice delle leggi, in quanto lo Stato potrebbe legittimamente farne a meno, ove lo ritenesse opportuno per potere perseguire in maniera più efficace i propri programmi[79].

6. Conclusioni: una formula per regolamentare la situazione epidemiologica

Le attività di contenimento e di gestione alla pandemia hanno fatto emergere un ordinamento di carattere duale e concorrenziale, in cui Stato e Regioni non riescono a coordinarsi, alimentando così i conflitti tra l'unità da preservare e le istanze autonomistiche[80].

In questa dialettica che dovrebbe essere collaborativa per assicurare il miglior servizio alla collettività, emerge, invece, la vulnerabilità della competenza regionale in materia di tutela della salute evidente anche in relazione alle numerosissime ipotesi di intreccio e sovrapposizione con le altre voci enumerate negli elenchi costituzionali: ad esempio, la tutela dell'ambiente e l'ordinamento civile, entrambe assegnate in via esclusiva allo Stato, al pari della profilassi internazionale[81].

Il Giudice delle leggi, con questa pronuncia, ribadisce che la disciplina della pandemia da Covid-19 diffusa a livello globale rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, a titolo di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.), a seguito della dichiarazione dello stato pandemico da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), cosi come vi rientra la tutela della salute, tale da imporsi anche all'autonomia speciale.

---

confusione, perplessità e sfiducia dei cittadini nelle istituzioni, nazionali e/o locali, oltre a sollevare non poche problematiche di ordine costituzionale».

[74] F. POLITI, "Diritto pubblico", Torino, 2015, 408, lo definisce come «criterio guida di tutte le relazioni istituzionali»; Cfr. A. D'ATENA, Osservazioni sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, in Giur.cost., 1972.

[75] C.EQUIZI, *Il difficile dialogo tra stato e regioni al tempo del coronavirus: dov'é la leale collaborazione?* in *Dirittifondamentali.it,* 2019.

[76] Cfr. p.ti 9 e 12 in diritto sent. 37/2021 Corte cost.

[77] Cfr. p.to 12 in diritto sent. 37/2021 Corte cost.

[78] Cfr. p.to 12 in diritto sent. 37/2021 Corte. cost.

[79] L. CUOCOLO - GALLARATI F., *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, Saggi, in *Corti supreme e salute*, 1/2021.

[80] Sul punto, V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 1/2020, 985

[81] D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

La rilevanza e l'urgenza di approcci unitari sono senz'altro oggettivamente constatabili, considerato l'impatto dell'emergenza pandemica sull'eguaglianza nel godimento dei diritti individuali.

Tuttavia, la nettezza con cui la Corte afferma il carattere assorbente della competenza statale in materia di profilassi internazionale, con conseguente integrale estromissione del ruolo normativo regionale, è indubbia.

La Consulta nel riportarsi alla tutela di interessi generali ha interpretato estensivamente la nozione di principio fondamentale fino a sovrapporla in taluni casi a quella di norme generali ed ha accreditato soluzioni che evidenziano una tendenza centripeta, politicamente orientata a restringere la sfera di competenza regionale, anche nel rinnovato disegno a forte vocazione autonomista tratteggiato dalla riforma del 2001[82].

Nel solco di tale giurisprudenza, sono stati ritenuti principi fondamentali in materia di salute norme fra loro assai eterogenee, spesso contraddistinte da un grado di dettaglio così elevato da incidere intensamente sulla competenza regionale.

Allora resta da chiedersi sulla legittimità dell'impianto, sul fatto che il rapporto grave emergenza/esercizio di un potere per contrastarla possa essere effettivamente giustificato o se, al contrario, bisogna rassegnarsi ad una sorta di "temporaneità indefinita che si allontana da quel limite temporale che autorizza una deroga al normale assetto del potere"[83].

In questo senso, si materializza un'ulteriore svolta nella giurisprudenza costituzionale, che sembra annunciare una nuova visione centralista nei rapporti tra Stato e Regioni soprattutto nel fronteggiare eventi straordinari di rilevanza mondiale come quello pandemico.

Ma anche sul punto, allora, servirà un nuovo intervento della Corte, per chiarire il confine dei poteri che la nostra Carta costituzionale può giungere a riconoscere al decisore politico nei periodi emergenziali[84].

---

[82] R. TONIATTI, *Le prospettive di revisione costituzionale e l'ipoteca neo-centralista sulla riforma dell'ordinamento regionale,* in *Rivista AIC*, 2/2013, *passim;* G. GARDINI, *Centralismo o secessione: il dilemma (sbagliato) di un ordinamento in crisi*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2013, pp. 5 ss. Nello stesso senso, S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 3/2012, p. 618, sebbene l'Autore ricolleghi la posizione assunta dal giudice costituzionale alla debolezza delle istituzioni locali, specialmente nel Mezzogiorno.

[83] M. PATRONO, Sentieri virali. Diritto internazionale e politica globale dopo la pandemia: Homo Sapiens, Modena, 2021, 58.

[84] M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato- Regioni*, in *Consultaonline*, 1/2021.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Misure anticrisi e prospettive di solidarietà economica per l'integrazione europea

di Benedetta Celati*

23 luglio 2021

Sommario: 1. Coesione e condizionalità: i due volti della solidarietà economica europea. – 2. La mutualizzazione del debito e i limiti dei Trattati. – 3. Il difficile completamento dell'Unione bancaria tra responsabilità economica e condivisione dei rischi. – 4. Il *Next Generation Eu* e il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. – 5. Dal governo della crisi al diritto della crisi nel processo di integrazione europea.

1. Coesione e condizionalità: i due volti della solidarietà economica europea

La solidarietà costituisce, notoriamente, un principio fondativo dell'Unione europea oltre che un elemento chiave per il suo sviluppo[1].

Nel processo di integrazione economica, la stessa, in quanto emblema dell'"unità nella differenza"[2], appare contraddistinta dalla presenza di un inestricabile connubio con la dimensione della responsabilità, fondamento per la creazione di un rapporto di

---

* PhD in Diritto pubblico e dell'economia e borsista di ricerca nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

[1] Per il principio-valore della solidarietà si veda l'art. 2 del Tue, a tenore del quale: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Cfr. R. BIEBER, F. MAIANI, *Sans Solidarité Point d'Union Européenne. Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile*, in *RTD eur*., fasc. 2, 2012, pp. 295-327. Cfr. anche G. MORGESE, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *Eurojus*, n. speciale intitolato *"L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive"*, 9 giugno 2020, p. 86. Per il ruolo del principio di solidarietà nel diritto europeo, si veda poi A. BIONDI, E. DAGILYTE, E. KÜÇÜK (a cura di), *Solidarity in Eu Law: Legal Principle in the Making*, Cheltenham (Uk), Edward Elgar Publishing, 2018.

[2] «Unita nella diversità» è il motto scelto per l'Unione europea, che risulta, infatti, costruita sulla valorizzazione delle differenze, ovvero sulla coesistenza di identità, alterità e pluralismo. Si riferisce, nell'analisi del processo di integrazione europea, alla c.d. antinomia tra la propensione a comporsi e quella a contrapporsi, G. AMATO, *Dall'idea di Europa alla costruzione europea*, in *Nomos*, fasc. 3, 2018, p. 2.

fiducia tra i Paesi membri nonché punto di composizione tra le istanze solidaristiche e quelle di stabilità[3].

Emerge in tal senso la grande "interferenza", anch'essa in qualche modo fondativa, del c.d. "nesso di condizionalità"[4], in forza del quale, a fronte della "concessione" di un sostegno finanziario da parte dell'Unione, lo Stato membro beneficiato si deve impegnare, in termini di reciprocità, ad adottare determinate misure interne[5], volte a garantire la sostenibilità della propria economia e finanza pubblica[6].

Siffatta configurazione della solidarietà economica europea è venuta in rilievo, in maniera specifica, nel 2010, con la crisi dei debiti sovrani[7], momento nel quale le lacune caratterizzanti il disegno della politica economica[8] stabilito dai Trattati hanno raggiunto la loro massima estrinsecazione. Come noto, infatti, alla centralizzazione della politica monetaria, di competenza esclusiva dell'Ue ovvero della Banca Centrale Europea (Bce), corrisponde la decentralizzazione delle politiche economiche e di bilancio, la cui conduzione – foriera di effetti redistributivi – rimane in capo agli Stati membri[9]. Da tale assetto asimmetrico sono derivate le condizioni perché la Bce, autorità tecnica,

---

[3] Si veda sul punto F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, in *Riv. trim. dir. econ*., fasc. 2, 2020, pp. 167-227. L'A. menziona il concetto di «comunità di solidarietà», evocato nella c.d. «sentenza Maastricht» del Tribunale costituzionale federale tedesco del 12 ottobre 1992 (*BVerfG*, Az. 2 BvR 2134, 2159/92, *BVerfGE* 89, 155), in contrapposizione alla c.d. «comunità di stabilità», alla quale sarebbe ascrivibile, invece, l'Unione europea. Cfr. anche R. IBRIDO, *Coordinamento delle decisioni di bilancio e sostenibilità del debito pubblico: ragionando sulla costituzione economica in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. econ*., fasc. 1, 2020, pp. 114 e ss.

[4] Sull'intreccio tra solidarietà e condizionalità, si veda A. SCHILLACI, *Dalla crisi economica alla crisi democratica: la sfida populista alla solidarietà e l'identità europea*, in *federalismi.it*, fasc. 13, 2020, pp. 15-39.

[5] Cfr. A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2017, p. 49.

[6] Con riguardo a quanto già affermato nella nota 3, si ricorda come nei Trattati sia stata mutuata l'impostazione tedesca, in forza della quale per gli Stati membri è possibile formare una «comunità di solidarietà» solo nella misura in cui venga assicurata la stabilità della moneta comune attraverso una stretta disciplina dei vincoli di bilancio. Sul punto, cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir*., fasc. 4, 2012, p. 547.

[7] Cfr. A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Riv. AIC*, fasc. 1, 2015, pp. 1-23; F. CAPRIGLIONE, G. SEMERARO, *Financial crisis and sovereing debt: The European Union between risks and opportunities*, in *Law Econ. Yrly. Rev*., fasc. 1, 2012, pp. 4 e ss. La crisi dei debiti sovrani ha fatto seguito, in Europa, alla crisi economico-finanziaria esplosa negli Stati Uniti nel 2007. Sul punto, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, Cedam, 2009; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., fasc. 1, 2009, pp. 45 e ss.; G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, Cedam, 2011; F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, Utet giuridica, 2014.

[8] Dal punto di vista normativo il riferimento è costituito dagli artt. 120-126 del Tfue e 136 Tfue (relativamente al c.d. regime speciale per l'Eurogruppo), nonché dal Protocollo n. 12 del Trattato di Lisbona, che contiene le disposizioni di dettaglio sulla procedura per disavanzi eccessivi. Cfr. D. SICLARI, *"Condizionalità" internazionale e gestione delle crisi dei debiti sovrani*, in *federalismi.it*, fasc. 2, 2015, pp. 2 e ss.

[9] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Unione monetaria e ruolo della BCE. Unione bancaria europea, SSM, SRM*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2016, pp. 533 e ss.

venisse investita, nei momenti di emergenza, di un autentico ruolo di supplenza[10] nella gestione del governo della crisi, ma anche per l'insorgenza di «una sotto-organizzazione autonoma» all'interno dell'Unione[11], la c.d. Eurozona, incardinata sull'esigenza di garantire una rigida disciplina europea delle politiche fiscali nazionali.

Emblematica a questo riguardo appare la modifica dell'art. 136 del Tfue[12], con l'introduzione della possibilità di istituire un meccanismo di stabilità per assicurare assistenza finanziaria agli Stati membri la cui moneta è l'Euro, assoggettandola, però, a una "rigorosa condizionalità"[13], che impone ai beneficiari l'accettazione di programmi di riforma e di interventi correttivi, al fine di provvedere all'"aggiustamento dei conti pubblici" e mantenere, così, la stabilità dell'Area Euro.

L'imperativo dell'austerità espansiva, quale soluzione offerta per far fronte alla recessione economica, ha reso infatti inscindibile la correlazione tra controllo della politica di bilancio – fondato sulla limitazione del potere dei Governi di praticare disavanzi e di accumulare debito[14] – e ausili finanziari.

---

[10] Cfr. G. LUCHENA, *La BCE vara il programma di* Quantitative Easing: *la forza del "dittatore benevolo" e il sonno del drago*, in *Diritto pubblico europeo – online*, fasc. 1, 2015, pp. 222 - 230; F. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace*, Firenze, Firenze University Press, 2016, pp. 487 e ss.

[11] Cfr. E. CHITI, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 6, 2019, pp. 681 e ss. L'autonomia dell'Eurozona è ulteriormente rafforzata dalla nascita, come sottolineato dall'Autore, di specifici apparati amministrativi distinti da quelli che operano per l'intera Unione. Accanto al Consiglio europeo, è sorto infatti il c.d. Vertice Euro (*Euro-Summit*), che riunisce i capi di Stato o di Governo dei paesi della zona Euro, mentre al Consiglio Economia e finanza si è aggiunto l'Eurogruppo, limitato ai ministri delle Finanze dei Paesi della zona Euro; cfr. anche ID., *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 4, 2020, p. 437. Sottolineano come la centralità conferita all'Eurogruppo e la creazione del "Vertice europeo" costituiscano inoltre elementi di acquisizione di autonomia da parte degli Stati rispetto alle istituzioni, M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, *Il nuovo strumento di convergenza e competitività: verso una* "governance" *negoziata per l'UEM?*, in Dir. Un. Eur., fasc. 2, 2014, pp. 317-342.

[12] Avvenuta, secondo la procedura semplificata di cui all'art. 48, par. 6, del Tfue, con la decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 (2011/199/Ue).

[13] La modifica riguarda l'inserimento del par. 3 recante: «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Su questa base è stato possibile istituire il Meccanismo Europeo di Stabilità (Mes), organizzazione intergovernativa europea, attiva dal luglio del 2012, con l'obiettivo di fornire assistenza finanziaria ai Paesi dell'Area Euro che hanno (o rischiano in modo concreto di avere) gravi problemi di finanziamento. Sulla legittimità della procedura semplificata utilizzata per modificare l'art. 136 del Tfue, al fine di conferire una "veste costituzionale" al Mes, e sulla compatibilità di quest'ultimo col diritto europeo, si è pronunciata la Corte di giustizia (Seduta Plenaria), con la nota sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, Thomas Pringle contro *Governement of Ireland* e altri. Per un commento a tale sentenza, si veda, *ex multis*, P. MENGOZZI, *Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in *Studi sull'integrazione europea*, fasc. 1, 2013, pp. 129 e ss.; ID., *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario*, in Dir. Un. Eur., fasc. 1, 2020, 1, pp. 99-125.

[14] Sono da ricordare, in quest'ottica, i due pacchetti legislativi denominati *Six Pack* e *Two Pack*. Il primo, entrato in vigore il 13 dicembre 2011, introduce un'applicazione più rigorosa del Patto di stabilità e crescita. Il secondo, entrato in vigore nel maggio 2013, prevede un ulteriore rafforzamento della sorveglianza di bilancio per i paesi dell'Area Euro, concentrandosi, in particolare, sugli Stati soggetti

Al contempo, però, il principio di solidarietà economica europea risulta associabile anche alla necessità di prevedere strumenti precipuamente finalizzati alla correzione delle disuguaglianze e degli squilibri nello sviluppo tra gli Stati membri. Questa solidarietà di tipo riequilibratorio si traduce, secondo un legame espressamente previsto dall'art. 3, par. 3, del Tue[15], nel ben noto concetto di "coesione economica, sociale e territoriale"[16].

La politica di coesione, il cui obiettivo è «promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione»[17], costituisce infatti un vettore fondamentale di logiche redistributive, ritenute essenziali per realizzare l'Unione economica e monetaria, dal momento che contribuiscono a ridurre il livello di indebitamento e i disavanzi eccessivi negli Stati membri meno prosperi dal punto di vista economico, favorendo così la convergenza[18].

Tra i due poli della condizionalità e della coesione si è venuto a creare, nel tempo, un intreccio sempre più stretto, laddove la prima, a seguito della crisi, ha assunto una posizione centrale nel rafforzamento della *governance* economica europea e nella preservazione degli equilibri finanziari dell'intera Unione, andando a comprimere, e in parte riconfigurare, il raggio d'azione della seconda.

L'ingresso della condizionalità nelle politiche di coesione, ovvero nei fondi strutturali e di investimento europei (Sie), che della medesima sono mezzo di attuazione, è invero ben più risalente, essendo riconducibile al 1994, quando veniva introdotta, per la prima volta, nel Fondo di Coesione, la c.d. condizionalità macroeconomica[19], poi estesa a tutta la materia dei fondi Sie con la programmazione

---

alla procedura di *deficit* eccessivo o con difficoltà nel mantenimento della stabilità finanziaria. Infine, sempre per rinsaldare la disciplina di bilancio, nel 2012, è stato firmato il Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla *Governance* dell'Unione economica e monetaria.

[15] Art. 3, par. 3 Tue «l'Unione promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri». L'art. 120 Tfue prevede, del resto, che gli Stati membri attuino la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione di cui all'art. 3 Tue.

[16] La triplice accezione è riconducibile al Trattato di Lisbona, che ha aggiunto la dimensione territoriale a quella economica e sociale. Con Lisbona, la coesione assume il ruolo di politica trasversale nel perseguimento di qualsiasi altra politica di competenza dell'Unione. La stessa veniva introdotta nel Trattato Cee da parte dell'Atto Unico europeo, nel 1986, al fine di fronteggiare il diverso sviluppo delle Regioni europee, favorendo il ravvicinamento di quelle meno progredite a quelle più ricche, cfr. G. ASARO, *Il principio di solidarietà nella politica di coesione: recenti sviluppi alla luce della crisi migratoria*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, fasc. 1, 2019. Sulle politiche di coesione, *ex multis*, cfr. A. PREDIERI (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1996.

[17] Art. 174, par. 1, del Tfue.

[18] Si tratterebbe di una concezione della solidarietà basata sul c.d. *enlightened self-interest*, su cui cfr. S. FERNANDES, E. RUBIO, *Solidarity within the Eurozone: how much, what for, for how long?*, in *Notre Europe - Jacques Delors Institute*, Policy Paper 51, 2012, disponibile al *link*: *https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/solidarityemus.fernandes-e.rubionefeb2012.pdf.*

[19] Si veda il regolamento (Ce) n. 1164/94, del 16 maggio 1994, istitutivo del Fondo di coesione. In particolare, l'art. 6, rubricato «Assistenza condizionata», stabiliva, al par. 1, che : «In caso di decisione presa dal Consiglio, il quale constati, conformemente all'articolo 104 C, paragrafo 6 del trattato, l'esistenza di un disavanzo pubblico eccessivo in uno Stato membro, e se la decisione non viene abrogata ai sensi del paragrafo 12 di detto articolo entro un anno o entro qualsiasi altro termine stabilito per

2014-2020[20], al fine di imporre un adeguamento delle politiche nazionali alla rinnovata *governance* economica europea.

Tale estensione della condizionalità macroeconomica, come sottolineato dalla dottrina[21], rispondeva, nelle intenzioni della Commissione, a una duplice finalità: aumentare l'efficacia e l'efficienza della politica di coesione, rendendola al contempo strumento di *enforcement* delle norme del Patto di stabilità e crescita.

Se chiare appaino le intenzioni, coerenti con la politica di rigore adottata dalle Istituzioni europee a seguito della crisi, meno evidente sembra essere il risultato ottenuto con riguardo alla compatibilità tra un approccio correttivo-sanzionatorio, fondato sulla sospensione totale o parziale degli impegni o dei pagamenti relativi ai programmi di uno Stato membro (il c.d. braccio correttivo della condizionalità macroeconomica negativa)[22] e la natura solidaristica dei fondi strutturali. A essere

---

correggere il disavanzo in una raccomandazione formulata ai sensi del paragrafo 7 del medesimo articolo, il Fondo non finanzia, per tale Stato membro, alcun nuovo progetto e, in caso di progetti di grande portata da realizzare in varie fasi, alcuna nuova fase di progetto». L'applicazione della condizionalità macroeconomica riguardava unicamente la procedura per i disavanzi eccessivi. Col regolamento (Ce) n. 1084/06, dell'11 luglio 2006, che istituisce un Fondo di coesione e abroga il regolamento (Ce) n. 1164/94, venivano inserite due significative modifiche: la previsione per cui, oltre alla decisione del Consiglio sull'esistenza di un disavanzo pubblico eccessivo nello Stato membro beneficiario, per procedere a una sospensione fosse necessaria anche la determinazione, conformemente all'art. 104, par. 8, Tce, che lo Stato membro interessato non avesse dato seguito effettivo alle raccomandazioni formulate dal Consiglio ai sensi del par. 7 dello stesso articolo, al fine di far cessare la situazione di disavanzo; l'introduzione di una maggiore discrezionalità in capo al Consiglio nel decidere della sospensione dei pagamenti. A questa sanzione è stato fatto ricorso una sola volta, nel 2012, contro l'Ungheria, sebbene poi il procedimento sia stato revocato prima che la sospensione potesse produrre effetti, trattandosi di uno Stato che si presentava fortemente debilitato dal punto di vista economico. Si veda M. FISICARO, *Condizionalità macroeconomica e politica di coesione: la solidarietà europea alla prova dei vincoli economico-finanziari*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, fasc. 2, 2019, pp. 413 e ss.

[20] *Ibidem*. Con la programmazione 2000-2006, la condizionalità è stata aggiunta ai vari principi fondamentali – concentrazione, programmazione, partenariato e addizionalità – che animano la configurazione dei fondi. In relazione al periodo di programmazione 2014-2020, la condizionalità nei fondi Sie è stata estesa in maniera significativa, attraverso la previsione di condizionalità macroeconomiche, *ex ante*, *in itinere* ed *ex post*. Il regolamento (Ue) n. 1303/2013, del 17 dicembre 2013, recante *disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (Ce) n. 1083/2006 del Consiglio*, all'art. 19 e nell'Allegato XI disciplina la condizionalità *ex ante*, mirante a verificare la capacità degli Stati membri di disporre di un assetto normativo e organizzativo adeguato per conseguire gli obiettivi dei fondi strutturali e di investimento. La condizionalità *ex ante* è articolata in condizionalità "tematiche", "settoriali" e "generali" (legate a obiettivi orizzontali e applicabili a tutti i fondi). La condizionalità *in itinere* è volta a verificare che gli Stati membri siano in grado di confermare le proprie capacità gestionali in corso d'opera. La condizionalità *ex post* chiede invece agli Stati membri di dimostrare la propria capacità gestionale alla conclusione del periodo di programmazione. L'art. 23 del regolamento prevede infine la c.d. condizionalità macroeconomica, atta a garantire che l'efficacia dei fondi Sie non sia condizionata da politiche macroeconomiche inadeguate.

[21] *Ivi*, p. 421.

[22] Nel regolamento (Ue) n. 1303/2013, il capo IV, intitolato «Misure collegate a una sana *governance* economica», prevede due ipotesi di condizionalità macroeconomica: una *negativa* (art. 23) e una *positiva* (art. 24). La prima agisce a fronte del mancato rispetto di determinate condizioni, stabilendo la

stigmatizzato è, in particolare, il disallineamento tra destinatari delle sanzioni – sovente le Regioni più svantaggiate – e i responsabili effettivi dei disavanzi, ovvero i Governi centrali[23].

Si tratta, peraltro, di una discrasia ontologica, dovuta al contrasto tra due impostazioni divergenti, quella profondamente centralizzata, che caratterizza la *governance* economica, e l'impostazione multilivello, su cui si struttura invece la politica di coesione[24].

Inoltre, come è stato sottolineato in alcune analisi[25], sono numerosi i limiti di questa soluzione, che pone lo Stato membro colpito dalla sanzione di fronte alla scelta tra finanziare in modo autonomo il progetto precedentemente soggetto al finanziamento europeo – con il conseguente aumento del proprio disavanzo di bilancio – oppure rinunciare all'intervento – venendo così meno, però, l'effetto perequativo della coesione. In entrambe le circostanze, le difficoltà economiche del Paese soggetto alla misura correttiva finiscono per risultare aggravate. Insomma, il ricorso alla politica di coesione come strumento di attuazione della *governance* economica europea solleva non pochi interrogativi critici.

Giova in tal senso richiamare quanto affermato dal Comitato economico e sociale europeo, in un parere del 2012, nel quale lo stesso si mostrava favorevole alla previsione di un rafforzamento della c.d. condizionalità *ex ante* ed *ex post* nei fondi strutturali dell'Ue, ma fermamente contrario alla condizionalità macroeconomica, «che penalizza regioni e cittadini che non hanno colpa delle decisioni macroeconomiche adottate a livello nazionale o europeo»[26].

---

sospensione degli impegni o dei pagamenti e si articola in un braccio preventivo, che consente alla Commissione di chiedere allo Stato membro di rivedere e modificare il suo contratto di partenariato e i programmi rilevanti, e in un braccio correttivo, con cui si può procedere alla sospensione totale o parziale degli impegni o dei pagamenti relativi ai programmi di uno Stato membro. La seconda, invece, viene denominata *positiva* perché associa, in senso premiale, al ricorrere di certe condizioni la previsione di un beneficio, corrispondente all'aumento del tasso di cofinanziamento previsto.

[23] Cfr. M. FISICARO, cit., p. 433.

[24] Cfr. M. JOUEN, *The macro-economic conditionality, the story of a triple penalty for regions*, in *Notre Europe - Jacques Delors Institute*, Policy Paper 131, 2015, disponibile al *link*: *https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/macroeconomicconditionnality-jouen-jdi-march15.pdf*. L'A. sottolinea come le autorità regionali e locali, in particolare, deplorino la "doppia penalizzazione" che verrebbe loro inflitta, non essendo responsabili per i disavanzi eccessivi nazionali ma venendo, di contro, direttamente coinvolte dagli effetti negativi della sospensione. La problematica riguarderebbe in modo specifico le Regioni più povere, nelle quali il tasso di investimenti è maggiormente dipendente dai fondi Sie.

[25] Cfr. in particolare S. VERHELST, *Linking Cohesion Policy to European Economic Governance: an Idea Up for Improvement*, European Policy Brief n. 3, settembre 2011, disponibile al *link*: *http://aei.pitt.edu/63518/*.

[26] Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante *disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca compresi nel quadro strategico comune e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione, e che abroga il regolamento (Ce) n. 1083/2006*, Com(2011) 615 definitivo – 2011/0276 (Cod) (2012/C 191/06) Relatore: Vardakastanis.

Una diversa lettura del ruolo della coesione nella composizione del rapporto tra solidarietà e responsabilità economica pare essere, invece, adesso prospettabile grazie agli interventi posti in essere per contenere gli effetti nefasti dell'emergenza sanitaria che ha investito l'Europa, e il resto del mondo, nel corso del 2020.

Innanzitutto, perché, nell'immediato, a venire rapidamente adattata è stata proprio la legislazione volta a disciplinare l'utilizzo dei fondi strutturali[27], con la finalità di garantire, mediante azioni di riequilibrio, il corretto funzionamento del mercato interno. In secondo luogo, perché la politica di coesione, a fronte delle disfunzioni arrecate dall'agire congiunto della pandemia e della crisi climatica, si presenta oggi come l'architrave delle misure per la ripresa, nell'ottica sia del rafforzamento delle economie nazionali indebolite dall'emergenza sanitaria, sia della trasformazione verde dell'Unione, con l'affermazione del concetto della "transizione giusta"[28], cardine del *Green Deal* Europeo.

Similmente a quanto già avvenuto in passato, si ritiene infatti necessario accompagnare i processi di riconversione industriale richiesti dalla transizione ecologica con misure di sostegno finanziario atte ad agevolare i territori che, per la loro dipendenza dai combustibili fossili, sono maggiormente esposti, anche in termini occupazionali, alle ripercussioni negative della stessa.

Seguendo una logica che possiamo ritenere analoga a quella con la quale veniva concepita la solidarietà alla base del Fondo di Coesione, cioè il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria e del mercato unico, mediante l'uniformazione dei tassi di crescita dei singoli Stati che lo compongono[29], è stata poi prevista, nello

---

[27] Si vedano: il regolamento 2020/460/Ue, del 30 marzo 2020, riguardante la *Coronavirus Response Investment Initiative* (CRII), *che modifica il regolamento recante disposizioni comuni sui fondi strutturali, il regolamento specifico inerente il Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (Fesr) il regolamento relativo al Fondo Europeo per gli Affari Marittimi e la Pesca*; il successivo regolamento 2020/558/Ue, del 23 aprile 2020, *che modifica i regolamenti (Ue) n. 1301/2013 e (Ue) n. 1303/2013 per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia di Covid-19*, denominato CRII *plus*, in cui sono state varate ulteriori misure di flessibilizzazione, in affiancamento a quelle già operanti nell'ambito del CRII. Sul tema, cfr. I. OTTAVIANO, *Il ruolo della politica di coesione sociale, economica e territoriale dell'Unione europea nella risposta alla COVID-19*, in *rivista.eurojus.it*, fasc. 3, 2020, pp. 123 e ss.

[28] Nell'ambito del *Green Deal*, la Commissione ha proposto la creazione di un Meccanismo per una transizione giusta che poggia su tre pilastri: il Fondo per una transizione giusta; il regime per una transizione giusta nell'ambito di *InvestEU*; uno strumento di prestito per il settore pubblico della Bei. Il Fondo per una transizione giusta è un nuovo strumento finanziario nel quadro della politica di coesione dedicato espressamente al sostegno di quei territori che devono far fronte a gravi sfide socio-economiche derivanti dalla transizione verso la neutralità climatica. Il concetto della giusta o equa transizione era già presente negli atti giuridici europei ben prima della proposta della nuova Commissione von der Leyn. Lo stesso veniva evocato, in particolare, nel Fondo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio per la riqualificazione professionale e il nuovo inserimento dei lavoratori, divenuto poi Fondo Sociale Europeo (Fse).

[29] Il Fondo di Coesione veniva originariamente concepito come strumento di natura temporanea per il periodo 1994-1999, al fine di sostenere i Paesi con un reddito nazionale lordo pro capite inferiore al 90% della media dell'Unione, che sceglievano di aderire a un programma di convergenza per entrare nell'Unione economica e monetaria (Uem). Nel 1999, in vista dell'ingresso di dieci nuovi Stati membri e alla luce delle difficoltà economiche di alcuni Paesi già facenti parte dell'Uem, si decise di prorogare

scenario predisposto per affrontare l'odierna crisi, la creazione di uno strumento basato su meccanismi di mutualizzazione del debito e sull'attribuzione alla Commissione non solo di poteri di coordinamento e controllo ma anche di una capacità diretta di indebitamento (v. *infra*, § 2 e § 4) .

La discontinuità rispetto alle precedenti misure anticrisi, incentrate sull'austerità, è netta ed è testimoniata soprattutto dalla decisione di sospendere il Patto di Stabilità per tutto il tempo necessario per permettere alle economie di riprendersi dalla crisi generata dalla pandemia, scelta che si riflette in un cambiamento di paradigma regolatorio[30], visibile anche nel diverso inquadramento della condizionalità macroeconomica nell'ambito del quadro finanziario pluriennale 2021-2027[31].

Gli obiettivi perequativi della politica di coesione appaiono pertanto, in questo contesto, come il volano con cui riabilitare in chiave solidaristica il processo di integrazione europea, elevando il mercato unico a strumento per assicurare, nello spirito del Trattato di Lisbona, l'effettività dei diritti sociali fondamentali.

I due volti della solidarietà economica, riassumibili nel concetto della "responsabilità redistributiva" trovano, infatti, nella previsione di un fondo europeo di ripresa un terreno fertile di incontro, laddove l'erogazione delle risorse fornite dall'Unione viene agganciata all'adozione da parte degli Stati beneficiari di specifiche politiche, secondo lo schema definito dalla dottrina della "condizionalità utile"[32], ovvero della conformazione – «protesa al perseguimento di un'azione virtuosa nel futuro» – agli obiettivi politici dell'Unione[33].

---

il fondo anche per il periodo successivo, cfr. S. FERNANDES, E. RUBIO, *Solidarity within the Eurozone: how much, what for, for how long?*, cit., p. 13.

[30] Sul tema cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *www.irpa.eu*, 10 novembre 2020, disponibile al *link*: *https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2020/11/Sistema-amministrativo-RRF.pdf.*

[31] Negli accordi politici provvisori tra Consiglio e Parlamento, del dicembre 2020, riguardanti il Regolamento contenente le disposizioni comuni sui fondi strutturali per il periodo 2021-2027, è stata infatti alleggerita la disposizione riguardante la condizionalità macroeconomica (art. 15), in linea con molte richieste presentate dall'Italia nel quadro delle decisioni assunte dal Consiglio europeo il 21 luglio 2020. In particolare, viene eliminato il potere della Commissione di intervenire direttamente a sospendere i pagamenti nel caso in cui lo Stato membro ometta di adottare un'azione efficace in risposta a una richiesta di revisione dei programmi per l'attuazione di una raccomandazione specifica del Consiglio al Paese. Inoltre, la sospensione non si applica fino al 2023 e dopo il 2026 e non può essere riferita allo stesso programma operativo per due anni consecutivi. È stata poi ripristinata la previsione per cui sono modificabili le disposizioni sulla condizionalità macroeconomica in caso di importanti cambiamenti nella situazione socioeconomica dell'Unione. Il Parlamento ha infine approvato, nel dicembre 2021, anche la c.d. *rule of law conditionality*, volta a tutelare il bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto, su cui cfr. 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*.

[32] Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 6, 2020, pp. 151 e ss.

[33] Tra cui, principalmente, la digitalizzazione e la transizione verde, in linea con il *Green Deal* e la nuova politica industriale europea. Cfr. M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma*: il rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2021.

Nel prosieguo della trattazione verrà quindi proposta l'analisi di questa evoluzione prospettica legata alla riemersione della solidarietà economica quale motore immobile del progetto europeo, andando a esaminare come la condivisione dei rischi, risultato che, peraltro, rimane ancora da raggiungere compiutamente all'interno dell'Unione bancaria (v. *infra*, § 3), sembri costituire il perno di possibili trasformazioni istituzionali nell'ottica della graduale costruzione di un'Unione fiscale *in fieri*.

2. La mutualizzazione del debito e i limiti dei Trattati

Dal quadro sin qui tratteggiato è venuto in rilievo come lo «spirito di solidarietà» stia tornando a svolgere una funzione propulsiva nel processo di integrazione europea.

Con riferimento alla politica economica, tale significativa locuzione è contenuta nell'art. 122, par. 1, del Tfue[34], che consente un intervento del Consiglio in situazioni di crisi economica degli Stati, menzionando alcune ipotesi che non costituiscono una lista chiusa[35]; al secondo paragrafo, invece, esso reca la previsione secondo la quale l'Unione può fornire, a determinate condizioni, un'assistenza finanziaria temporanea e *ad hoc* a uno Stato membro che si trovi «in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che esulano dal suo controllo». Siffatta disposizione è stata analizzata accuratamente dalla giurisprudenza europea[36], che ne ha sancito la non assoggettabilità ai limiti di cui all'art.

[34] L'espressione si rinviene anche nell'art. 222 del Tfue, al par. 1, che recita: «L'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo», nonché nell'art. 194 Tfue, par. 1, secondo cui gli obiettivi della politica energetica dell'Unione vanno perseguiti «in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri».

[35] «Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia». cfr. F. SCIAUDONE, *Art. 122 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, Giuffrè, 2014, pp. 1311 e ss.

[36] Il riferimento è ancora alla sentenza *Pringle* del 27 novembre 2012 (causa C-370/12, Thomas Pringle contro *Governement of Ireland* e altri), nella quale la Corte di giustizia ha chiarito che, sebbene l'art. 122 Tfue riguardi solamente l'assistenza finanziaria concessa dall'Unione, lo stesso ammetterebbe altresì la possibilità per gli Stati membri di prestarsi assistenza reciproca, mediante un meccanismo *ad hoc*. La solidarietà tra gli Stati, a determinate condizioni, non può infatti risultare in contrasto con la solidarietà dell'Unione e non può considerarsi incompatibile con i Trattati. Cfr. T. RUSSO, *Solidarietà e democrazia nella crisi economica degli Stati della zona euro: considerazioni sul caso Anagnostakis*, in *federalismi.it*, fasc. 9, 2018, pp. 2 e ss.

125 del Tfue[37] – ovvero al c.d. divieto di *bailout*, «regola baricentrica della disciplina dell'euro»[38] –, e all'obbligo del ricorso alla condizionalità[39].

L'articolo 122 – nel quale è espressa una "clausola di solidarietà" che permette di rimanere nel diritto dell'Unione senza entrare nell'ambito della cooperazione intergovernativa[40] –, nel contesto della Grande Recessione è stato utilizzato per creare il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (Mesf), finalizzato ad aiutare gli Stati membri investiti dalla crisi economico-finanziaria, preservando in questo modo la stabilità dell'intera Unione[41]. Si è trattato di una misura a carattere temporaneo, strettamente legata alla necessità di offrire un ausilio destinato a cessare col superamento dell'emergenza.

Con analogo intento, nell'attuale crisi pandemica, l'Unione ha istituito il fondo *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* (Sure), anch'esso rinveniente la propria base giuridica nell'art. 122 del Tfue[42]. Il Sure, operando attraverso l'erogazione di prestiti sostenuti da un sistema di garanzie degli Stati membri nei confronti dell'Unione[43], sembra rappresentare, pur essendo uno strumento solo temporaneo, un primo passo effettivo verso l'istituzionalizzazione del principio solidaristico come elemento cardine delle misure anticrisi a livello europeo. Tale programma, come è stato osservato, presenta infatti una significativa componente (re-)distributiva a livello territoriale, emergendo, all'interno dell'Unione, in particolare due

[37] Nella sentenza Pringle (causa C-370/12, Thomas Pringle contro *Governement of Ireland* e altri), la Corte di giustizia ha specificato che l'art. 125 «non è diretto a vietare all'Unione e agli Stati membri la concessione di qualsiasi forma di assistenza finanziaria ad un altro Stato membro» e che se lo stesso vietasse qualsiasi assistenza finanziaria da parte dell'Unione o degli Stati membri ad un altro Stato membro, l'articolo 122 Tfue avrebbe dovuto precisare che esso ne costituisce una deroga.

[38] Cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., p. 546.

[39] Cfr. F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla Pandemia Covid-19 (SURE): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *Sidiblog*, 5 aprile 2020, disponibile al link: *http://www.sidiblog.org/2020/04/05/la-proposta-della-commissione-di-uno-strumento-contro-la-disoccupazione-generata-dalla-pandemia-covid-19-sure-un-passo-nella-giusta-direzione-ma-che-da-solo-non-basta/*.

[40] Cfr. A. PITRONE, *Covid-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *I Post di AISDUE, II (2020) Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione",* n. 8, 23 maggio 2020, disponibile al *link*: *https://www.aisdue.eu/anna-pitrone-covid-19-uno-strumento-di-diritto-dellunione-europea-per-loccupazione-sure/*.

[41] Cfr. regolamento (Ue) n. 407/2010 del Consiglio dell'11 maggio 2010 *che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria*. L'Unione europea ha utilizzato tale strumento per concedere prestiti all'Irlanda e al Portogallo e un finanziamento ponte alla Grecia.

[42] Cfr. regolamento (Ue) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 *che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (Sure) a seguito dell'epidemia di Covid-19*. Il 20 ottobre la Commissione europea ha emesso le prime due obbligazioni a titolo di Sure e il 27 ottobre l'Italia ha ricevuto la prima *tranche* dei circa 27,4 miliardi di Euro di prestiti Sure.

[43] Si tratta di un sistema di garanzie volontarie prestate dagli Stati membri. Il contributo di ciascuno Stato membro all'importo complessivo della garanzia corrisponde alla sua quota relativa del reddito nazionale lordo totale dell'Unione europea, sulla base del bilancio Ue del 2020.

gruppi di Paesi beneficiari: quelli dell'Europa meridionale e Centro-orientale, e l'Irlanda[44].

Esso costituisce un esempio di sistema europeo di mutualizzazione dei rischi sociali, fondato sull'emissione di titoli di debito comune – i c.d. *social bonds* – emessi dalla Commissione, Istituzione dell'Unione, e non da una organizzazione di diritto internazionale, come nel caso del Mes. Sul piano istituzionale simile passaggio può rivelarsi estremamente importante per segnare un'ulteriore cesura rispetto all'armamentario anticrisi predisposto nel contesto della crisi finanziaria dello scorso decennio[45].

Come già sottolineato, infatti, i limiti dell'architettura istituzionale dell'Unione economica e monetaria hanno comportato, in quella circostanza, risposte sviluppate «prevalentemente al di fuori del quadro del diritto dell'Unione Europea, attraverso il ricorso a strumenti formalmente di diritto internazionale, anche se sostanzialmente "europei"»[46].

Certo ogni scenario necessita di essere adeguatamente misurato con le regole dei Trattati, soggette a diverse letture ermeneutiche, ma comunque ancorate a un rigido principio di condizionalità, volto a garantire la responsabilizzazione dei Governi nazionali e a scongiurare il pericolo di un'"Unione dei trasferimenti". Questo si evince dal rigore espresso dall'art. 125 Tfue, che stabilisce il divieto per l'Unione di farsi carico degli oneri derivanti dalle scelte economiche attuate dai Paesi membri e, per i singoli Stati membri, degli impegni degli assunti da altri Stati membri, sancendo una chiara separazione tra il bilancio dell'Unione e il bilancio di questi ultimi. Insieme agli artt. 123 e 124, tale previsione[47] forma un trittico normativo, difficilmente aggirabile, che limita fortemente le possibilità di mutualizzazione del debito in Europa[48].

---

[44] Cfr. F. CORTI, *Crisi pandemica e solidarietà europea: SURE da strumento temporaneo a meccanismo permanente?* Osservatorio Internazionale per la Coesione e l'Inclusione Sociale, nota 2/2021, marzo 2021, disponibile al *link*: *https://osservatoriocoesionesociale.eu/wp-content/uploads/2021/03/Corti-SURE.pdf*.

[45] Offre un'analisi critica del fondo, sottolineando che lo spirito di solidarietà evocato dall'art. 122 del Tfue sarebbe da rinvenire unicamente nel fatto di poter avere accesso al mercato dei capitali, grazie al più elevato *credit rating* del Sure, a condizioni prevedibilmente più vantaggiose di quelle che sarebbero altrimenti possibili per Paesi con un elevato debito pubblico, come l'Italia, S. GIUBBONI, «In a spirit of solidarity between Member States». *Noterella a prima lettura sulla proposta della Commissione di una «cassa integrazione europea»*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 122, 2020, disponibile al *link*: *https://www.eticaeconomia.it/in-a-spirit-of-solidarity-between-member-states-noterella-a-prima-lettura-sulla-proposta-della-commissione-di-una-cassa-integrazione-europea/*. Per una lettura critica del Sure, cfr. anche F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, cit., p. 206.

[46] Cfr. A. BARAGGIA, *La condizionalità economica nella giurisprudenza della crisi: un'analisi comparata*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, fasc. 1, 2019, pp. 37-69.

[47] Gli artt. 123 e 124 vietano gli scoperti di conto o agevolazioni creditizie di qualsiasi tipo da parte di Bce e Banche Centrali nazionali e misure basate su considerazioni non prudenziali che forniscano accessi privilegiati a istituzioni finanziarie, cfr. C. DECARO, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, *op.cit*., 2016, pp. 25 e ss.

[48] Da leggersi in quest'ottica anche l'art. 126 del Tfue che regola la disciplina di bilancio imponendo agli Stati di evitare disavanzi pubblici eccessivi.

Eppure, qualche ambiziosa proposta in tal senso, in passato, è stata avanzata. Basti pensare agli *stability bonds* descritti in un Libro verde della Commissione europea del 2011 volto a delineare una potenziale traiettoria per l'emissione comune di debito pubblico, immaginando tre alternative, tra le quali figurava la garanzia congiunta di tutti i Paesi membri sui titoli emessi, opzione che, però, avrebbe richiesto necessariamente modifiche dei Trattati, e in particolare dell'art. 125 Tfue[49].

Come evidenziato dalla dottrina, tutte e le tre ipotesi potevano essere viste come fasi di un più articolato processo diretto verso una maggiore integrazione finanziaria[50]. In ogni caso una simile mutualizzazione del debito avrebbe consentito agli Stati membri, soprattutto in un momento di forte speculazione da parte dei mercati finanziari, come era quello che stava attraversando allora l'Europa, di ottenere finanziamenti a tassi uniformi[51].

Il problema di realizzare degli *stability bonds* assistiti da una garanzia solidale era però appunto costituito dalla necessità di operare una revisione significativa dei Trattati, prospettiva remota e soprattutto non adatta a fornire una rapida risposta a fronte di un'emergenza. Ciò non sarebbe stato necessario nel caso – ipotizzato anch'esso nella proposta della Commissione[52] – di una garanzia differenziata ovvero proporzionale[53].

La via intermedia, fondata sulla presenza di una duplice garanzia, congiunta e differenziata, comunque implicante modifiche dei Trattati, avrebbe potuto rappresentare un equilibrato compromesso per superare l'avversione di alcuni Stati intimoriti dal pericolo di azzardo morale, potenzialmente provocato da un simile assetto di condivisione dei rischi sovrani.

---

[49] Libro verde sulla fattibilità dell'introduzione di *stability bond*, Com(2011)818, del 23 novembre 2011. Sul tema cfr. F. DONATI, *Crisi dell'euro, "*governance*" economica e democrazia nell'Unione Europea*, in *Riv. AIC*, fasc. 2, 2013, pp. 1-13.

[50] Cfr. G. PITRUZZELLA, *Austerità finanziaria* versus *crescita economica nel dibattito sull'Eurosistema*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2012, pp. 427-430.

[51] F. DONATI, *Crisi dell'euro*, cit., p. 7.

[52] G. PITRUZZELLA, *Austerità finanziaria versus crescita economica nel dibattito sull'Eurosistema*, cit., pp. 37-38, ricorda che dopo la prima opzione, ovvero quella di una sostituzione totale dei titoli nazionali con gli *stability bonds*, emessi da un'agenzia centralizzata del debito, e con una garanzia congiunta di tutti i Paesi membri, la Commissione aveva previsto la possibilità sia della sostituzione parziale dei titoli nazionali con gli *stability bonds* con garanzia congiunta e differenziata, sia della sostituzione parziale dei titoli nazionali con gli *stability bonds* con garanzia differenziata «pro-quota» degli Stati membri dell'Eurozona.

[53] Come sottolineato da F. DONATI, *Crisi dell'euro*, cit., p. 7, «L'introduzione di *stability bond* assistiti da garanzie proporzionali non richiederebbe una modifica dei Trattati. Si tratterebbe infatti di un meccanismo per certi aspetti simile a quello già sperimentato per il Fesf e per il Mes, considerati compatibili con il divieto di salvataggio finanziario stabilito dall'art. 125 Tfue. Ben maggiore sarebbe invece l'affidabilità creditizia di *stability bonds* assistiti da una garanzia solidale da parte di tutti gli Stati che partecipano all'emissione congiunta. La sostituzione (in tutto o in parte) delle emissioni nazionali con questo tipo di *stability bond* consentirebbe pertanto a tutti gli Stati beneficiari dell'emissione congiunta di finanziarsi a tassi assai più favorevoli, indipendentemente dalla condizione delle rispettive finanze nazionali».

Tale ipotesi mediana riprendeva in parte il progetto dei c.d. *Blue Bond*, presentato, nell'ambito del dibattito sugli *eurobond*[54], dagli economisti Jakob von Weizsäcker e Jacques Delpla, in base al quale le emissioni si sarebbero potute scindere i due nuclei: da un lato, i *blue bond*, mutualizzati sino a un certo ammontare del prodotto interno di ciascuno Stato; dall'altro, i *red bond* nazionali. Con la scissione, la parte fino al 60% del Pil (*blue bond*) sarebbe stata garantita in solido da tutti gli Stati dell'Eurozona, mentre la parte eccedente tale soglia (*red bond*), non sarebbe stata coperta della garanzia solidale, offrendo un rendimento più elevato[55].

Il dibattito, seppure infruttuoso, ha avuto il pregio di stimolare una riflessione sulla possibilità di realizzare un'Unione fiscale mediante una maggior condivisione (anche se parziale) del rischio sul debito.

La questione dell'integrazione fiscale è riemersa in occasione della crisi pandemica, che ha offerto nuove prospettive per negoziare meccanismi di mutualizzazione e redistribuzione imperniati su logiche di tipo solidaristico, rappresentando altresì l'opportunità per analizzare i margini di manovra effettivamente consentiti, in tal senso, dal diritto europeo.

Con il Fondo *Next generation Eu* (v. *infra*, § 4), in particolare, sono nuovamente venute in rilievo le asperità costituite dai vincoli dei Trattati, e in particolare, oltre alla *no bail-out clause*, è stato richiamato il limite di cui all'art. 310 del Tfue, che stabilisce che «[t]utte le entrate e le spese dell'Unione devono costituire oggetto di previsioni per ciascun esercizio finanziario ed essere iscritte nel bilancio», oltre che «risultare in pareggio». La nuova e inedita struttura creata in base alla proposta della Commissione, fondata su prestiti contratti sui mercati finanziari, garantiti in solido da tutti gli Stati membri, implicando che la spesa dell'Unione sia finanziata da entrate future, solleva pertanto una questione di conformità al principio di pareggio di bilancio sancito da tale articolo, in forza del quale, per esempio, nel 2015 è stata negata la possibilità per

[54] Sugli *eurobond* si ricorda la nota proposta formulata da Jean-Claude Junker e Giulio Tremonti, incentrata sulla creazione di una *European Debt Agency*, che avrebbe dovuto sostituire lo *European Financial Stability Facility*, per emettere obbligazioni sovrane europee. La contrarietà della Germania ha impedito che il progetto venisse poi accolto. Cfr. A. QUADRIO CURZIO, *A proposito di* bond *europei*, in *Il Mulino*, fasc.1, 2011, pp. 282 e ss. Alla base del rifiuto tedesco vi era, oltre al timore di peggiorare i tassi ai quali finanziare il proprio debito pubblico, anche l'asserita incompatibilità degli *eurobond* con i Trattati, che impediscono la mutualizzazione del debito sovrano. Occorre leggere in continuità con questa posizione anche la recente sentenza *Weiss* del Tribunale costituzionale federale tedesco, del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, riguardante il *Quantitative Easing*, ovvero il programma di acquisto dei titoli di Stato realizzato, nel 2015, da parte della Bce. Sebbene la decisione esuli dall'analisi delle misure anticrisi adottate durante l'emergenza pandemica, è stata comunque interpretata come una conferma dell'opposizione della Germania alla possibile implementazione di strumenti europei che conducono a forme di mutualizzazione del debito. Sul punto, cfr. C. MARCHESE, *Il ruolo dello stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, in *Riv. AIC*, fasc. 1, 2021, pp. 232 e ss.; cfr. anche F. ANNUNZIATA, M. LAMANDINI, Weiss *e il diritto bancario dell'Unione. Banco di prova dei principi fondamentali del Trattato UE*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2020, pp. 1103 e ss.

[55] J. VON WEIZSACKER, J. DELPLA, *The Blue Bond proposal*, Policy Brief 3, Bruegel, 2010. Cfr. M. MINENNA, *Blue/Red Bonds (Delpla e Weizsäcker)*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 ottobre 2019.

l'Unione di emettere debito pubblico per finanziare il piano di investimenti per l'Europa[56].

Sul punto, un parere del servizio giuridico del Consiglio, del 24 giugno 2020, sulle proposte relative al *Next Generation Eu*, ha stabilito che il ricorso all'assunzione di prestiti per finanziare spese attraverso programmi dell'Unione, per mezzo di entrate con destinazione specifica esterne, non inciderebbe sulle entrate e sulle spese iscritte nel bilancio e, pertanto, non comprometterebbe il pareggio di bilancio. Tuttavia, nel parere si sottolinea altresì che «il ricorso a entrate con destinazione specifica esterne è soggetto a chiari vincoli e non può essere illimitato. Più specificamente, l'"assunzione di prestiti destinati a spese" non può diventare una caratteristica permanente del panorama di bilancio»[57].

Indubbiamente, un tale strumento, basato su sovvenzioni oltre che su prestiti, sebbene provvisorio e quantitativamente limitato, rimette in gioco l'idea della condivisione dei costi nell'ambito di una costruzione tutta interna all'Unione europea. Ciò consente un recupero di centralità da parte di quest'ultima, grazie, specificamente, al ruolo proattivo assunto dalla Commissione, che ha permesso, almeno in parte, il superamento dell'intergovernativismo caratterizzante la gestione della precedente crisi finanziaria[58]. Viene peraltro attenuata, in questo modo, anche quella impostazione, sinora maggiormente invalsa, che lega la solidarietà tra i Paesi alla distinzione tra Stati creditori e Stati debitori[59]

3. Il difficile completamento dell'Unione bancaria tra responsabilità economica e condivisione dei rischi

[56] Si vedano le risposte date, nel 2015, dalla Vicepresidente della Commissione Georgieva alle interrogazioni di alcuni parlamentari europei inerenti alla possibilità di emettere debito pubblico per finanziare il piano di investimenti per l'Europa. In particolare: Question reference: E-005201/2015, 3 giugno 2015: «*A distinction needs to be made between the possibility for the EU to issue public debt and the issuance of EU public debt in order to balance the EU budget, as suggested by the Honourable Member. Indeed, Article 310 TFEU does not prohibit issuing EU public debt. This is the case, for instance, to raise the funds needed for the financial assistance to Member States or third countries through back-to-back loans. These borrowing and lending operations are neutral from the budgetary point of view as no disbursement is requested and the new liability is fully matched by an asset; if a delay or a default by a borrower has to be compensated by the EU budget, this is done drawing on the own resources of the Union. However, as regards the obligation to balance the EU budget, the consistent interpretation over time of such Article is that the EU budget cannot be balanced by issuing public debt*»; Question reference: E-001662/2015, 23 novembre 2015: «*The Treaty establishes the principle of a balanced budget for the EU. Filling a gap between revenue and expenditure by issuing public debt is therefore not possible. The Investment Plan can therefore not serve to finance EU budget expenditure by issuing public debt. The Commission is at this stage not envisaging submitting proposals to modify the Treaty*».

[57] Parere del servizio giuridico del Consiglio, Bruxelles, 24 giugno 2020 (OR. en) 9062/20.

[58] Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, cit., p. 162.

[59] Su cui cfr. E. CHITI, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., pp. 438 e 442.

La prospettiva di una politica di bilancio europea basata sull'emissione di debito comune si incaglia, come abbiamo sottolineato, nei limiti posti dai Trattati. L'integrazione fiscale sembra, tuttavia, costituire, nel turbolento processo di unificazione che caratterizza l'Europa, il successivo inevitabile avanzamento, reso possibile dall'attuale emergenza, dopo la maggiore integrazione finanziaria realizzata in risposta alla precedente crisi. Il ragionamento si fonda su presupposti ipotetici poiché, come in una sorta di traiettoria segnata dalla presenza di un grande punto cieco, ci si muove secondo meccanismi di continuo assestamento degli equilibri, segnati da adattamenti alla contingenza capaci di mutare, gradualmente, il quadro d'insieme.

In questa evoluzione per passaggi, l'elemento di svolta in senso progressivo – dunque nella direzione di un più elevato tasso di sovranazionalità – o regressivo – orientato cioè verso l'affermazione di logiche di integrazione differenziata o, in termini ancor più radicali, verso la disgregazione – è rappresentato proprio dal rapporto tra condivisione e riduzione dei rischi. In specie, ad essere controversa è l'ammissibilità di uno scenario nel quale queste due dimensioni si rafforzano reciprocamente, senza necessariamente risultare contrapposte, ovvero senza subordinare in maniera inderogabile il concreto inveramento della prima al rafforzamento della seconda.

Emblematico banco di prova di un siffatto andamento incerto, contraddistinto da fughe in avanti e da battute di arresto, è l'Unione bancaria europea, una delle più interessanti e, nel contempo, complesse sfide istituzionali compiute dall'Europa in questi ultimi anni[60], che vede nel tema del bilanciamento tra riduzione dei rischi, sinonimo di responsabilità economica, e condivisione dei medesimi, in un'ottica di solidarietà, il proprio angolo di attrito.

Progetto nato dalla crisi finanziaria e volto a produrre un'ulteriore forma di cessione della sovranità da parte degli Stati dell'Eurozona, l'Unione bancaria disvela infatti in modo emblematico tutte le difficoltà di un processo il cui esito, una volta portato a compimento, sarà quello di creare anche dei meccanismi di mutualizzazione delle perdite. Non casualmente, le due componenti ancora in via di definizione di questa "istituzione a formazione progressiva"[61] sono la costituzione di un *fiscal backstop* al Fondo unico di risoluzione delle banche, nell'ambito del sistema di gestione delle crisi

[60] F. CAPRIGLIONE, *Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, Utet giuridica, 2013; ID., *Crisi bancarie e crisi di sistema. Il caso Italia*, in *federalismi.it*, fasc. 6, 2020, pp. 1 e ss., ove l'A. afferma che: «La nuova realtà normativa, indotta dalla costruzione dell'UBE, appare profondamente diversa da quella che a lungo ha contraddistinto il complesso disciplinare dei singoli Stati membri e, in particolare, quello dell'Italia. Essa si caratterizza per l'abbandono delle pregresse forme interventistiche – che per quanto criticabili sotto il profilo del "concorso sociale" nel ripianamento delle perdite delle banche in crisi riflettevano, comunque, uno spirito solidaristico – e per la riferibilità ad una tecnica procedimentale protesa all'osservanza di criteri volti ad assicurare una oggettiva equiparazione tra tutti coloro che operano nel mercato in vista di un incremento delle effettive possibilità concorrenziali».

[61] Cfr. M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 1 e ss.

bancarie[62], e la creazione di uno schema di garanzia comune per i depositanti degli istituti di credito soggetti al meccanismo unico di vigilanza.

Con riguardo alla prima, il 30 novembre 2020, l'Eurogruppo – il Consiglio dei ministri dell'economia e delle finanze dei Paesi che adottano l'Euro – ha raggiunto l'accordo politico definitivo sulla riforma del Mes[63], contenente anche la possibilità per quest'ultimo, anticipata all'inizio del 2022, di prestare un sostegno finanziario al Fondo unico di risoluzione per le banche[64], nel caso in cui le sue risorse non bastino a finanziare gli interventi che è chiamato a realizzare. Tale fondo è basato sulla mutualizzazione del rischio finanziario ed è alimentato dai contributi versati annualmente da tutte le banche dell'Area Euro, che vengono progressivamente condivisi, secondo un programma che giungerà pienamente a regime nel 2024[65]. Lo stesso, una volta completato, godrà di un capitale comunque ridotto, che potrebbe risultare insufficiente nel caso di una crisi sistemica. Per tale ragione si dimostra necessaria la creazione di un simile supporto esterno da parte del Mes.

Invece, per quanto attiene alla creazione di uno schema comune dei depositi, tipico strumento mutualistico improntato a logiche di solidarietà, il percorso deve ancora essere finalizzato.

Il fondo di tutela europeo – terzo pilastro dell'unione bancaria[66] –, se istituito, consentirebbe di garantire tutti i correntisti europei indipendentemente dal Paese in cui

[62] Il Fondo unico di risoluzione interviene dopo il Fondo nazionale di risoluzione dello Stato in cui ha sede la banca (costituito con i contributi delle banche domestiche), a sua volta intervenuto in via sussidiaria laddove le risorse degli azionisti e degli obbligazionisti subordinati si rivelino insufficienti.

[63] Nel mese di gennaio 2021 è stato poi firmato il Trattato di riforma del Meccanismo europeo di stabilità da parte degli ambasciatori degli Stati membri, atto che ha aperto la strada alla procedura di ratifica da parte dei Parlamenti nazionali.

[64] Sulla riforma del Mes, cfr. L. GIANNITI, *La riforma del Trattato istitutivo del MES e la governance economica dell'eurozona*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 1, 2020, pp. 305-319, il quale ricorda che nelle intenzioni della Commissione la funzione di prestare garanzia al Fondo di risoluzione unico avrebbe dovuto essere attribuita al Mes ma nelle nuove vesti "comunitarizzate" di Fondo monetario europeo; cfr. anche G. ANTONELLI, A. MORRONE, *La riforma del MES: una critica economica e giuridica*, in *federalismi.it*, fasc. 34, 2020, pp. IV-XXIII.

[65] Regolamento (Ue) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che *fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (Ue) n. 1093/2010*.

[66] Si veda la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che modifica il regolamento (Ue) n. 806/2014 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi*, Com(2015) 586 final, del 24 novembre 2015, 2015/0270 (Cod). Tale proposta fa seguito alle raccomandazioni contenute nella relazione dei cinque presidenti sul completamento dell'Unione economica e monetaria. Essa prevede, sinteticamente, l'istituzione di un sistema europeo di assicurazione dei depositi (Edis), come terzo pilastro dell'Unione bancaria, in tre fasi successive: un sistema di riassicurazione per gli Schemi di assicurazione dei depositi (Sgd) nazionali partecipanti, per un primo periodo di tre anni; un sistema di coassicurazione per gli Sgd nazionali partecipanti, per un secondo periodo di quattro anni e, a regime, un sistema di assicurazione completa per gli Sgd nazionali. Un Sgd nazionale può beneficiare dell'Edis solo se i suoi fondi sono costituiti secondo un preciso *iter* di finanziamento e se rispetta comunque le disposizioni fondamentali previste dal diritto dell'Unione.

si trovano[67]. Al momento però, grazie alla direttiva 2014/49/Ue[68], è stato raggiunto un traguardo che possiamo definire intermedio, mediante la previsione di una armonizzazione delle regole di funzionamento dei sistemi nazionali di garanzia dei depositi.

Come sottolineato dalla dottrina, tuttavia, «[i]n mancanza del completamento del terzo pilastro, il dissesto di una banca significativa ovvero l'insorgere di una nuova crisi sistemica potrebbero essere difficilmente gestibili dai fondi di garanzia nazionali»[69].

Pertanto, l'istituzione di uno schema comune di protezione dei depositi avrebbe la funzione di tutelare il sistema finanziario nel suo insieme[70], contribuendo a realizzare la finalità principale dell'Unione bancaria, ovvero l'interruzione del circolo vizioso tra le banche e il debito sovrano. Inoltre, mantenere un tale assetto incompleto comporta il rischio di rendere sempre più profonda la distanza tra i benefici della vigilanza unica e gli effetti negativi del nuovo complesso di regole sulle crisi bancarie[71], ben poco favorevole, nella prospettiva del rafforzamento del mercato unico, al conseguimento di obiettivi di convergenza economica tra gli Stati.

I negoziati sulla realizzazione di uno schema europeo di assicurazione dei depositi sono entrati in stallo a causa delle richieste di alcuni Stati, in particolare la Germania[72], volte a subordinare l'approvazione di un simile strumento alla previa adozione di misure di riduzione del rischio, ulteriori rispetto a quelle già adottate[73].

Per superare questa situazione di *impasse*[74], è stata proposta una soluzione di compromesso basata sulla creazione di un modello ibrido nell'ambito del quale il fondo

---

[67] Cfr. L. LIONELLO, *L'attuazione del progetto di unione bancaria europea. Problematiche e prospettive di completamento*, in *Dir. comm. int*., fasc. 3, 2017, pp. 651-678.

[68] Direttiva 2014/49/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. Essa porta a compimento il processo di uniformazione iniziato nel 1994, con la direttiva 94/19/Ce, essendo finalizzata a eliminare talune differenze tra le legislazioni degli Stati membri in questa materia, allo scopo di facilitare l'accesso all'attività degli enti creditizi, nonché l'esercizio della stessa.

[69] P. ROSSI, *Profili critici di una* Banking Union *incompiuta*, in Amministrazione in Cammino, 19 dicembre 2019, p. 12. L'A. sottolinea come con un sistema europeo di assicurazione dei depositi non ci sarebbero significativi sussidi incrociati tra gli Stati, neppure nel caso di *shock* legati a Paesi specifici, in quanto i contributi delle banche sarebbero proporzionali ai rischi, sulla base dei criteri Eba.

[70] Come sostenuto da Mario Draghi nel suo discorso tenuto, nel 2019, da Presidente della Bce, all'Accademia di Atene: «*Deepening public insurance by completing the banking union and strengthening fiscal union is not about creating a transfer union. It is about creating a euro area in which there is less need for public risk-sharing in future, because we have the instruments in place to stabilise crises more quickly, and because we have the right framework to allow private sector risk-sharing to develop more sustainably*». Cfr. M. DRAGHI, "*Stabilisation policies in a monetary union*" Speech at the Academy of Athens, Athens, 1 October 2019, disponibile al *link*: *https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2019/html/ecb.sp191001_1~5d7713fcd1.en.html*.

[71] P. ROSSI, *Profili critici di una* Banking Union *incompiuta*, cit., pp. 21-22.

[72] Cfr. D. HOWARTH, L. QUAGLIA, *The Difficult Construction of a European Deposit Insurance Scheme: a step too far in Banking Union*, in *J. Econ. Policy Reform*, fasc. 3, 2018, pp. 190-209.

[73] La proposta tedesca prevede anche l'introduzione di requisiti prudenziali sui titoli di Stato detenuti dalle banche.

[74] Si può ricordare che anche la condizionalità macroeconomica è stata introdotta nelle politiche di coesione come meccanismo volto a superare le difficoltà incontrate nelle trattative per la definizione del

europeo andrebbe a integrare piuttosto che sostituire la previsione di schemi nazionali, fornendo supporto di liquidità solo nel caso in cui questi ultimi non siano più in grado di farlo.

Gli schemi nazionali, dal canto loro, sono già coinvolti in logiche di solidarietà transnazionale in base al diritto europeo. L'art. 12 della direttiva 2014/49/Ue stabilisce infatti che gli stessi possano essere autorizzati dai rispettivi Stati nazionali a concedere prestiti ad altri schemi[75], assolvendo un compito di supplenza, seppure su base volontaria, rispetto all'assenza di un meccanismo istituzionale europeo di condivisione dei rischi.

In tal senso, occorre ricordare la nota *querelle* giurisprudenziale che ha visto coinvolti la Commissione europea e il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi italiano (Fitd), incentrata sull'inquadramento da parte della prima degli interventi preventivi del secondo, atti a scongiurare le crisi bancarie, come aiuti di stato illegittimi. La vicenda si è recentemente conclusa con una sentenza della Corte di giustizia del marzo 2021[76], che ha confermato la correttezza della decisione del Tribunale Ue[77],

---

quadro finanziario pluriennale per il periodo 2014-2020, laddove la principale questione critica era rappresentata dalla contrapposizione tra Paesi beneficiari netti e Paesi contributori netti in merito al livello dei finanziamenti.

[75] Art. 12 della direttiva 49/2014/Ue, rubricato *Concessione di prestiti tra SGD*: 1. «Gli Stati membri possono autorizzare gli SGD a concedere prestiti ad altri SGD all'interno dell'Unione, su base volontaria, purché siano soddisfatte le condizioni seguenti: a) l'SGD mutuatario non sia in grado di adempiere ai propri obblighi ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, a causa della mancanza dei mezzi finanziari disponibili di cui all'articolo 10; b) l'SGD mutuatario abbia fatto ricorso ai contributi straordinari di cui all'articolo 10, paragrafo 8; c) l'SGD mutuatario abbia assunto l'impegno giuridico di utilizzare i fondi presi a prestito per regolare i diritti a norma dell'articolo 9, paragrafo 1; d) l'SGD mutuatario non sia attualmente soggetto all'obbligo di rimborsare un prestito ad altri SGD a norma del presente articolo; e) l'SGD mutuatario indichi l'importo di denaro richiesto; f) l'importo totale preso a prestito non superi lo 0,5 % dei depositi coperti dell'SGD mutuatario; g) l'SGD mutuatario informi immediatamente l'ABE e indichi le ragioni per cui le condizioni di cui al presente punto sono soddisfatte e l'importo di denaro richiesto. 2. Il prestito è soggetto alle seguenti condizioni: a) l'SGD mutuatario deve rimborsare il prestito entro cinque anni. Può rimborsarlo in quote annuali. Gli interessi sono dovuti solo al momento del rimborso; b) il tasso di interesse fissato deve essere almeno equivalente al tasso per operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea durante il periodo del credito; c) l'SGD mutuante deve informare l'ABE del tasso di interesse iniziale e della durata del prestito. 3. Gli Stati membri assicurano che i contributi percepiti dall'SGD mutuatario siano sufficienti per rimborsare l'importo preso a prestito e ristabilire il livello-obiettivo quanto prima. Si veda anche il Considerando n. 37 della direttiva che recita: «La protezione dei depositi è un elemento essenziale per il completamento del mercato interno e un complemento indispensabile del sistema di vigilanza degli enti creditizi, a motivo del *vincolo di solidarietà* che crea tra tutti gli enti operanti su una medesima piazza finanziaria, in caso di inadempimento di uno di essi. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero poter consentire agli SGD di prestarsi reciprocamente denaro su base volontaria».

[76] Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione), del 2 marzo 2021, nella causa C-425/19 P, avente ad oggetto l'impugnazione, ai sensi dell'articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, proposta, il 29 maggio 2019, dalla Commissione avverso la sentenza del Tribunale Ue del 19 marzo 2019.

[77] Cfr. la sentenza del Tribunale Ue, del 19 marzo 2019, cause riunite T-9816, T-19616, T-19816, Repubblica italiana c/ Commissione. Per l'analisi di questa sentenza e del ruolo del Fitd, sia consentito il rinvio a B. CELATI, *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi: divieto di aiuti di stato e principio di proporzionalità*, in *Rivista di diritto bancario*, fasc. 2, 2020, pp. 293-355.

sancendo che nel caso della Banca Tercas non erano configurabili "aiuti di Stato", trattandosi di un intervento attuato mediante fondi non controllati dalle autorità italiane.

Tale pronuncia rafforza l'azione solidaristica svolta dagli schemi di garanzia dei depositi nazionali, che costituiscono uno strumento fondamentale dell'Unione bancaria nella misura in cui, al di là della loro funzione "istituzionale" di rimborso dei depositanti, svolgono, in base a quanto stabilito dall'art. 11 della direttiva 2014/49/Ue, anche un ruolo nel finanziamento della risoluzione degli enti di credito nonché (come avvenuto nel caso Tercas) nella prevenzione del dissesto bancario[78], con inevitabili benefici per l'intero sistema.

L'incompletezza, da un lato, dell'Unione economica e monetaria e, dall'altro, dell'Unione bancaria appaiono come processi strettamente correlati, dai quali emerge la necessità di avanzare sul piano di una maggiore solidarietà economica per porre fine ad alcune aporie strutturali del progetto europeo che sono alla base della reiterata insorgenza di eventi critici[79].

---

[78] Art. 11 direttiva 2014/49/Ue, rubricato *Uso dei fondi*: «1. I mezzi finanziari di cui all'articolo 10 sono usati principalmente per il rimborso dei depositanti ai sensi della presente direttiva. 2. I mezzi finanziari di un SGD sono utilizzati per finanziare la risoluzione degli enti creditizi conformemente all'articolo 109 della direttiva 2014/59/UE. L'autorità di risoluzione determina, sentito l'SGD, l'importo di cui quest'ultimo è responsabile. 3. Gli Stati membri possono autorizzare un SGD a utilizzare i mezzi finanziari disponibili per misure alternative volte a evitare il fallimento di un ente creditizio, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni: a) l'autorità di risoluzione non ha adottato alcuna azione di risoluzione ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/59/UE; b) gli SGD sono dotati di sistemi e procedure appropriati per la scelta e l'esecuzione delle misure alternative nonché il monitoraggio dei rischi affiliati; c) i costi delle misure non superano i costi necessari ad adempiere il mandato statutario o contrattuale degli SGD; d) l'utilizzo di misure alternative da parte dell'SGD è subordinato a obblighi a carico dell'ente creditizio che ha bisogno del sostegno, che comprendono almeno una vigilanza più rigorosa del rischio e ampi diritti di controllo da parte dell'SGD; e) l'utilizzo di misure alternative da parte dell'SGD è subordinato a impegni da parte dell'ente creditizio che ha bisogno del sostegno nel senso di assicurare l'accesso ai depositi coperti; f) l'autorità competente conferma nella sua valutazione la capacità dell'ente creditizio affiliato di pagare i contributi straordinari ai sensi del paragrafo 5 del presente articolo. L'SGD consulta l'autorità di risoluzione e l'autorità competente in merito alle misure e alle condizioni imposte all'ente creditizio. 4. Le misure alternative di cui al paragrafo 3 del presente articolo non sono applicate qualora l'autorità competente, sentita l'autorità di risoluzione, ritenga che sussistano le condizioni per un'azione di risoluzione ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2014/59/UE. 5. Se i mezzi finanziari disponibili sono utilizzati ai sensi del paragrafo 3 del presente articolo, gli enti creditizi affiliati trasferiscono immediatamente all'SGD i mezzi utilizzati per le misure alternative, se necessario sotto forma di contributi straordinari, qualora: a) si presenti la necessità di rimborsare i depositanti e i mezzi finanziari disponibili dell'SGD siano inferiori a due terzi del livello-obiettivo; b) i mezzi finanziari disponibili risultino inferiori al 25 % del livello-obiettivo. 6. Gli Stati membri possono decidere che i mezzi finanziari disponibili possono essere utilizzati anche per finanziare misure volte a preservare l'accesso dei depositanti ai depositi coperti, compreso il trasferimento delle attività e delle passività e il trasferimento dei libretti di deposito, nel contesto in procedure di insolvenza nazionali, purché i costi sopportati dall'SGD non superino l'importo netto dell'indennizzo dei depositanti coperti presso l'ente creditizio interessato».

[79] Sottolinea M. FISICARO, *Condizionalità macroeconomica e politica di coesione: la solidarietà europea alla prova dei vincoli economico-finanziari*, cit., p. 443, che «l'incompletezza dell'UEM richiede uno sforzo enorme in fase di prevenzione perché il fallimento di uno Stato membro non è gestibile con l'attuale strumentario dell'UEM (*too big to fail*)».

La crisi pandemica rende ancora più urgente questa riflessione, dato che i bilanci delle banche sono, e verranno sempre di più, pesantemente gravati dall'aumento dei c.d. crediti deteriorati[80].

Nella tensione perenne tra istanze intergovernative e metodo comunitario, il *Recovery package* europeo sembrerebbe rappresentare allora un importante tassello verso una maggiore "federalizzazione" del processo di integrazione europea che potrebbe consentire di spezzare lo stallo venutosi a creare sul terzo pilastro dell'Unione bancaria, se non in vista della costruzione di una «comunità di solidarietà» almeno nell'ottica dell'interesse condiviso alla stabilità del sistema nel suo complesso[81].

4. Il *Next Generation Eu* e il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria

In questo senso, soffermandoci adesso più specificamente sul *Next Generation Eu*, possiamo sottolineare come il c.d. Dispositivo per la ripresa e la resilienza, pilastro centrale del piano per la ripresa dell'Europa, sia fondato proprio sull'obiettivo di «promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione»[82].

Lo spirito di solidarietà trova qui un saldo ancoraggio giuridico nell'art. 175, par. 3, del Tfue, in base al quale è possibile sviluppare, laddove si rendano necessarie, azioni

---

[80] La riduzione dei crediti deteriorati costituisce, peraltro, per alcuni Paesi, tra i quali la Germania, una condizione essenziale per poter procedere alla condivisione dei rischi tramite uno schema europeo di assicurazione dei depositi. Sul tema dei *non performing loans* alla luce della crisi pandemica, cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'industria finanziaria dopo la pandemia. Il caso Italia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, fasc. 1, 2021, pp. 1-22; U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I crediti deteriorati tra stabilità finanziaria e non esclusione sociale. Verso la sostenibilità dell'ecosistema del credito*, in *AGE*, fasc. 2, 2020, pp. 631 e ss.; cfr., inoltre, M. MAGGIOLINO, *La disciplina giuridica della gestione dei crediti deteriorati nella prospettiva delle banche. Profili critici*, Milano, Egea, 2020.

[81] Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, cit., p. 177, che ricorda come la crisi finanziaria nell'Eurozona abbia «prodotto, principalmente in via giurisprudenziale, un passaggio dall'obiettivo della "comunità di stabilità" – cfr. "Maastricht Urteuil", BverfG 2 BvR 2134/92 e BvR 2159/92 – all'obiettivo della "stabilità del sistema nel suo complesso" – Corte costituzionale tedesca, BVerfG, 2BvR 1390/12, 12.9.2012, e Corte di Giustizia, *Pringle*, C-370/12 relative alla legittimità del sul Meccanismo europeo di stabilità (MES) – ma sempre in un'ottica di primazia del principio della stabilità finanziaria».

[82] Art. 4, par. 1, del regolamento (Ue) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che *istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*, rubricato *Obiettivi generali e specifici*: «1. In linea con i sei pilastri di cui all'articolo 3 del presente regolamento, nonché con la coerenza e le sinergie che ne derivano, e nell'ambito della crisi Covid-19, l'obiettivo generale del dispositivo è promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione migliorando la resilienza, la preparazione alle crisi, la capacità di aggiustamento e il potenziale di crescita degli Stati membri, attenuando l'impatto sociale ed economico di detta crisi, in particolare sulle donne, contribuendo all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, sostenendo la transizione verde, contribuendo al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 stabiliti nell'articolo 2, punto 11, del regolamento (Ue) 2018/1999, nonché al raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050 e della transizione digitale, contribuendo in tal modo alla convergenza economica e sociale verso l'alto, a ripristinare e a promuovere la crescita sostenibile e l'integrazione delle economie dell'Unione e a incentivare la creazione di posti di lavoro di alta qualità, nonché contribuendo all'autonomia strategica dell'Unione unitamente a un'economia aperta, e generando un valore aggiunto europeo».

specifiche al di fuori dei fondi strutturali[83], seguendo la medesima filosofia che anima questi ultimi, cioè con la finalità di ridurre gli squilibri economici tra gli Stati membri. Il Dispositivo si fonda infatti sul superamento della differenziazione tra Paesi, logica sulla quale era invece imperniata la proposta franco-tedesca, del maggio 2020, volta a istituire un fondo destinato a fornire sovvenzioni agli Stati "più bisognosi" [84].

Con l'evoluzione nata dalle trattative europee, si è venuta, invero, a creare, sebbene in una forma ancora embrionale, una vera e propria politica macroeconomica europea che ha consentito ai meccanismi decisionali dell'Ue di insinuarsi all'interno delle scelte politiche degli Stati membri, condizionati, attraverso lo strumento dei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza[85], non solo a recepire le indicazioni della Commissione europea e del Consiglio contenute nelle Raccomandazioni specifiche per Paese del Semestre europeo[86], ma anche a seguire gli orientamenti europei in materia di transizione verde e digitale. In maniera coerente con il *Green Deal* europeo, il caposaldo scelto per riattivare questa visione "politica" è, infatti, la transizione ecologica, con la proposta di una legge sul clima che mira alla neutralità climatica entro il 2050 e alla riduzione delle emissioni nette di gas a effetto serra del 55%, rispetto al 1990, entro il 2030[87].

---

[83] L'articolo 175 Tfue, base giuridica dei fondi strutturali europei, al par. 3, recita in particolare: «Le azioni specifiche che si rivelassero necessarie al di fuori dei Fondi, fatte salve le misure decise nell'ambito delle altre politiche dell'Unione, possono essere adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni». Due esempi di strumenti giuridicamente basati su questo articolo sono: il *Fondo europeo di solidarietà*, tramite il quale la Commissione ha fornito assistenza finanziaria agli Stati membri colpiti da grandi calamità, naturali o dovute all'opera dell'uomo, disciplinato dal regolamento (Ce) n. 2012/2002 del Consiglio dell'11 novembre 2002 *che istituisce il Fondo di solidarietà dell'Unione europea* e dal regolamento (Ue) n. 661/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, recante *modifica del regolamento (Ce) n. 2012/2002 del Consiglio che istituisce il Fondo di solidarietà dell'Unione europea*, nonché dal regolamento (Ue) 2020/461 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020 *recante modifica del regolamento (Ce) n. 2012/2002 del Consiglio al fine di fornire assistenza finanziaria agli Stati membri e ai paesi che stanno negoziando la loro adesione all'Unione colpiti da una grave emergenza di sanità pubblica*; il *Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione*, disciplinato dal regolamento (Ue) 2021/691 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 aprile 2021 sul *Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione per i lavoratori espulsi dal lavoro (FEG) e che abroga il regolamento (Ue) n. 1309/2013*.

[84] Si tratta della c.d. "Iniziativa franco-tedesca per il rilancio europeo in seguito alla crisi del coronavirus", presentata il 18 maggio 2020 da Francia e Germania al fine di «creare un ambizioso fondo di ripresa della Ue per la solidarietà e la crescita» finanziato consentendo alla Commissione di prendere prestiti sui mercati per conto dell'Ue.

[85] I Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza sono lo specifico strumento che consente agli Stati membri di ricevere, previa valutazione della Commissione, e approvazione del Consiglio, le risorse europee, impegnandosi a realizzare programmi di riforme e investimenti. Sul tema, cfr. M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, in in *Conc. Merc*, n. speciale, 2019-2020, pp. 93-129.

[86] Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, cit., pp. 155 e ss.

[87] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (Ue) 2018/1999* (c.d. Legge

Anche in questo caso, come già avvenuto con la crisi dei debiti sovrani, la lettera dei Trattati subisce una forzatura[88], solo che invece di ricorrere al diritto internazionale, vengono utilizzate le procedure previste dal diritto europeo, valorizzando il ruolo della politica di coesione, dal momento che le risorse sono distribuite in funzione degli effetti socioeconomici della crisi[89]. Quest'ultima diviene così la leva per attuare obiettivi europei più ampi rispetto al mero equilibrio di bilancio.

Insieme al Sure (v. *supra*, § 2), il *Next generation Eu* costituisce dunque il perno per un possibile rafforzamento dell'Unione economica e monetaria mediante l'adozione di schemi solidaristici, per il momento solo temporanei[90] ma necessariamente soggetti a rappresentare un riferimento per ogni eventuale processo di riforma in senso maggiormente federale dell'Unione europea.

L'ulteriore elemento di novità rappresentato da questo strumento è poi legato alla previsione, attraverso la creazione di nuove risorse proprie[91], di un autonomo potere di imposizione in capo all'Ue, che sposta, come evidenziato dalla dottrina, «l'asse della politica economica europea dalla dimensione interstatale a quella unionale»[92]. Inoltre,

---

europea sul clima), Com(2020) 80, del 4 marzo 2020, final 2020/0036 (Cod), sulla quale è stato raggiunto un accordo politico provvisorio nel mese di aprile 2021.

[88] Sul punto si veda P. LEINO-SANDBERG, *New Generation EU – A Constitutional Change without Constitutional Change*, in *Reconnect*, 13 gennaio 2021, disponibile al link: *https://reconnect-europe.eu/blog/new-generation-eu-a-constitutional-change-without-constitutional-change/*, laddove l'A. afferma: «*Like all constitutions, the Treaties should be a 'living instrument', reflective of societal developments. […] The NGEU is certainly a symbol of solidarity and demonstrates the EU's capacity to respond to crises. But this came at a high price. As a columnist in our main daily newspaper concluded, '[w]hat I have learned in 2020 is that with the EU one is never too cynical. It was indeed naïve to think that jointly agreed rules matter. Now we all know better'*».

[89] Come emerge dalla Comunicazione della Commissione *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, del 27 maggio 2020, COM(2020) 442 final, che reca: «All'indomani della crisi, un sostegno aggiuntivo finanziato tramite incrementi dei contributi nazionali aggraverebbe ulteriormente la pressione sui bilanci degli Stati membri. In queste circostanze eccezionali, è pienamente giustificato il ricorso a un meccanismo di finanziamento che consenta un aumento ingente e tempestivo della spesa senza accrescere i debiti nazionali, come espressione di solidarietà a un livello commisurato alla crisi».

[90] Se il *Next Generation Eu* divenisse uno strumento permanente potrebbe essere effettivamente invocata l'espressione "momento Hamiltoniano dell'Europa", venendo gettate le basi per una condivisione non meramente temporanea del debito comune. Interessante risulta in tal senso la dichiarazione fatta dalla Presidente della Banca Centrale europea, Christine Lagarde, in merito alla necessità di aprire una riflessione sul mantenimento del *Next Generation Eu* «*in the European toolbox so it could be used again if similar circumstances arise*», cfr. *https://www.ecb.europa.eu/press/inter/date/2020/html/ecb.in201019~45f5cf8040.en.html*. Anche il Ministro delle Finanze Tedesco ha affermato di ritenere tale strumento una misura di lungo termine dalla quale «non si torna indietro».

[91] La proposta è quella di istituire delle "imposte ecologiche", ovvero un tributo sulla plastica, un tributo basato sul sistema dello scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra e un meccanismo di adeguamento delle emissioni di CO_2 alla frontiera (atto a mitigare le differenze tra Stati equilibrando la concorrenza); un'imposta sul digitale e infine (entro giugno 2024) un'imposta sulle transazioni finanziarie.

[92] Cfr. P. SELICATO, *Accordi europei e sovranità fiscale nazionale: le ricadute dell'emergenza COVID-19*, in *federalismi.it*, fasc. 7, 2021, pp. 205 e ss. L'A. sottolinea come un siffatto potere in materia fiscale attribuito all'Unione europea potrebbe confliggere con il principio «relativo alla riserva di legge in materia tributaria, disciplinato in Italia dall'articolo 23 della Costituzione, che costituisce il presupposto

lo stesso attribuisce anche una significativa nuova importanza al bilancio europeo[93], rafforzato, come abbiamo già illustrato (v. *supra*, § 2), per finanziare le spese integrando i fondi del *Next Generation Eu*[94].

La prospettiva di sostenere il bilancio europeo non solo con trasferimenti statali ma anche con entrate proprie[95] apre le porte a ulteriori considerazioni di sistema. Come rilevato dalla dottrina, infatti, ciò «prefigura la possibilità che l'Unione sviluppi un potere di spesa che le permetterà di esercitare una funzione ridistributiva: un'evoluzione che, se realizzata, cambierebbe il volto stesso dell'Unione, andando oltre la sua tradizionale natura essenzialmente regolatoria»[96].

Ma non solo, lo scenario che si prospetta è quello della graduale realizzazione di un bilancio maggiormente "comunitario"[97], in quanto incentrato sulla produzione di beni pubblici europei – ovvero beni che producono benefici per l'intera Unione – piuttosto che sulla sola distribuzione di risorse destinate a un utilizzo nazionale[98].

Il *Next Generation Eu* sembra costituire, anche a causa del compromesso raggiuto in sede europea, una prima tappa nell'ambito di un simile percorso, con lo stanziamento di finanziamenti destinati a sostenere, mediante i singoli piani nazionali e attraverso le necessarie riforme strutturali, investimenti ambientali e digitali, essenziali per creare un valore aggiunto europeo[99].

---

della legittimazione democratica dello Stato attraverso l'attribuzione della potestà legislativa in materia tributaria ad un organo elettivo costituente espressione diretta della sovranità popolare».

[93] Il riferimento è al c.d. Quadro Finanziario Pluriennale (Qfp), disciplinato dagli articoli 312 e seguenti del Tfeu, che fornisce un quadro stabile per l'esecuzione del bilancio annuale dell'Ue.

[94] Il Parlamento europeo ha approvato il bilancio dell'Ue 2021-2027 il 16 dicembre 2020. Il 17 dicembre è stato adottato regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 *che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027*, che prevede un bilancio a lungo termine di 1.074,3 miliardi di Euro a prezzi 2018. Grazie al nuovo bilancio, in coordinamento col *Next Generation Eu*, saranno disponibili ingenti risorse finanziare per il rilancio dell'economia europea oltre che per la ripresa dall'emergenza epidemiologica.

[95] Cfr. P. SELICATO, *Accordi europei e sovranità fiscale nazionale: le ricadute dell'emergenza COVID-19*, cit., pp. 205 e ss., ricorda che le nuove entrate proprie verrebbero «poste a carico non degli Stati membri ma di singoli contribuenti che manifestano la titolarità di indici di ricchezza idonei ad esprimere la loro solidarietà rispetto alla realizzazione del "bene pubblico" cui il relativo gettito è destinato». Il riferimento normativo è costituito dall'art. 311 Tfue, a tenore del quale «1. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche. 2. Il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie».

[96] E. CHITI, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., p. 443.

[97] Tale "comunitarizzazione" del bilancio Ue richiede in primo luogo un aumento della sua dimensione, che per il momento è inferiore al 2% del Pil dell'Unione. Questo aspetto rimane delicato, al punto tale che per gli Stati membri sembra più accettabile trovare un accordo sull'emissione di titoli di debito comune piuttosto che sull'incremento del bilancio.

[98] La funzione maggiormente svolta dal bilancio Ue è quella redistributiva, attraverso la politica di coesione e la Pac. Cfr. su questo tema, O. FONTANA, B. VENTURI, *I beni pubblici europei nel bilancio dell'Unione,* Documento dell'Istituto Affari europei, aprile 2018, pp. 1-17, disponibile al link: *https://www.iai.it/sites/default/files/iai1810.pdf*; A. MAJOCCHI, Next Generation EU: *verso una fiscalità federale*, in *Centro Studi sul Federalismo – Commenti*, n. 180, 29 maggio 2020.

[99] Si tratta di uno stratagemma volto a "obbligare" gli Stati membri beneficiari a conformarsi ai nuovi indirizzi politici europei, incentivandoli a realizzare riforme per lungo tempo rimandate, producendo al contempo una prima forma di integrazione fiscale dei vari Paesi che compongono l'Ue.

Inoltre, l'emissione di titoli di debito comune garantiti dal bilancio europeo rinsalda l'esigenza di operare nella direzione del completamento, come già asserito, dell'Unione bancaria ma anche dell'Unione dei mercati dei capitali[100], passaggi indispensabili per rendere meno frammentati i mercati finanziari della Zona Euro.

5. Dal governo della crisi al diritto della crisi nel processo di integrazione europea

La disamina condotta nei paragrafi precedenti induce a formulare alcune riflessioni conclusive sul ruolo della solidarietà nel lungo processo di completamento del progetto di integrazione europea.

Emerge, segnatamente, la constatazione di come, proprio grazie all'ultima crisi – sanitaria, climatica ed economica –, si stia formando un consenso diffuso sull'esigenza di dare avvio a meccanismi che pongano progressivamente le basi per costruire un'Unione anche di tipo fiscale, fondata cioè sulla condivisione dei rischi e dei costi tra gli Stati membri.

Tale configurazione *in fieri* presuppone, però, un'unità di tipo politico, alquanto complessa da realizzare[101].

L'Unione economica e monetaria si fonda del resto su un articolato intreccio tra teorie economiche e regole giuridiche[102], laddove le seconde oltre a sorreggere le prime pongono altresì dei vincoli, come evidenziato, alle decisioni inerenti alle scelte collettive. In questo assetto, l'evento critico, con la sua dirompenza, opera come strumento capace di instillare nella prassi istituzionale razionalità diverse da quelle puramente tecnocratiche con le quali agisce la struttura europea nei momenti per così dire di fisiologica attività.

A seguito della Grande Recessione ciò ha comportato la nascita di quello che è stato definito un vero e proprio "governo della crisi", con la creazione dell'Eurozona, come già ricordato, quale "entità autonoma"[103] dotata di una propria struttura di *governance*[104], mentre oggi pare, invece, venire in rilievo un diverso "diritto della crisi"[105], nel quale alle tecniche regolatorie tipiche dei mercati finanziari, come il

---

[100] Cfr. F. ANNUNZIATA, M. SIRI, *La crisi pandemica e la regolazione dei mercati dei capitali*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2020, pp. 572-624. Si veda anche *Coronavirus response: How the Capital Markets Union can support Europe's recovery*, 24 luglio 2020, disponibile al *link*: *https://ec.europa.eu/info/publications/200722-proposal-capital-markets-recovery_en.*

[101] Cfr. F. NICOLI, *Eurocrisis and the myths of European redistribution: illegittimate, unsustainable, inefficient?*, in *Perspective on Federalism*, fasc. 3, 2015, pp. 19 e ss. Nel saggio, l'A. si riferisce al concetto di solidarietà federativa, fondata sull'equilibrio tra responsabilità e solidarietà.

[102] Cfr. F. MARTUCCI, *Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, fasc. 1, 2017, pp. 127-145.

[103] Su cui ancora E. CHITI, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, cit., pp. 681 e ss.

[104] Il riferimento è alla *governance* operata dalla Bce, la Commissione, e l'Eurogruppo dei ministri delle Finanze dell'Eurozona.

[105] Su cui si rinvia ancora a M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, pp. 93 e ss.

naming and shaming[106] o l'approccio *comply or explain*, si affiancano procedimenti maggiormente in linea con le logiche della discrezionalità politica.

Per rendere il mercato interno realmente capace di conseguire gli obiettivi di cui all'art. 3 del Tue non basta più limitarsi a rafforzare il quadro europeo di coordinamento delle politiche economiche ma occorre piuttosto invertire il criterio con il quale si è agito in passato, inserendo, come analizzato, la condizionalità macroeconomica negativa nelle politiche di coesione, in quanto soluzione prescelta per porre rimedio ad alcune inefficienze strutturali dell'Unione economica e monetaria[107]. Secondo tale impostazione la solidarietà avrebbe dovuto essere regolata dalla competitività e non il contrario. Ripristinando, invece, il giusto rapporto tra mezzi e fini, come peraltro previsto dai Trattati, è necessario pensare che la concorrenzialità del mercato debba essere tutelata in funzione della capacità dimostrata dal medesimo di garantire il raggiungimento di determinate finalità sociali.

Dopo una lunga stagione di "solidarietà competitiva"[108] sembra insomma trovare spazio, sebbene in modo ancora molto incerto da definire, una nuova fase della costruzione europea incardinata sulla "solidarietà redistributiva", con la coesione che diviene il fulcro della convergenza economica, nell'ottica del rafforzamento della competitività dell'Unione nel suo insieme[109] e non dei singoli Stati membri, messi a confronto l'uno contro l'altro.

Insomma, in questo scenario, il diritto della crisi può forse consentire di superare, grazie ai suoi strumenti, quell'endemico conflitto, ingenerato dalla competizione tra ordinamenti, che vede opposti, in seno al progetto europeo, i diritti sociali e le libertà economiche[110], dando così luogo a forme di integrazione più propriamente politica.

---

[106] Cfr. M.L. TUFANO, Il ruolo della Commissione nella governance europea: quali prospettive?, in Dir. Un. Eur., fasc.1, 2012, pp. 133 e ss.

[107] Come già ricordato, nell'Unione economica e monetaria mancano gli strumenti istituzionali necessari a gestire le crisi, che per essere creati richiedono inevitabili modifiche dei Trattati. Sul punto E. CHITI, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, cit., p. 438.

[108] Su cui cfr. W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*,
in *Stato e mercato*, fasc. 1, 2000, pp. 3 e ss., il quale si riferisce in tal senso a un modello *di economia come politica sociale*.

[109] Dando cioè vita a «una competitività esterna che viene distribuita equamente all'interno», *Ibidem*.

[110] M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma*: il rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia*, cit.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il ruolo degli enti locali nella tutela contro l'inquinamento atmosferico tra disciplina comunitaria e nazionale

di Cristiano Bevilacqua*

26 luglio 2021

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo comunitario in ordine al controllo sulla qualità dell'aria ambiente. – 3. La legislazione italiana. – 4. Il ruolo degli enti locali tra controllo diretto e indiretto della qualità dell'aria- ambiente. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La recente condanna dell'Italia per aver superato in modo continuato dal 2008 al 2017 il valore limite delle concentrazioni di particelle inquinanti, intervenuta con la decisione 10 novembre 2020 (C-644/18) della Grande sezione della Corte di Giustizia UE, diviene spunto di una serie di riflessioni in ordine al sistema nazionale della tutela contro l'inquinamento atmosferico e, soprattutto, sui ruoli degli enti coinvolti in tale tutela.

Ricordiamo che il Titolo V, Parte II, Cost., così come riformato dalla legge cost. n. 3 del 2001, ha modificato sensibilmente l'assetto dei rapporti tra Stato, Regioni ed autonomie locali anche con specifico riferimento alla tutela dell'ambiente che compare esplicitamente nel testo costituzionale.

Attenendosi alla terminologia utilizzata dall'art.117 Cost., la tutela dell'ambiente ricade all'interno della potestà legislativa esclusiva dello Stato, ciò dovrebbe implicare che anche la potestà regolamentare su tale materia dovrebbe appartenere esclusivamente allo Stato salva la possibilità di delegarla alle regioni secondo il disposto dell'art. 117, comma 6, Cost.

La Corte Costituzionale, come è noto, con varie e consolidate pronunzie, ha modificato l'impianto tradizionalmente monistico del "governo dell'ambiente", affermando che la trasversalità della materia ambiente implica delle inevitabili

* Senior Lecturer in Public Law University Campus of Malta; Professore a contratto di Diritto Amministrativo e Istituzioni di Diritto Pubblico presso LUMSA Santa Silvia - Palermo.

interferenze con le materie rientranti nella potestà legislativa delle regioni, non potendo così escludere quest'ultime dalla partecipazione alla tutela dello stesso[1] .

Il giudice delle leggi, ha precisato che l'ambiente, va definito come :"*parte di biosfera che riguarda l'intero territorio nazionale"*[2] , e considerato come un'unica entità organica, *" un bene della vita materiale e complesso"*[3] costituito da diverse componenti. In base a ciò ed alla previsione dell'art. 117, comma 2, lett. s) della Costituzione, rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato dettare la disciplina per la tutela sia per il bene ambiente unitariamente considerato, sia per le singole componenti intese come parte del tutto[4].

La Corte però, ha chiarito anche il concetto di "trasversalità" dell'ambiente nel senso che:" *accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario, possano coesistere altri beni giuridici, aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi giuridicamente tutelati."*[5]. La trasversalità si traduce quindi in una "co-insistenza " sul medesimo oggetto di diversi interessi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni. In questi casi: *"la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi*"[6].

---

[1] Il *leading case* è quello contenuto nella sentenza 407/02. Corte Cost., 26 luglio 2002, n. 407, in Riv. giur. amb., 2002, p. 937. Secondo la Corte si deve escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", giacché "non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata" ma, al contrario, "essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze". L'ambiente – prosegue la Corte, richiamando la propria costante giurisprudenza – si configura come "valore" costituzionalmente protetto e, in quanto tale, deve essere considerato come «una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale», senza che ne resti esclusa "la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali". Tale orientamento si trova successivamente confermato nelle sentenze nn. 536 del 2002, 96, 222 e 307 del 2003, 259 del 2004, 62 e 214 del 2005, n. 225 del 2009, n. 12 del 2009, n. 171del 2012, n. 235 del 2011, n. 77 del 2017.

[2] Corte Costituzionale sentenza 14 aprile 2008 n. 104 in *www.giurcost.org*.

[3] Corte Costituzionale sentenza 14 novembre 2007, n.378 in *www.giurcost.org*. Con tale affermazione la Corte appare discostarsi dalla concezione di ambiente come bene immateriale contenuta nella precedente giurisprudenza (ad es. Corte Cost. sent. 641/87).

[4] Richiamando due rilevanti decisioni (sentt. 151/86 e 641/87) la Corte ribadisce che l'unitarietà della disciplina di tutela dell'ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto quindi inderogabile da discipline di settore. Ricordiamo ancora oggi l'impostazione del dibattito giuridico sull'ambiente si trova ancora legato alla la nota tripartizione di Giannini secondo il quale non era possibile ricostruire in materia unitaria la disciplina giuridica dell'ambiente, e quindi ricavare dello stesso una univoca nozione, in quanto ad esso si riferivano normative molto diverse, a tutela del paesaggio e dei beni culturali, a difesa di acqua, aria e suolo dagli inquinamenti, al governo del territori, cfr GIANNINI, M.S., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, 15).

[5] Corte Cost. sent. 378/07 ult. Cit.

[6] Corte Cost. sent. 104/08 cit. nello stesso senso si veda anche Corte Costituzionale sentenza 14 marzo 2008, n.62 in *www.giurcost.org.*

Conseguentemente la disciplina sulla tutela ambientale, derivante dall'esercizio della potestà legislativa esclusiva dello Stato costituisce un limite alla disciplina che le Regioni dettano su materie di loro competenza ma che s'intrecciano con l'ambiente.

Il sistema di tutela ambientale va integrato, inoltre, con il disposto dell'art. 118, comma 1, Cost. sull'attuale assetto delle competenze, che esalta la centralità degli enti locali nella titolarità ed esercizio delle funzioni amministrative. Proprio con riferimento alla tutela dell'ambiente, la provincia in passato ed oggi la Città metropolitana costituisce il centro delle attribuzioni amministrative in pressoché tutti i settori ambientali ed il Comune risulta comunque titolare di rilevanti ed incisivi compiti in ordine alla tutela dell'ambiente, specialmente con riferimento al necessario connubio esistente tra tutela dell'ambiente e governo del territorio [7].

A tale quadro si deve aggiungere il D.lgs 16 gennaio 2008 n.4, che ha introdotto delle significative modifiche al D.lgs 3 aprile 2006 n. 152 in ordine ai principi fondamentali per la tutela dell'ambiente.

Ci si riferisce in particolare all'art. 3 *quinquies* che cita i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, in base ai quali si riaffermano i rapporti tra Stato ed enti locali (comma 3), e tra le Regioni ed enti locali (comma 4)[8].

Tenuto conto di ciò, si può affermare che la tutela dell'ambiente in tutte le sue singole matrici o componenti, assume la forma di una "tutela multilivello ripartita" che vede necessariamente coinvolti lo Stato, le regioni e gli enti locali, secondo le proprie competenze derivanti dal nuovo assetto dettato dalla riforma costituzionale e dalle norme contenute all'interno di altri testi normativi di riferimento.

Tale modello appare di tipo "cooperativo", basato su esplicite (e vincolanti) forme di raccordo procedimentale ed organizzativo (intese, pareri, conferenze, consiglio delle Autonomie) e consensuale, ossia finalizzato a prevenire ed eventualmente risolvere i conflitti tra gli interessi di cui i soggetti pubblici sono esponenziali [9].

Anche le riforme del procedimento amministrativo intervenute dal 2015 in poi hanno implementato tale sistema laddove si prevede la composizione politica dei

[7] Si vedano il Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 in ordine al conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, e gli artt.19 ss del Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. In proposito R. Ferrara, *L'organizzazione amministrativa dell'ambiente: i soggetti istituzionali*, in A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, Diritto dell'ambiente, II ed., Bari, 2002. In verità la titolarità assoluta degli enti locali delle funzioni amministrative, incluse quelle di rilevanza ambientale, è limitata dallo stesso art.118 Cost. e da alcune sentenze della Corte Costituzionale che hanno individuato nel disposto del medesimo art. 118 una potestà di deroga allo scopo di "assicurarne l'esercizio unitario".

[8] In verità l'art.3 quinquies, commi 3 e 4, sembrano formalmente disciplinare i rapporti tra Stato ed enti locali da un lato , e Regioni ed enti locali dall'altro, applicando semplicemente il principio di sussidiarietà , senza alcun esplicito richiamo all'applicazione della leale collaborazione nello stabilire le modalità d'intervento dell'ente territorialmente più esteso.

[9] M. *GOLA*, *L'amministrazione degli interessi ambientali*, Milano, 1995.

conflitti sorti in seno alla conferenza dei servizi prendendo atto dell'impossibilità di consolidare una soluzione secondo le regole del diritto amministrativo[10] .

In tale contesto si inserisce la disciplina della tutela di una delle componenti dell'ambiente costituita dall'"Aria" la cui tutela oggi è disciplinata dal D.lgs 155/2010 in ordine al controllo della qualità dell'aria, e dal D.lgs 152/06 per la disciplina delle emissioni in atmosfera. Questi provvedimenti tendono in modo diretto ad attuare nel nostro ordinamento un sistema di valutazione e di controllo della qualità dell'aria completo ed efficiente, nascente da un *corpus* di direttive approvate nel tempo dall'Unione Europea .

2. Il quadro normativo comunitario in ordine al controllo sulla qualità dell'aria ambiente

Gli anni '70 hanno rappresentato una tappa importante per la tutela dell'ambiente a livello comunitario, in particolare con i piani d'azione del 1973 prima e di quello del 1977, poi, è stata sottolineata l'importanza della prevenzione e della riduzione dell'inquinamento atmosferico attraverso la definizione di obiettivi di qualità e la fissazione di norme di qualità, specialmente per un certo numero di inquinanti dell'aria considerati come i più pericolosi.

Anche gli anni '80 hanno visto una prolifica attività normativa sfociata in una serie di Direttive[11] con cui sono stati individuati degli obiettivi vincolanti per gli Stati membri ed un sistema di valutazione della qualità dell'aria attraverso la combinazione di varie tecniche (modelli di diffusione, stime oggettive, inventari delle emissioni) incentrato sull'efficienza.

Negli ultimi anni l'Unione Europea ha fornito un insieme di norme volte alla definizione di una nuova strategia di controllo della qualità dell'aria mediante la regolamentazione di differenti sostanze inquinanti.

Con la Direttiva 96/62 del 27 settembre 1996, è stata approvata una normativa "quadro" che per tutelare l'ambiente nel suo complesso e la salute umana riteneva necessario evitare, prevenire o ridurre le concentrazioni di inquinanti atmosferici nocivi e stabilire valori limite soglie di allarme per i livelli di inquinamento dell'aria ambiente[12].

L'art.1 della Direttiva indica l'obiettivo generale del provvedimento costituito dalla necessità di stabilire i principi di base di una strategia comune volta a :

---

[10] Si veda la Legge 11 febbraio 2005 n.15 (in Gazz. Uff., 21 febbraio, n. 42) contenente modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa.

[11] Direttive 80/779/CEE, 82/884/CEE, 84/360/CEE e 85/203/CEE (Norme in materia di qualità dell'aria, relativamente a specifici agenti inquinanti, e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali); Direttiva 94/63/CE (Controllo delle emissioni di composti organici volatili derivanti dal deposito della benzina e dalla sua distribuzione dai terminali alle stazioni di servizio).

[12] Direttiva 27/9/1996 n.62 96/62/CE , G.U.E.21/11/1996 n.296.

- definire e stabilire obiettivi di qualità dell'aria ambiente nella Comunità europea al fine di evitare, prevenire o ridurre gli effetti nocivi sulla salute umana e sull'ambiente nel suo complesso;

- valutare la qualità dell'aria ambiente negli Stati membri in base a metodi e criteri comuni;

- disporre di informazioni adeguate sulla qualità dell'aria ambiente e far sì che siano rese pubbliche, tra l'altro mediante soglie d'allarme;

- mantenere la qualità dell'aria ambiente, laddove è buona, e migliorarla negli altri casi.

A tal fine tale Direttiva prescrive la individuazione da parte dello Stato membro di zone o agglomerati dove predisporre metodologie di rilevazione adeguate per la valutazione e la gestione dell'aria.

Una volta effettuate le rilevazioni ed individuati i valori limite, gli Stati devono elaborare dei piani d'azione indicanti le misure da adottare a breve termine in casi di rischio di un superamento dei valori limite e delle soglie d'allarme, al fine di ridurre il rischio e limitarne la durata. Tali piani possono anche prevedere, a seconda dei casi, misure di controllo e, ove necessario, di sospensione delle attività, ivi compreso il traffico automobilistico, che contribuiscono al superamento dei valori limite

Il sistema di rilevazione della qualità dell'aria è quindi strettamente radicato nel territorio e, conseguentemente, in presenza di un articolazione ordinamentale pluralista , è necessaria la collaborazione di tutti gli enti territoriali costitutivi dell'ordinamento, per realizzare al meglio gli obiettivi individuati dalla Direttiva.

Alla Direttiva "quadro" si sono poi affiancate una serie di direttive disciplinanti le singole sostanze inquinanti[13].

[13] A titolo esemplificativo ma non esaustivo si possono indicare le seguenti : Direttiva 1999/13/CE (limitazione delle emissioni di composti organici volatili dovute all'uso di solventi organici in talune attività e in taluni impianti); Direttiva 1999/30/CE (modificata con la Decisione 17 ottobre 2001 n. 744; concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo); Direttiva 1999/31/CE (relativa alle discariche di rifiuti); Direttiva 2000/25/CE (relativa all'emissione di inquinanti gassosi e particolato ad opera di motori di trattori agricoli o forestali); Direttiva 2000/69/CE (concernente i valori limite per il benzene ed il monossido di carbonio nell'aria ambiente); Direttiva 2000/76/CE (sull'incenerimento dei rifiuti); Direttiva 2001/77/CEE (sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità); Direttiva 2001/80/CE (concernente la limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati dai grandi impianti di combustione); Direttiva 2001/81/CE (relativa ai limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici); Direttiva 2001/100/CE (che modifica la direttiva 70/220/CEE del Consiglio concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle misure da adottare contro l'inquinamento atmosferico da emissioni dei veicoli a motore); Direttiva 2002/3/CE (relativa all'ozono nell'aria); Direttiva 2003/87/CE (istituzione di un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio); Direttiva 2004/26/CE (Modifica alla Direttiva 97/68/Ce sui provvedimenti contro le emissioni inquinanti dei motori).
Direttiva 2004/42/CE (Limitazione delle emissioni di composti organici volatili da pitture e vernici); Direttiva 2004/101/CE (modifica della D. 2003/87/CE relativa allo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra); Direttiva 2004/107/CE (valori obiettivo per la concentrazione nell'aria ambiente di arsenico, cadmio, mercurio, nickel e idrocarburi policiclici aromatici); Direttiva 2005/13/CE (Modifica

Nel 2001 veniva approvato il Sesto programma d'azione a favore dell'ambiente che aggiornava gli obiettivi già individuati, introducendo cinque assi di azione strategica sui cui operare in senso migliorativo, costituiti dal miglioramento dell'applicazione della legislazione vigente; dall'integrazione delle tematiche ambientali nelle altre politiche; dalla collaborazione con il mercato; dal coinvolgimento dei cittadini, tramite politiche di sensibilizzazione volte a modificarne il comportamento; dal considerare l'ambiente nelle decisioni in materia di assetto e gestione territoriale[14].

Nello stesso anno veniva approvata anche la Direttiva 2001/81/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio il cui art 1 prevede di *"assicurare nella Comunità una maggiore protezione dell'ambiente e della salute umana dagli effetti nocivi provocati dall'acidificazione, dall'eutrofizzazione del suolo e dall'ozono a livello del suolo, e perseguire l'obiettivo a lungo termine di mantenere il livello ed il carico di queste sostanze al di sotto dei valori critici e di garantire un'efficace tutela della popolazione contro i rischi accertati dell'inquinamento atmosferico per la salute stabilendo limiti nazionali di emissione e fissando come termini di riferimento gli anni 2010 e 2020*"[15].

Un salto di qualità si è avuto con l'approvazione della Direttiva 2008/50/CE[16] relativa alla qualità dell'aria volta a riorganizzare l'intera materia , specialmente sotto due distinti profili inerenti la gestione del flusso di informazioni e la revisione degli standard di qualità dell'aria per il PM10 e per il PM2,5[17] .

Con riguardo al primo profilo, attualmente esistono due distinte tipologie di flussi informativi.

---

della Direttiva 2000/25/CE relativa all'emissione di inquinanti gassosi e particolato ad opera di motori di trattori agricoli o forestali); Direttiva 2005/21/CE (Adeguamento al progresso tecnico della Direttiva 72/306/CE relativa all'inquinamento prodotto da motori diesel); Direttiva 2005/55/CE e Direttiva 2005/78/CE (Provvedimenti contro l'emissione di inquinanti gassosi e del particolato emessi dai motori dei veicoli); Direttiva 2005/166/CE (Modalità di applicazione della Direttiva 2004/280 Ce relativa ad un meccanismo per monitorare le emissioni di gas a effetto serra nella Comunità e per attuare il protocollo di Kyoto); Direttiva 2006/51/CE (Modifiche alle D 2005/78/Ce e 2005/55/Ce relative ai requisiti del sistema di controllo delle emissioni nei veicoli e le deroghe per i motori a gas) più recentemente si veda la Direttiva 2016/2284/UE.

[14] Per ciascuno degli assi il nuovo Programma individuava, inoltre, specifiche azioni da intraprendere, necessarie per "influenzare le decisioni prese dagli ambienti imprenditoriali, dai consumatori, dai responsabili politici e dai cittadini", concentrandosi su quattro settori d'intervento prioritari: "cambiamento climatico, biodiversità, ambiente e salute e gestione sostenibile delle risorse e dei rifiuti".

[15] Direttiva 2001/81/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2001 relativa ai limiti nazionali.
di emissione di alcuni inquinanti atmosferici.

[16] Direttiva 2008/50/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 maggio 2008 in G.U.C.E. 11-6-2008. L'art. 33 paragrafo 1della Direttiva, prevede il termine dell'11 giugno 2010 per conformarsi alle previsioni del provvedimento.

[17] Secondo l'art. 1, n.11) della Direttiva 99/30 e dell'art.2 della Direttiva 50/08, con tale sigla (PM 10) si intendono quelle le particelle che penetrano attraverso un ingresso dimensionale selettivo con un'efficienza di interruzione del 50 % per un diametro aerodinamico di 10 µm , mentre per PM2,5 s'intendono si intendono quelle le particelle che penetrano attraverso un ingresso dimensionale selettivo con un'efficienza di interruzione del 50 % per un diametro aerodinamico di 2,5 µm.

Il primo flusso è di natura prettamente informativa è costituito dai cosiddetti Punti Focali Regionali (PFR) che inviano dei dati all' Agenzia di protezione ambiente e territorio (APAT) che, dopo averli elaborati, li invia all'Agenzia Europea per l'ambiente ed alla Commissione Europea[18].

Il secondo flusso, invece, ha funzione di controllo in quanto serve per verificare il rispetto dei valori limite della qualità dell'aria, tali informazioni provengono dalle Regioni e Province ai Ministeri dell'Ambiente e territorio e della Salute.

La Direttiva "quadro" pone l'obiettivo di razionalizzare la gestione dei flussi unificandoli in un unico processo gestito telematicamente.

Il secondo aspetto oggetto di revisione è quello degli *standards* di qualità dell'aria: un valore limite giornaliero ed un valore limite annuale. La nuova Direttiva è volta a modificare ulteriormente tali valori.

Nel 2016 è stata emanata la Direttiva 2016/2284/Ue[19], che aggiorna e sostituisce la precedente Dir. 2001/81/Ce, rinnovando gli impegni per gli Stati di riduzione per gli inquinanti atmosferici al fine di raggiungere livelli di qualità dell'aria che non danneggino la salute umana e l'ambiente mediante l'elaborazione, l'adozione e l'attuazione di programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico, nonché il continuo monitoraggio e la comunicazione delle emissioni atmosferiche di agenti inquinanti nonché delle le opzioni strategiche volte a rispettare gli impegni di riduzione ed un calendario di attuazione delle misure.

A tal fine, nel marzo 2019, la Commissione Europea ha adottato precise Linee guida (invero giuridicamente non vincolanti) con l'intento di assistere le autorità nazionali nell'elaborazione di programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico suddividendo in quattro capitoli il formato del programma nazionale, il monitoraggio dei progressi realizzati nella sua attuazione, le consultazioni sul programma nazionale e la sua diffusione[20].

Recentemente, con riferimento alla pandemia da SarsCov2 (cd Covid 19), la Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare del

[18] SI veda in proposito la Decisione 97/101/CE del Consiglio del 27-1-1997 e ss.mm.ii., in base alla quale è stato instaurato un sistema di interscambio di informazioni provenienti dalle reti e dalle stazioni si misurazione dei singoli Stati membri.

[19] Dir. Ue 2016/2284 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, concernente la riduzione delle emissioni nazionali di determinati inquinanti atmosferici, che modifica la Dir. 2003/35/Ce e abroga la Dir. 2001/81/Ce OJ L 344, 17 dicembre 2016.

[20] Comunicazione della Commissione Europea del 1° marzo 2019, Linee guida per lo sviluppo di programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico ai sensi della direttiva (UE) 2016/2284 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la riduzione delle emissioni nazionali di determinati inquinanti atmosferici, 2019/C 77/01. Si veda anche la relazione speciale n. 23/2018 della Corte dei conti europea, dell'11 settembre 2018, dal titolo "Inquinamento atmosferico: la nostra salute non è ancora sufficientemente protetta".

Parlamento Europeo ha rilevato che la pandemia costituisce esempio dei legami inestricabili tra la salute umana e la salute degli ecosistemi[21].

Infatti le misure di confinamento adottate dai paesi dell'UE hanno determinato un calo significativo delle emissioni di inquinanti atmosferici, in particolare quelli prodotti dal trasporto stradale, dall'aviazione e dal trasporto marittimo internazionale. Ciò dimostra che un'esposizione a lungo termine all'inquinamento atmosferico può aumentare la vulnerabilità alla COVID-19 .

Appare chiaro che da questa tragedia si debbano trarre degli insegnamenti proprio per quanto riguarda l'inquinamento atmosferico attraverso l'elaborazione di nuove politiche, nonché di porre la lotta all'inquinamento atmosferico al centro del piano di ripresa dell'UE, garantendo la salute dei cittadini e sviluppare una maggiore resilienza alle minacce specialmente attraverso l'uso corretto della pianificazione e della comunicazione mediante la partecipazione proprio di quegli enti più vicini ai cittadini

3. La legislazione italiana

Alla legislazione comunitaria sopra indicata l'Italia ha dato gradualmente e tardivamente attuazione prima con il D.p.r. 24 maggio 1988 n.203 (espressamente abrogato dal T.U. ambientale), poi con il D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 351, completato dalle direttive tecniche di cui al D.M. 1° ottobre 2002, n. 261, per la direttiva quadro, e con D.M. 2 aprile 2002, n. 60, per le direttive 99/30 e 2000/69[22], infine ha recepito la Dir.

[21] Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare, Proposta di risoluzione del parlamento europeo sull'attuazione delle direttive sulla qualità dell'aria ambiente, 8.3.2021- A9-00372021.

[22] Decreto Legislativo 4 agosto 1999, n. 351 (Attuazione della direttiva 96/62/CE in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente); Decreto Legislativo 4 agosto 1999, n. 372 (Attuazione della direttiva 96/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento); Decreto Ministeriale 3 ottobre 2001 (Recupero, riciclo, rigenerazione e distribuzione degli halon); Decreto Ministeriale 2 aprile 2002, n. 60 (Recepimento della direttiva 1999/30/CE del Consiglio del 22 aprile 1999 concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo e della direttiva 2000/69/CE relativa ai valori limite di qualità dell'aria ambiente per il benzene ed il monossido di carbonio); Legge 6 maggio 2002, n. 82 (Disposizioni urgenti per l'individuazione della disciplina relativa all'utilizzazione del coke da petrolio (pet-coke) negli impianti di combustione); Decreto Ministeriale 2 settembre 2003 (Modalità per il recupero di alcune sostanze dannose per l'ozono stratosferico); Decreto Ministeriale 1 ottobre 2002, n. 261 (Regolamento recante le direttive tecniche per la valutazione preliminare della qualità dell'aria ambiente, i criteri per l'elaborazione del piano e dei programmi di cui agli articoli 8 e 9 del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 351); Decreto Legislativo 13 gennaio 2003, n. 36 (Attuazione della direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti; è richiesto il monitoraggio dell'aria); Decreto Legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità); Decreto Legislativo 21 maggio 2004, n. 171 (Limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici); Decreto Legislativo 21 maggio 2004, n. 183 (Attuazione della direttiva 2002/3/CE relativa all'ozono nell'aria) ; Decreto Ministeriale 31 gennaio 2005 (Emanazione di linee guida per l'individuazione e l'utilizzazione dellemigliori tecniche disponibili, per le attività elencate nell'allegato I del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 372).

2008/98/C , invero più velocemente, con D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 155 modificato poi con il d.lgs 205/2012[23].

Nel dicembre 2015 è stata riconosciuta l'"emergenza polveri sottili", posto che la gestione della qualità dell'aria, per effetto di tale provvedimento, era stata sostanzialmente affidata alle Regioni e alle Province autonome, che avrebbero dovuto adottare una serie di Piani, senza tuttavia prevedere alcun esercizio di poteri sostitutivi, in caso di inerzia o di inadeguatezza delle misure assunte da queste ultime, ferma restando la responsabilità dello Stato, in caso di mancato conseguimento degli obiettivi stabiliti dal rigoroso scadenzario previsto dalla Direttiva europea .

Per quanto attiene l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera, la disciplina di riferimento è quella contenuta nel il d.lgs 152/06 ma si sono susseguiti una serie di provvedimenti che hanno diversamente inciso sulla disciplina "guida"[24].

a) Il controllo della qualità "Aria - Ambiente"

Il d.lgs 351/99 abrogato dal d.lgs155/2010, era dedicato esclusivamente alla disciplina della valutazione e controllo della qualità dell'aria.

Dalla struttura del testo normativo emergono due distinti e rilevanti profili ancora oggi rilevanti della *ratio legis*: quello di controllo della qualità dell'aria e quello informativo, entrambi vedono coinvolti tutti gli enti costitutivi della Repubblica. L'art.2, infatti, prevede che: " *Lo Stato, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali, ciascuno secondo le competenze previste dalle vigenti leggi e nel rispetto delle norme di cui agli articoli successivi, sono responsabili dell'attuazione del presente decreto"*. Ed a proposito dell'accesso alle informazioni ambientali l'art. 11 ribadisce il medesimo concetto stabilendo che:" *Lo Stato, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali garantiscono, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, che informazioni aggiornate sulla qualità dell'aria ambiente relativamente agli inquinanti normati ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, siano messe regolarmente a disposizione del pubblico, nonché degli organismi interessati"*.

L'accesso alle informazioni sulla qualità dell'aria era assicurato dagli art.11 e 12 del d.lgs 351/99. Il primo articolo prevedeva al comma 2, che le informazioni devono

[23]D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 155 "Attuazione della direttiva 2008/50/Ce relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa".
[24] D.Lgs. n. 51/2008, D.Lgs. n. 128/2010 , D.Lgs. n. 30/2013, D.P.R. n. 74/2013, D.P.R. n. 59/2013, D.Lgs. n. 46/2014, D.Lgs. n. 112/2014, D.Lgs. n. 111/2015, Legge n. 79/2016, D.Lgs. n. 183/2017, D.M. Ministero dell'Ambiente n. 186/2017, D.Lgs. n. 81/2018.

essere chiare, comprensibili e accessibili; la seconda disposizione, invece , disciplinava un sistema di comunicazione delle informazioni tra la regioni , i ministeri dell'ambiente e della salute, l'APAT, la Commissione Europea.

L'art. 4 del D.lgs 351/99 stabiliva che il Ministro dell'ambiente di concerto con quello della Salute, sentita la Conferenza unificata Stato- regioni- città, recepiva i valori limite e le soglie d'allarme per gli inquinanti elencati negli allegati della Direttiva 62/96 ed i termini entro i quali raggiungere tali limiti ; il margine di tolleranza fissato per ciascun inquinante; il valore obiettivo per l'ozono e gli specifici requisiti di monitoraggio, valutazione, gestione ed informazione[25].

Alle regioni spettavano, invece, i compiti di gestione concreta del territorio effettuando, preliminarmente, una valutazione della qualità dell'aria e, sulla scorta di tale valutazione, provvedendo ad individuare delle zone cd di rischio in cui i livelli di uno o più inquinanti comportano il rischio di superamento dei valori limite e delle soglie di allarme[26], individuano l'autorità competente alla gestione di tali situazioni di rischio.

In particolare erano previste due distinte ipotesi: la prima riguardava quelle parti del territorio in cui i valori limite fossero stati raggiunti con il rischio di superamento; la seconda, invece, atteneva a quelle zone in cui tali valori fossero stati superati.

L'art. 7 del d.lgs 351/99, disciplinava la prima delle due ipotesi e prevede che le regioni devono individuare quelle zone del territorio in cui sussista il rischio di superamento dei valori limite delle sostanze inquinanti. Una volta individuate le zone, dovranno essere redatti dei piani d'azione aventi l'obiettivo di ridurre il rischio di superamento dei limiti e delle soglie d'allarme, ed il compito di individuare tutte quelle misure di controllo e di sospensione di tutte quelle attività che possano portare al superamento dei limiti stabiliti.

La disciplina delle zone di superamento dei limiti era contenuta nell'art. 8 del d.lgs 351/99 che, anche in tale caso, prevede l'individuazione di zone del territorio all'interno delle quali i valori siano stati superati[27] e la successiva redazione di piani di

---

[25] In buona sostanza si vengono a determinare i cd valori limite ed i valori guida di qualità dell'aria (si veda l'art. 2 nn.2 e 3 del Dpr. 203/88).

[26] L'art. 8 del D.lgs 351/99 stabilisce che *:"... Le regioni provvedono, sulla base della valutazione preliminare di cui all'articolo 5, in prima applicazione, e, successivamente, sulla base della valutazione di cui all'articolo 6, alla definizione di una lista di zone e di agglomerati nei quali:*
a) i livelli di uno o più inquinanti eccedono il valore limite aumentato del margine di tolleranza;
b) i livelli di uno o più inquinanti sono compresi tra il valore limite ed il valore limite aumentato del margine di tolleranza.
2. Nel caso che nessun margine di tolleranza sia stato fissato per uno specifico inquinante, le zone e gli agglomerati nei quali il livello di tale inquinante supera il valore limite, sono equiparate alle zone ed agglomerati di cui al comma 1, lettera a) .
3. Nelle zone e negli agglomerati di cui al comma 1, le regioni adottano un piano o un programma per il raggiungimento dei valori limite entro i termini stabiliti ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c) . Nelle zone e negli agglomerati in cui il livello di più inquinanti supera i valori limite, le regioni predispongono un piano integrato per tutti gli inquinanti in questione".

[27] Più precisamente l'art. 8 prevede a sua volta due distinte tipologie di zone: quelle in cui i livelli degli inquinanti abbiano superato i valori limite aumentati di un margine di tolleranza; quelle in cui i livelli degli inquinanti siano compresi tra i valori limite ed i valori limite aumentato di un margine di tolleranza.

azione, volti a far rientrare i valori nei limiti stabiliti dalla legge, costituenti uno strumento dinamico ed organico di programmazione, coordinamento e controllo, volto al raggiungimento degli obiettivi di miglioramento della qualità dell'aria.

Il decreto legislativo n.155 del 13 agosto 2010, che ha recepito la direttiva 2008/50/CE relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita,[28] ed anche la successiva novella del 2012 confermano tutti gli obiettivi della precedente normativa di controllo della qualità dell'aria e quello informativo cercando di creare un quadro normativo unitario.

A tale scopo l'art. 20 ha istituito un sistema a rete tra Ministero (oggi della Transizione ecologica) regioni e autorità competenti in materia di aria ambiente ed altri enti, operando attraverso riunioni periodiche, gruppi di lavoro, per l'elaborazione di linee di indirizzo e linee guida.

Il provvedimento legislativo conferma la competenza delle regioni e delle provincie autonome in materia di valutazione e gestione della qualità dell'aria; esso prevede inoltre che i predetti enti possano delegare uno o più compiti in materia di valutazione e gestione della qualità dell'aria alle rispettive agenzie regionali e provinciali per la protezione ambientale.

Nell'ambito del coordinamento, proprio per garantire uniformità e conformità di applicazione in particolare nella fase di zonizzazione e di valutazione della qualità dell'aria, le regioni e province autonome, devono presentare un progetto di zonizzazione e successivamente un progetto di valutazione della qualità dell'aria che vengono sottoposti ad una fase di verifica preventiva da parte

del Ministero dell'ambiente che, in questo lavoro è supportato da ISPRA ed ENEA.

La zonizzazione, già presente nella normativa precedente, consiste nel suddividere il territorio in agglomerati e zone ai fini della valutazione e della gestione. Nella definizione di agglomerato del D.Lgs. 155/2010 (art.2) rispetto alla precedente riportata nel D.Lgs. 351/99, è stato aggiunto, oltre all'indicazione di un valore di densità di abitanti, la necessaria presenza della conurbazione.

Secondo il D.Lgs. 155/2010 l'agglomerato è infatti una zona costituita da un'area urbana o da un insieme di aree urbane che distano tra loro non più di qualche km oppure da un'area urbana principale e dall'insieme delle aree urbane minori che dipendono da

[28] Con questi provvedimenti vengono abrogate numerose norme che in precedenza in modo frammentario disciplinavano la materia: i principali atti normativi abrogati e sostituiti sono la direttiva cosiddetta "madre" 1996/62, la direttiva 1999/30 (biossido di zolfo, biossido di azoto, particolato, piombo) la direttiva 2000/69 (benzene e monossido di carbonio), la direttiva 2000/3 su ozono troposferico, la decisione 97/101 che instaurava uno scambio reciproco di informazioni e dati provenienti dalle reti e dalle stazioni di monitoraggio tra Stati Membri. Per quanto attiene all'ordinamento interno sono stati abrogati il D.Lgs. 351/1999, il D.M. 60/2002, il D.M. 261/2002, il D.Lgs 183/2004, il D.Lgs 152/2007. La normativa nazionale, a differenza di quella comunitaria che con la direttiva 2008/50 non ha abrogato e sostituito la direttiva 2004/107, ritenendo ancora insufficiente l'esperienza su IPA e metalli, con l'abrogazione e la sostituzione del D.Lgs.152/2007 di attuazione della direttiva 2004/107 ha incluso nel D.Lgs. 155/2010 anche le norme riguardanti IPA, As, Cd, Ni, e Hg.

quella principale sul piano demografico, dei servizi e dei flussi di persone e merci con popolazione superiore ai 250.000 abitanti o, se la popolazione è pari o inferiore, con una densità di 3.000 abitanti per km2[29].

Con la normativa attuale, dopo l'individuazione degli agglomerati sulla base della popolazione, della densità abitativa e dell'assetto urbanistico, le altre zone devono essere individuate sulla base del carico emissivo, delle caratteristiche orografiche, delle caratteristiche meteo-climatiche e del grado di urbanizzazione del territorio.

Si deve rilevare che la disciplina della zonizzazione è ribaltata rispetto la precedente normativa. Infatti il precedente punto di partenza per la zonizzazione era lo stato della qualità dell'aria, la situazione di inquinamento e la sua intensità, ora il punto di partenza è costituito dalla conoscenza delle cause che generano l'inquinamento e non la situazione di inquinamento che ne è la conseguenza e ciò implica un maggiore rispetto dei principi di prevenzione e precauzione.

Nel medesimo senso, anche la valutazione (art.1, art.5, all. III, appendici II e III), basata sulla zonizzazione, deve essere capace di descrivere tutto il territorio dal punto di vista della qualità dell'aria.

La valutazione deve consentire di individuare, all'interno di una zona o agglomerato, le aree di superamento che sono quelle parti di territorio in cui i livelli di inquinanti superano i parametri normativi e dove dovranno essere realizzate le misure di risanamento; deve inoltre consentire la distribuzione dei dati puntuali anche ai fini della valutazione dell'esposizione della popolazione

L'uso esclusivo dei dati di monitoraggio, che sono "puntuali" essendo legati alla collocazione della stazione sul territorio, non permette di caratterizzare tutto il territorio.

Questo è possibile attraverso l'integrazione e la combinazione tra le diverse tecniche di valutazione individuate dal decreto e il cui utilizzo regioni e provincie autonome devono indicare nel progetto di valutazione per il territorio di propria competenza[30].

---

[29] Per eseguire la zonizzazione di un territorio, secondo quanto riportato nel D.M. 261/2002 che indicava i criteri tecnici da seguire nella valutazione e gestione della qualità dell'aria, era necessario prendere in considerazione tutti parametri rilevanti per la qualità dell'aria (medie annuali, superamenti, etc); in base alla situazione della qualità aria si identificavano le zone con caratteristiche simili di qualità aria, in termini di superamenti, di tipi di sorgenti e caratteristiche meteo-climatiche e orografiche.

[30] Gli strumenti conoscitivi ai fini della valutazione della qualità dell'aria sono: le misurazioni in siti fissi, che sono caratterizzate da obiettivi di qualità molto rigorosi; le misure indicative che, caratterizzate da obiettivi di qualità meno stringenti rispetto alle misure in siti fissi, consentono di avere indicazioni sulla qualità dell'aria in punti del territorio diversi dai siti della rete di riferimento; le tecniche di modellizzazione, che caratterizzate da un approccio deterministico per cui le concentrazioni sono funzione di emissioni e condizioni meteorologiche, rappresentano il principale strumento per la descrizione della qualità dell'aria nello spazio e nel tempo; infine la stima obiettiva, che caratterizzata da approcci empirici, generalmente meno complessi dei metodi deterministici, consente di ottenere campi di concentrazione degli inquinanti, nel rispetto dei criteri individuati dal decreto. L'uso integrato delle tecniche di valutazione previste, consente di passare dall'ottica "puntuale" dei dati di monitoraggio, ad un'ottica "spaziale" necessaria per la descrizione del territorio. L'integrazione e la combinazione delle diverse tecniche di valutazione, sulla base della classificazione delle zone e agglomerati rispetto alle

Tra le tecniche di valutazione della qualità dell'aria sicuramente le misure nelle stazioni di monitoraggio occupano un "posto d'onore" per l'elevata attendibilità dei dati e perché nel corso degli anni passati, hanno permesso di conoscere il fenomeno dell'inquinamento atmosferico, la formazione di una consapevolezza ambientale individuale e pubblica e lo sviluppo di politiche a tutela della salute dell'uomo e dell'ambiente nel complesso[31].

E' noto che le reti regionali presenti sul nostro territorio si trascinano problemi storici che necessitano di soluzioni.

Per le stazioni e le reti gestite da soggetti privati o pubblici diversi da regioni e provincie autonome è previsto un controllo pubblico da parte delle autorità competenti che devono svolgere una continua supervisione sulle modalità di gestione, di raccolta, trattamento e validazione dei dati. Anche l'installazione o l'adeguamento di una stazione di monitoraggio nell'ambito delle decisioni di valutazione ambientale (VIA) e delle autorizzazioni integrate ambientali (AIA) sia statali che regionali sarà possibile solo se l'ente competente valuta che tale stazione è necessaria per la rete di misura o per il programma di valutazione quindi alla valutazione dell'area.

In caso positivo la stazione dovrà essere conforme alle disposizioni del decreto e sottoposta al controllo pubblico da parte di regioni e provincie autonome.

Un aspetto molto importante in materia di qualità dell'aria è quello della comunicazione e dell'informazione al pubblico.

L'accesso e la diffusione al pubblico dell'informazione, così come previsto dall'art. 18, è di competenza locale, delle regioni e provincie autonome, che in linea con il D.Lgs. 195/200, devono fornire informazioni aggiornate e precise, in forma chiara e comprensibile senza oneri aggiuntivi per il pubblico utilizzando radio, televisione, stampa, pubblicazioni, pannelli informativi e altri strumenti di adeguata potenzialità e facilità di accesso.

L'art. 14 prevede inoltre, in caso di superamento delle soglie di informazione e di allarme ulteriori obblighi di comunicazione al pubblico e al ministero dell'ambiente, del territorio e del mare.

Il sistema di comunicazione è costituito da tre livelli: il livello locale dove vengono prodotti i dati e le informazioni rappresentato da regioni e provincie autonome; il livello nazionale rappresentato dal Ministero e da ISPRA, che su questo tema ha sempre avuto un ruolo importante; il livello europeo rappresentato dalla Commissione europea e dall'Agenzia europea per l'ambiente.

---

soglie di valutazione (all.II), è regolata dal D.Lgs. 155/2010 sul principio che quanto più la situazione di inquinamento atmosferico è severa, tanto maggiore deve essere il ricorso alle misure da siti fissi; via via che la severità della situazione decresce, è consentito un sempre maggiore ricorso alle tecniche di valutazione diverse dalle misurazioni in siti fissi, fino ad un loro uso esclusivo.

[31] Anche per stazioni e reti di monitoraggio sono introdotti particolari elementi a garanzia della uniformità e qualità del funzionamento della rete e quindi delle informazioni che da essa provengono. La rete innanzitutto deve essere progettata su principi di efficienza, efficacia e economicità e l'inutile eccesso di stazioni è da evitare.

Con la Legge 25 ottobre 2017, n. 163 per l'attuazione della Dir. 2016/2284/Ue, il Governo italiano ha adottato il D.Lgs. 30 maggio 2018, n. 81, entrato in vigore il 17 luglio 2018[32].

Il D.Lgs. n. 81/2018 cercando di attuare velocemente le previsioni comunitarie, prevede una riduzione progressiva delle emissioni di biossido di zolfo, ossidi di azoto, composti organici volatili non metanici, ammoniaca e di particolato fine (PM 2,5) senza però quantificare il valore massimo annuo.

In particolare l'art 4 individua, quale strumento fondamentale per limitare le emissioni, il "Programma nazionale di controllo dell'inquinamento atmosferico", che viene elaborato dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio con il supporto tecnico dell'ISPRA e nel corso della sua elaborazione si prevede la consultazione dei soggetti responsabili per l'attuazione delle politiche e delle misure del programma nazionale e degli altri soggetti aventi competenze nei settori interessati da tali politiche e misure .

Il successivo art 5, invece, prevede l'attuazione efficace, puntuale e coordinata del programma ed a tal fine istituisce un tavolo di coordinamento di cui fanno parte i rappresentanti della Presidenza del Consiglio dei ministri, dei Ministeri dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, delle politiche agricole alimentari e forestali e della salute, nel numero massimo di tre per Amministrazione, nonché i rappresentanti delle regioni e degli enti locali, responsabili per l'attuazione delle misure e delle politiche del programma nazionale, designati dalla Conferenza unificata .

Quindi da un lato la redazione del piano si presenta come atto la cui genesi è ancorata esclusivamente a livello centrale, di contro si cerca una certa "condivisione" nella sua attuazione e ciò non appare in linea con quanto previsto dalla Direttiva 2016/2284/Ue e con la recente proposta della Commissione di Risoluzione del Parlamento Europeo sull'attuazione delle direttive sulla qualità dell'aria ambiente[33], che rileva la necessità di coinvolgimento concreto e reale delle autorità locali nella elaborazione ed attuazione del piano proprio per la natura localizzata delle cause e delle conseguenze dell'inquinamento atmosferico .

b) Il D.lgs 152/2006 e la disciplina delle emissioni in atmosfera

A differenza del D.lgs 155/2010 sopra indicato, le disposizioni contenute nel D.lgs 156/2006 che seguono contengono la disciplina relativa all'autorizzazione all'emissioni in atmosfera.

[32] Tale disposizione di legge ha abrogato il D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 171 (attuativo della precedente Dir. 2001/81/Ce), che ha continuato ad esplicare i suoi effetti circa la riduzione delle emissioni fino al 31 dicembre 2019, in corrispondenza della totale cessazione dell'efficacia della Dir. 2001/81.
[33] Cfr nota 21 cit.

L'Art. 267, comma 1, d.lgs 152/2006, prevede che la disciplina dettata dal Titolo I della parte V si applica:" *agli impianti, inclusi gli impianti termici civili non disciplinati dal titolo II, ed alle attività che producono emissioni in atmosfera e stabilisce i valori di emissione, le prescrizioni, i metodi di campionamento e di analisi delle emissioni ed i criteri per la valutazione della conformità dei valori misurati ai valori limite."*

Il successivo articolo è dedicato all'elencazione delle definizioni fondamentali applicabili al parte V "Norme in tutela dell'aria e della riduzione delle emissioni in atmosfera". Rilevanti appaiono quelle d'"inquinamento atmosferico" (lett.a) e d'"impianto" soggetto alla procedura autorizzatoria (lett.h).

L'inquinamento atmosferico è definito come *"ogni modificazione dell'aria atmosferica, dovuta all'introduzione nella stessa di una o di più sostanze in quantità e con caratteristiche tali da ledere o da costituire un pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente oppure tali da ledere i beni materiali o compromettere gli usi legittimi dell'ambiente".* Tale definizione appare discostarsi da quelle indicata dall'abrogato Dpr 203/88 secondo cui l'inquinamento atmosferico era inteso come *"ogni modificazione della normale composizione o stato fisico dell'aria atmosferica, dovuta alla presenza nella stessa di una o più sostanze in quantità e, con caratteristiche tali:*

-da alterare le normali condizioni ambientali e di salubrità dell'aria;

-da costituire pericolo, ovvero, pregiudizio diretto od indiretto per la salute dell'uomo;

-da compromettere le attività ricreative e gli altri usi legittimi dell'ambiente, alterare le risorse biologiche e gli ecosistemi ed i beni materiali pubblici e privati".

La previsione contenuta nell'art. 268 D.lgs 152/06, sostanzia la fattispecie di inquinamento atmosferico solamente nel caso d'introduzione nell'aria atmosferica di sostanze inquinanti, mentre a mente del Dpr 203/88 bastava la sola presenza di sostanze idonee anche soltanto ad alterare le risorse ecologiche, gli ecosistemi o la salubrità ambientale.

La lett.h) dell'art 268 contiene la definizione di impianto da sottoporre ad autorizzazione e lo definisce come *"il macchinario o il sistema o l'insieme di macchinari o di sistemi costituito da una struttura fissa e dotato di autonomia funzionale in quanto destinato ad una specifica attività"*, intendendosi con quest'ultima anche *"la fase di un ciclo produttivo più ampio"*[34]. Con tale definizione si è fornita risposta all'interrogativo sollevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si chiedevano se uno stabilimento, dotato di diversi impianti o punti di emissione, dovesse ottenere un'autorizzazione unica o per singolo punto.

[34] Anche tale nozione si discosta da quella contenuta nell' art. 2 comma 9, Dpr 203/88, che definiva l'impianto come *"stabilimento o altro impianto fisso che serva per usi industriali o di pubblica utilità e possa provocare inquina".*

Secondo la novella del D.lgs 152/06 l'autorizzazione deve riguardare il valore limite di emissione riferito ai singoli punti di fuoriuscita dei fumi in atmosfera quando si tratti di impianti diversi per funzione e ciclo produttivo adottato. Di contro nel caso in cui siano presenti linee produttive omogenee per ciclo produttivo il valore limite di emissione dovrà attenere alla sommatoria dei diversi punti.

Con il D.L. 14 ottobre 2019, n. 111, "Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla Dir. 2008/50/CE sulla qualità dell'aria" così come modificato dalla legge di conversione n. 141/2019, si è tentato di rispettare l'obbligo per il conseguimento della riduzione degli agenti inquinanti entro il 31 dicembre 2020 secondo le disposizioni della Direttiva europea, ma senza riuscirvi anche per l'assenza di tempestiva approvazione del "Programma strategico nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria" [35].

4. Il ruolo degli enti locali tra controllo diretto e indiretto della qualità dell'aria-ambiente

Il quadro delle competenze definito dal d.lgs 155/2010 e dal d.lgs 156/2006, s'interseca con le previsioni contenute in altri testi che affidano agli enti locali anche compiti di tutela indiretta contro l'inquinamento atmosferico. Ci riferisce al D.lgs 112/98 ed al d.lgs 267/00 recante il testo unico degli enti locali.

L' art. 84, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 prima e l'art. 19, comma 1 lett. g) del d.lgs 267/00 attribuiscono alla provincia la funzione di rilevamento, disciplina e controllo delle emissioni atmosferiche[36], ricordiamo anche che già l'art. 104 del Dpr 616/77 attribuiva ai comuni le funzioni amministrative concernenti il controllo dell'inquinamento atmosferico proveniente da impianti termici, il controllo, in sede di circolazione, dell'inquinamento atmosferico od acustico prodotto da auto e motoveicoli.

Alle predette disposizioni sin aggiungono anche quelle che indirettamente ineriscono alla tutela della qualità dell'aria.

Si collega a quanto sopra la disciplina relativa all'autorizzazione all'insediamento di impianti produttivi, contenuta nell'art. 13 del d.lgs 267/00 che conferisce al comune il potere di curare l'assetto e l'utilizzazione del territorio, e che gli artt. 23 ss del d.lgs 112/98 attribuiscono allo stesso ente le funzioni amministrative concernenti la

[35] D.L. successivamente convertito nella legge 12 dicembre 2019, n. 141, rubricata, appunto, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 ottobre 2019, n. 111, recante misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229 ".

[36] L'art.32 del D.lgs 30 marzo 1999 n.96, attribuiva già alla Provincia le funzioni relative alla tenuta e all'aggiornamento degli inventari delle fonti di emissione ed al rilascio della abilitazione alla conduzione di impianti termici e alla istituzione dei relativi corsi di formazione.

realizzazione, l'ampliamento, la cessazione, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi, ivi incluso il rilascio del permesso di costruire[37].

Tale articolazione di competenze va coordinata con il nuovo assetto istituzionale derivante dal nuovo titolo V della Costituzione che, come indicato in precedenza, rende ancor più complessa la gestione dei rapporti tra gli enti territoriali costitutivi della Repubblica in ordine alla tutela dell'ambiente, e ciò anche perché il legame sussistente tra tutela dell'ambiente e governo del territorio, su cui incidono le potestà dei diversi enti territoriali, appare oggi ancor più marcato[38].

L'assetto costituzionale introdotto dalla riforma del 2001, quindi, dopo vent'anni non ha ancora contribuito a migliorare la complessa e delicata trama dei rapporti tra amministrazioni centrali e autonomie territoriali la cui incertezza ha certamente contribuito alla condanna per aver superato in modo continuato dal 2008 al 2017 il valore limite delle concentrazioni di particelle inquinanti .

Appare allora necessario individuare un assetto equilibrato delle relazioni complessive tra i diversi livelli di governo[39], la cui definizione non può che avvenire attraverso strumenti di coordinamento di competenze e di raccordi procedimentali che consentano di addivenire alla formulazione di una scelta realmente condivisa in ordine alla realizzazione degli obiettivi di tutela indicati a livello statale[40].

Solo attraverso il coinvolgimento effettivo degli enti locali esponenziali degli interessi radicati nel proprio territorio, nelle strategie decisionali in ordine alla tutela dell'ambiente ed al suo contemperamento con gli altri interessi, si potrà giungere alla scelta migliore proprio perché attraverso lo strumento di raccordo si determinano in maniera condivisa da tutti gli enti le azioni da porre in essere nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione[41] ormai istituzionalizzato nel sistema delle Conferenze (Conferenza permanente per i rapporti Stato-Regioni Province

---

[37] Tali funzioni sono esercitate attraverso l'istituzione dello sportello unico per le attività produttive che gestisce un procedimento la cui istruttoria ha per oggetto in particolare i profili urbanistici, sanitari, della tutela ambientale e della sicurezza. Si veda in proposito l'art.25, comma 1, d.lgs 112/98.

[38] Così già DELL'ANNO, *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in Riv. giur. ambiente 2005, 6, 957.

[39] Ricordiamo la scelta della nuova Costituzione di abbandonare il criterio del parallelismo - in virtù del quale le funzioni amministrative regionali finivano col coincidere con l'arco delle competenze legislative - e attribuire viceversa, sul piano generale, ogni competenza di amministrazione attiva ai comuni, salvo che, esigenze di gestione unitaria degli interessi in gioco, sospingano ad operare un diverso conferimento delle medesime a province, città metropolitane regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (art. 118, 1 co Cost.).Si veda in proposito F. FRACCHIA, *Le funzioni amministrative nel nuovo art. 118 Cost*., in G.F. FERRARI – G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, cit. p. 164, il quale sottolinea come l'attuale contesto risulti in tal modo caratterizzato dalla sussistenza di una coppia di "poteri generali" potenzialmente confliggenti: quello legislativo delle Regioni e quello amministrativo dei Comuni.

[40] A proposito del nuovo assetto costituzionale e dei rapporti tra i differenti livelli di governo si veda: PIRAINO- TERESI, *La riforma del rapporto Regione-Istituzioni locali:gli strumenti di raccordo alla luce dei nuovi indirizzi costituzionali*, Catanzaro, 2004.

[41] In verità tali principi hanno già trovato asilo nel nostro ordinamento a partire dalla legge 142 del 1990 ed evolvendosi attraverso la lege 59 del 1997, il decreto legislativo 112 del 1998, il decreto legislativo 267 del 2000.

autonome; Conferenza Stato – Città –ed autonomie locali; Conferenza Unificata), ed a seguito della riforma del 2001 , si è aggiunto il Consiglio delle Autonomie locali quale organo di raccordo tra regione ed enti locali[42].

Ora, a prescindere dal dato letterale e dalle differenti competenze di tali strumenti di raccordo, ciò che li accomuna è costituito dal fatto di essere luoghi in cui il *decision making* è frutto della partecipazione di tutti gli enti territoriali costitutivi della Repubblica, con conseguente abbandono di ogni "tentazione centralistica"[43].

Non osta a tale concezione quanto affermato in passato dalla Corte Costituzionale[44] che, in buona sostanza, aveva negato l'applicabilità di tale principio nei rapporti Stato- Regioni nella tutela dell'ambiente, posto che la relativa disciplina ricade nella potestà legislativa esclusiva dello Stato che costituisce un limite alla disciplina che le Regioni possono adottare in materie di loro competenza che intersecano l'ambiente. Infatti l'esclusività della potestà legislativa statale attiene alla disciplina di tutela minima del sistema ambiente ben potendo le Regioni adottare una disciplina di tutela ambientale più elevata. Inoltre ricordiamo che la Costituzione assegna agli enti locali l'esercizio delle funzioni amministrative (anche quelle in materia ambientale).

In tal senso, con riferimento alla disciplina dell'inquinamento atmosferico, particolare importanza assumeva quanto previsto dagli artt. 2 e 4 del d.lgs 351/99 che, a Costituzione invariata, aveva già evidenziato l'importanza del coinvolgimento di tutti gli enti territoriali nel momento di individuare i valori limite e le soglie di allarme, ma soprattutto rileva l'art 9, comma 7, del Dl.gs 155/2010 laddove assicura la partecipazione degli enti locali interessati mediante opportune procedure di raccordo e concertazione per la redazione dei piani d'azione [45].

I piani ed i programmi di coordinamento, allora, costituiscono ulteriori strumenti di raccordo tra la regione e gli enti locali, poiché coinvolgono tali enti nella redazione e nell'attivazione delle misure di rilevamento e di controllo del territorio in essi contenute.

Con riferimento a tutti i Piani nazionali, nel marzo 2019 la Commissione Europea, con una sua Comunicazione[46] ha messo a disposizione di tutti gli Stati

[42] Tale strumento consente di mantenere uno stretto collegamento tra regione ed enti esponenziali di una comunità stanziata su un determinato territorio.
[43] Si veda A.PIRAINO op ult. Cit..
[44] Cfr Corte Cost n.104-2008.
[45] A livello operativo, e quindi nel momento dell'esecuzione degli obiettivi prefissati, la collaborazione ed il raccordo tra gli enti veniva richiamato , già il dm 261/02 ai fini dell'individuazione del ruolo svolto dagli enti locali nell'elaborazione dei piani e dei programmi d'azione stabiliva che :" Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano provvedono, nel rispetto del quadro delle competenze amministrative in materia territoriale e ambientale, con apposita normativa e comunque in conformità al proprio ordinamento, ad adottare i piani e i programmi di cui al presente decreto, assicurando il coordinamento di tali piani e degli obiettivi stabiliti dagli stessi con gli altri strumenti di pianificazione settoriale e con gli strumenti di pianificazione degli enti locali".
[46] Comunicazione della Commissione Europea del 1° marzo 2019, Linee guida per lo sviluppo di programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico ai sensi della direttiva (UE)2016/2284

Membri delle specifiche Linee guida (anche se giuridicamente non vincolanti) con l'intento di "assistere le autorità nazionali nell'elaborazione di programmi nazionali di controllo dell'inquinamento atmosferico" trattando, in quattro capitoli corrispondenti, "il formato del programma nazionale, il monitoraggio dei progressi realizzati nella sua attuazione, le consultazioni sul programma

nazionale e la sua diffusione".

Con tale atto la commissione tra le varie necessità, ha manifestato anche quelle di individuare le responsabilità ed i poteri attribuiti alle autorità nazionali, regionali e locali in materia di qualità dell'aria e lotta contro l'inquinamento.

Inoltre con riguardo alle consultazioni con il pubblico e le autorità competenti, ha manifestato la necessità di documentare tutte le consultazioni svolte durante l'elaborazione del programma nazionale coinvolgendo tutti gli stakeholders del settore, quali il pubblico, che comprende tutte le parti interessate, dai membri del vasto pubblico alle ONG ambientali e associazioni professionali di un determinato settore, nonché le autorità competenti interessate, incluse quelle con "*responsabilità ambientali specifiche in materia di inquinamento, qualità e gestione dell'aria a tutti i livelli* (quindi anche locale), *che saranno probabilmente chiamate ad attuare il programma nazionale*";

Con la recente adozione del Piano Nazionale di ripresa e resilienza (PNNR)[47] , che invero non dedica molta attenzione a tale delicato tema, si pone comunque la possibilità di spingere gli enti locali ad

Adottare tutte quelle misure che indirettamente, ma forse in modo migliore, possono divenire determinanti per la tutela della qualità dell'aria.

Ci si riferisce alla elaborazione di piani urbani sostenibili che includano misure quali la creazione di aree verdi e di aree pedonali e senza auto nei centri urbani e la promozione degli spostamenti a piedi e in bicicletta, l'uso di trasporti pubblici accessibili e di soluzioni di mobilità condivisa e sostenibile, garantendo nel contempo la coesistenza con il trasporto motorizzato. In effetti tali scelte dovrebbero costituire la base della pianificazione urbana a lungo termine così come andrebbero messe in atto, anche nell'ambito dei loro piani per la qualità dell'aria, campagne di informazione e programmi di incentivazione per la ristrutturazione degli edifici e la sostituzione di sistemi di riscaldamento e raffreddamento residenziali inefficienti e inquinanti, responsabili di gran parte dell'inquinamento atmosferico con sostanze pericolose per la salute.

---

del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la riduzione delle emissioni nazionali di determinati inquinanti atmosferici, 2019/C 77/01.

[47] Il 25 aprile il Governo ha trasmesso al Parlamento il testo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), oggetto di comunicazioni del Presidente del Consiglio alle Assemblee di Camera e Senato il 26 e 27 aprile. Sulle comunicazioni sono state approvate le risoluzioni n. 6/00189 della Camera e n. 6/00188 del Senato. Il 30 aprile 2021 il Governo ha quindi ufficialmente trasmesso il testo definitivo del PNRR alla Commissione europea; il 4 maggio 2021 il testo è stato trasmesso anche al Parlamento italiano. IL PNNR è stato approvato definitivamente dalla Commissione Europea il 21 giugno 2021.

5. Conclusioni

Dall'esame delle disposizioni sopra indicate e dell'assetto istituzionale derivante dalla loro applicazione, appare chiaro come esista una "relazione d'interdipendenza bilaterale" che lega la tutela dell'ambiente con la disciplina dell'assetto del territorio .

Ciò deriva dall'altrettanto necessaria considerazione in senso unitario della tutela dell'ambiente, inteso non come sommatoria di singoli fattori singolarmente tutelati, ma come tutela coordinata ed unitaria dell'equilibrio complessivo dei fattori che lo compongono[48].

E' chiaro che tutti gli interessi, più o meno intrecciati con quello ambientale, non possono annullarsi in esso, tuttavia dovranno risentire della sua presenza, nel senso di dover essere bilanciati con esso in modo da realizzare *"una visione di sintesi che non esclude, la reciproca autonomia*"[49] ma che comunque conduca ad un punto di equilibrio tra ecosfera e biosfera .

Come è stato affermato in passato anche dalla giurisprudenza amministrativa, la tutela dell'ambiente :"..*lungi dal costituire un autonomo settore d'intervento dei pubblici poteri, finisce per assumere il ruolo di momento unificante e finalizzante le distinte tutele giuridiche predisposte a favore dei beni della vita che nell'ambiente si collocano"*[50].

La tutela dell'ambiente, il governo del territorio ed il bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti da questo legame, devono vedere allora coinvolti tutti i livelli territoriali di governo che hanno una responsabilità condivisa[51] nell'approntare una tutela razionale ed efficace dell'ambiente.

Ciò porta a formulare due considerazioni. La trasversalità dell'ambiente di cui ha più volte parlato la Corte Costituzionale, conduce ad un intreccio di competenze non solo legislative ma anche amministrative. Inoltre, dalla concorrenza di competenze deriva una condivisione delle responsabilità di tutela che necessariamente porta all'adozione di un modello organizzativo di condivisione delle scelte da effettuare. (intese deboli o forti, convenzioni, accordi di programma, tavoli di coordinamento)

---

[48] Si veda in proposito M. CECCHETI, *I principi costituzionali per l'ambiente,* Milano,2000, secondo il quale "*Il principio di unitarietà assume un carattere finalistico, dove la concezione unitaria serve ad aggregare e a coordinare una pluralità di strumenti nel quadro di una visione complessiva in grado di consentire il perseguimento di obiettivi globali"*. La Corte Costituzionale parla di "sistema ambiente" (sentt.378/07, 62 e 108/08 cit.).

[49] Si veda in proposito G.PITRUZZELLA, *Profili organizzativi della tutela dell'interesse ambientale: il Ministero dell'ambiente,* in C. MURGIA (a cura di), *l'ambiente e la sua protezione (Atti del convegno di studi giuridici,* Cagliari ,19-20-21 aprile 1989), Milano, 1991.

[50] Così Cons.St., sez. IV, 11 aprile 1991, n.257, in *Riv. Giur. Amb.,* 1992,136).

[51] Si veda in proposito M. CECCHETTI, op. ult. Cit. pag.261.

L'utilizzo di tale modello è fondamentale poiché consente agli enti locali, titolari delle funzioni amministrative, che prendono forma attraverso il procedimento[52], di porre in essere dei provvedimenti frutto di un bilanciamento degli interessi in esso coinvolti effettuato secondo le scelte generali poste in essere in quelle sedi di rappresentazione concordata di tutti i punti di vista coinvolti.

Nel caso specifico della tutela della qualità dell'aria, il coinvolgimento in modo coordinato tutti gli enti territoriali, può divenire uno strumento idoneo a consentire la realizzazione di una decisione condivisa sulle misure da adottare per i piani e programmi per mantenere e risanare la qualità dell'aria, indirizzando anche le scelte per la tutela indiretta di tale componente ambientale e stabilendo altresì quali siano i soggetti responsabili dell'attuazione e del rispetto di tali misure[53] .

[52] Ricordiamo che ai sensi degli artt. 23 ss dlgs 112/98 e del Dpr 447/98 modificato dal Dpr 440/00, presso i comuni è istituita una struttura organizzativa (Cd sportello unico per le attività produttive), la quale gestisce il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione agli insediamenti produttivi. La gestione di tale procedimento composto vede coinvolti vari enti territoriali e non coordinati e diretti sempre dal responsabile della struttura organizzativa del comune.

[53] Si veda in proposto art.5, comma 2, lett. e), del decreto del ministero dell'ambiente e della tutela dl territorio , 1 ottobre 2002, n.261.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Recovery plan, education e sviluppo: criticità e opportunità

di Antonio Cocozza*

28 luglio 2021

Sommario: 1. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la risposta europea alla recessione e agli effetti della pandemia Covid 19. – 2. La crisi della funzione strategica del sistema educativo. – 3. Il ruolo dell'Education per uno sviluppo equo e duraturo. – 4. La sfida della digitalizzazione rivoluziona il mondo dell'informazione, della lettura e dello studio.

1. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la risposta europea alla recessione e agli effetti della pandemia Covid 19

Per rispondere alle difficoltà prodotte dalla recessione economica e dagli effetti devastanti della pandemia, appena ricordate, l'Unione Europea (UE) ha previsto la realizzazione di un impegnativo programma di investimenti, la cui articolazione è indicata da ciascun Paese membro nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). In questa prospettiva, come viene indicato nel PNRR italiano, le azioni messe in campo nei diversi settori di attività, mirano non solo a migliorare il grado di sviluppo, ma a ridurre le perduranti disparità regionali, intergenerazionali e di genere che frenano lo sviluppo della società italiana e il suo peso nell'economia europea e globale. A questo fine sono previste tre grandi tipologie di azioni riformatrici: le riforme orizzontali (da attuarsi nelle Pubbliche Amministrazioni e nella Giustizia), le riforme abilitanti (interventi funzionali all'attuazione del Piano e necessari per rimuovere gli ostacoli amministrativi) e le riforme settoriali (interventi mirati nelle singole Missioni).

* Ordinario di Sociologia dei processi economici, del lavoro e delle organizzazioni; Coordinatore Corso di Laurea in "Scienze dell'educazione per Educatori e Formatori", Dipartimento di Scienze della Formazione, Università degli Studi Roma Tre.

In questa direzione, allo scopo di proporre azioni il più possibile mirate, il PNRR si articola in sei *Missioni*, che riguardano i seguenti campi d'intervento: 1. Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; 2. Rivoluzione verde e transizione ecologica; 3. Infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4. Istruzione e ricerca; 5. Inclusione e coesione; 6. Salute.

Nell'ambito della presentazione del PNRR, si precisa che l'impegno del Governo è teso ad accompagnare anche la fase di attuazione delle misure, attraverso un efficace sistema di *governance* e monitoraggio dei processi. Si tratta di un compito strategico di vitale importanza, poiché le principali criticità che si sono incontrate negli ultimi decenni nell'applicazione delle riforme del sistema scolastico e in genere quelle delle Pubbliche Amministrazioni, non hanno riguardato la fase di elaborazione e di progettazione, ma bensì la gestione della fase operativa di "implementazione e di intervento sul campo", che nei processi riformatori, per essere efficace, dovrebbe essere fondata su una strategia politica attuativa condivisa e su un Programma comunicativo e formativo di sostegno e di accompagnamento.

Di fronte ad un programma di riforme così impegnativo, bisogna sottolineare il fatto che le innovazioni previste dalla Missione 4 *Istruzione e ricerca* del PNRR, si pongono obiettivi particolarmente ambiziosi, che non possono essere applicati con una logica organizzativa e gestionale di tipo burocratica. Tali innovazioni dovrebbero essere parte di un progetto organico ed essere riconducibili ad una strategia il più possibile condivisa da tutti gli attori interessati.

2. La crisi della funzione strategica del sistema educativo

Più in particolare, siamo di fronte ad una sfida che tende a mettere in discussione e a rendere meno cogente la funzione strategica svolta dal sistema educativo nelle nostre società, che concorre a determinare lo sviluppo personale e il miglioramento della vita sociale, nei seguenti ambiti: nel *processo di socializzazione dei ragazzi*, che la Didattica a distanza ha ridotto fortemente; nella *formazione personale e professionale*, che non è più in grado di far fronte al crescente mismatch occupazionale; nella *promozione delle pari opportunità*, dove si assiste ad una preponderante polarizzazione della ricchezza e all'eclissi della classe media; nella *creazione di una cittadinanza informata e attiva*, a fronte di una sempre più scarsa partecipazione dei giovani alle iniziative politiche.

In questo contesto, così preoccupante, si pone con forza la necessità di rilanciare un progetto finalizzato a ristabilire un adeguato livello di dinamicità e coesione, poiché il sistema educativo non è più in grado di garantire due obiettivi fondamentali: un efficace processo di mobilità sociale verticale e il progressivo miglioramento della qualità di vita e di lavoro dei cittadini italiani.

Infatti, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza si pone l'obiettivo di migliorare il grado di coesione sociale e dare un impulso decisivo al rilancio della competitività e della produttività del Sistema Paese. A partire da questa affermazione, in questo contributo si prende in esame, più in particolare, la Missione 4 *Istruzione e ricerca* del PNRR che mira a rafforzare le condizioni per lo sviluppo di una economia ad alta intensità di conoscenza, di competitività e di resilienza, partendo dal riconoscimento delle seguenti criticità del sistema di istruzione, formazione e ricerca: carenze strutturali nell'offerta di servizi di educazione e istruzione primarie; gap nelle competenze di base, alto tasso di abbandono scolastico e divari territoriali; bassa percentuale di adulti con un titolo di studio terziario; *skills mismatch* tra istruzione e domanda di lavoro; basso livello di spesa in R&S; basso numero di ricercatori e perdita di talenti; ridotta domanda di innovazione; limitata integrazione dei risultati della ricerca nel sistema produttivo.

Nel nuovo scenario delineato, La Missione *Istruzione e ricerca* prevista dal PNRR italiano poggia sui seguenti assi portanti:

- miglioramento qualitativo e ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione;
- miglioramento dei processi di reclutamento e di formazione degli insegnanti;
- ampliamento delle competenze e potenziamento delle infrastrutture scolastiche;
- riforma e ampliamento dei dottorati; rafforzamento della ricerca e diffusione di modelli innovativi per la ricerca di base e applicata condotta in sinergia tra università e imprese;
- sostegno ai processi di innovazione e trasferimento tecnologico; potenziamento delle condizioni di supporto alla ricerca e all'innovazione.

Se si osservano alcuni fenomeni empirici, ci si rende conto che la crisi della funzione strategica dell'*Education* si è resa più evidente, perché i principali indicatori internazionali Ocse Pisa, di analisi della funzionalità dei sistemi educativi, hanno fotografato una situazione in lento, ma inesauribile "peggioramento". Per ricostruire il quadro di riferimento, il primo dato che è necessario richiamare è quello relativo alla dispersione scolastica, che in Italia è pari al 13,5% e ci colloca "negativamente" al primo posto nell'UE. Un dato che indica un "malessere" del nostro sistema scolastico, che peggiora con l'espandersi dei fenomeni del bullismo e del cyber bullismo. Un altro dato che concorre a dipingere di nero il caso italiano riguarda il peso dei giovani *Neet* (*Not in education, employment or training*), pari a 2,3 milioni, peggiore tra le giovani donne del sud con basso titolo di studio che raggiungono il 43,8%, mentre il tasso di inattività è stabile al 37,0%. Inoltre, per completare la descrizione del quadro negativo da tenere presente, per l'elaborazione di politiche attive, è necessario richiamare i seguenti dati: il tasso di occupazione che è al 56,6%, media UE al 64,2%, che manifesta una scarsa presenza occupazionale di lavoratori donne e giovani, i più creativi tra gli occupati; la disoccupazione generale che è ormai oltre i 3 milioni (10,2%), mentre la disoccupazione giovanile ha raggiunto il 31,6, dato peggiore al Sud; il numero di

laureati nella fascia età 30- 34 anni, è al 27,8% ; solo il 25% dei manager è laureato, mentre la media UE è al 54%.

In realtà, sul piano occupazionale l'Italia corre un serio pericolo: c'è il rischio che un'intera generazione salti l'appuntamento con il lavoro e i giovani diventino precari strutturali.

3. Il ruolo dell'Education per uno sviluppo equo e duraturo

Per queste ragioni, l'attuale profonda trasformazione del mondo economico e sociale richiede l'elaborazione di un nuovo paradigma di sviluppo, di tipo antropocentrico, che metta la persona al centro dei processi. Una politica di sviluppo, dunque, che non sia più basata sulla ricerca di un'ottimale combinazione dei fattori tradizionali (materie prime, capitali finanziari e tecnologie), ma sul ruolo determinante di tre variabili culturali fondamentali. Per questo motivo, nel sistema economico del terzo millennio, la cultura diventa un fattore strutturale indispensabile, che permette di attivare:

- una serie di politiche innovative basate su: ecosostenibilità, *smart technologies*, *sharing economy*, finalizzate all'elaborazione di un *Vision* strategica condivisa;
- il rilancio della cultura, delle competenze e dei valori condivisi: ruolo strategico assunto dal capitale umano/capitale immateriale;
- il rispetto delle regole (legalità) ed un'efficace interazione tra istituzioni e attori economici e sociali (sviluppo del capitale sociale).

Di fronte a questa forte innovazione sistemica, le sfide per il futuro della scuola potrebbero essere così riformulate:

- acquisire una visione sistemica dell'*education* e far diventare la scuola una priorità nell'agenda politica. la scuola deve tornare ad essere una comunità educante eticamente responsabile;
- rilanciare la riforma dell'autonomia scolastica, basata sulla responsabilità personale e istituzionale degli attori;
- coinvolgere più attivamente i giovani nei processi educativi, attraverso il ricorso a tecnologie innovative e metodologie didattiche interattive;
- partire dalla percezione della realtà vista (dalla parte) dei giovani, soprattutto di quelli più a rischio.

Inoltre, per dotare il sistema educativo italiano di competenze adeguate a far fronte alle sfide della post-modernità, occorre:

- colmare la distanza esistente tra l'apprendimento dei concetti trasmessi dai docenti e la capacità dei giovani di saper leggere e «reggere» l'impatto con la realtà circostante;

- creare luoghi di incontro e di positiva socializzazione; ambienti sani, dove si favorisce l'apprendimento (di conoscenze, abilità e comportamenti individuali e nei gruppi), aperti al dialogo, allo sport, al teatro e alla musica;
- formare gli insegnanti affinché siano in grado di aiutare i giovani ad acquisire: una capacità critica; un'autonomia di giudizio personale; una cultura progettuale; la capacità elaborare il proprio progetto di vita.

A fronte degli obiettivi e delle possibili azioni di miglioramento, qui prospettate, il PNRR prevede che gli obiettivi della Missione 4, siano articolati in due ambiti (componenti): potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido all'università; dal potenziamento degli interscambi, dalla ricerca scientifica all'impresa.

Nel PNRR si sostiene che il primo ambito mira a realizzare gli investimenti materiali ed immateriali necessari a colmare o a ridurre in misura significativa in tutti i gradi di istruzione, le carenze strutturali, anche grazie all'utilizzo delle risorse già destinate al comparto istruzione che si libereranno come conseguenza della denatalità nell'arco dei prossimi anni. Puntare al rafforzamento dell'offerta formativa, anche sulla base del miglioramento delle competenze del corpo docente, a partire dal sistema di reclutamento e dai meccanismi di formazione in servizio di tutto il personale scolastico. Infine, persegue l'obiettivo di rafforzare le infrastrutture e gli strumenti tecnologici a disposizione della didattica, nonché a sostenere e ad ampliare i dottorati di ricerca.

Il secondo ambito mira, invece, ad innalzare il potenziale di sviluppo del sistema economico, favorendo la transizione verso un modello di sviluppo fondato sulla conoscenza, conferendo carattere di resilienza e sostenibilità alla crescita. Per queste ragioni, allo scopo di sostenere e accompagnare l'attuazione delle transizioni ecologica e digitale si prevede un significativo aumento del volume della spesa in R&S e in un più efficace livello di collaborazione tra la ricerca pubblica e il mondo imprenditoriale.

4. La sfida della digitalizzazione rivoluziona il mondo dell'informazione, della lettura e dello studio

Più in particolare, in merito alla rivoluzione digitale da attuare nel sistema educativo, la sfida riguarda la costante crescita di studenti "nativi digitali", che debbono confrontarsi con contenuti e modalità operative degli "immigrati digitali", docenti e adulti di riferimento che non possiedono tali competenze.

In questa direzione, è necessario elaborare una diversa strategia d'insegnamento-apprendimento e di conduzione delle stesse lezioni in classe, poiché l'interazione tra media digitali (*e-book*) la comunicazione interattiva (*smartphone, iPad, Tablet, Pc*), la possibilità di condividere elaborare e rielaborare contenuti (*Google drive, dropbox*), stanno già rivoluzionato il mondo dell'informazione, della lettura e dello studio.

In definitiva, occorre ricordare che "Siamo ad un bivio" e dobbiamo scegliere tra un forte impegno sociale e istituzionale basato sul collante della partecipazione e della responsabilità contro il solvente dell'individualismo e dell'indifferenza.

Per questa ragione, è prioritario riportare la scuola al centro dell'agenda politica e dello sviluppo del Paese, attraverso il perseguimento dei seguenti obiettivi strategici:

- rilanciare la riforma dell'autonomia e accompagnare il processo di innovazione con un "Piano straordinario di formazione", rivolto ai dirigenti scolastici, ai docenti e a tutto il personale della scuola, finalizzato a far acquisire una capacità di analisi critica e di miglioramento del proprio ruolo professionale e istituzionale;
- avviare un processo di alleanze, perché la scuola da sola non ce la fa. Bisogna coinvolgere attivamente e responsabilizzare studenti e famiglie, attraverso un Programma di comunicazione e di coinvolgimento finalizzato a rilanciare il ruolo della scuola, come un'istituzione che crea e diffonde valori e modelli riferimento, il cui apporto è indispensabile per costruire uno sviluppo equo e duraturo.

In conclusione, in uno scenario turbolento, poco programmabile e scarsamente pianificabile, perché altamente instabile, se s'intende raggiungere davvero gli obiettivi previsti nella Missione 4 *Istruzione e ricerca* del PNRR è necessario lanciare un Patto educativo tra scuola, università, studenti, famiglie e istituzioni economiche, sociali e culturali per sfatare il falso mito che "Studiare non serve".

Infatti, per gestire le riforme previste, il Governo s'impegna a realizzare un efficace sistema di *governance* e monitoraggio dei processi. Si tratta di un compito strategico di vitale importanza, poiché le principali criticità incontrate nell'applicazione delle riforme del sistema scolastico, negli ultimi due decenni, hanno riguardato tre aspetti: una visione politica spesso troppo "dirigistica"; un comportamento organizzativo di tipo burocratico; una gestione dell'implementazione tendenzialmente differenziata. Per queste ragioni, l'attuale processo di riforme, per essere applicato efficacemente, dovrebbe essere fondato su un Patto educativo strategico, condiviso da tutti gli attori interessati, mentre la gestione dell'implementazione, dovrebbe essere basata su un Programma di formazione di sostegno e di accompagnamento, rivolto ai docenti, ai dirigenti scolastici e al personale Ata, e su un Piano di comunicazione e di coinvolgimento diretto degli studenti e dei genitori.

Per queste ragioni, occorre attivare un coinvolgimento responsabile di tutti gli attori interessati, finalizzato ad elaborare una strategia comune e a far condividere finalità, obiettivi, metodologie e procedure indicate nel PNRR.

È una condizione indispensabile se s'intende "dare un'anima" al PNRR e un sistema di *Governance social inclusive* ad un progetto ambizioso, che corre il rischio di essere percepito, da chi lo dovrebbe applicare, come una riforma tecnocratica calata dall'alto.

In questa prospettiva, è necessario rilanciare una politica di ascolto, poiché, come sottolinea Papa Francesco nel *Global compact on education. together to look beyond:*

"I sistemi educativi di tutto il mondo hanno sofferto la pandemia sia a livello scolastico che accademico. (…) Secondo alcuni recenti dati di agenzie internazionali, si parla di "catastrofe educativa". Nella presente situazione di crisi sanitaria – gravida di sconforto e smarrimento – riteniamo che sia questo il tempo di sottoscrivere un patto educativo globale per e con le giovani generazioni, che impegni le famiglie, le comunità, le scuole e le università, le istituzioni, le religioni, i governanti, l'umanità intera, nel formare persone mature".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La tutela dei consumatori nel mercato elettrico*

di Giuseppe Di Gaspare**

30 luglio 2021

Sommario: 1. Prezzo, merce e settore elettrico. – 2. Pregi e limiti della surrogazione del prezzo con la tariffa. – 3. Asimmetria informativa nel mercato elettrico e rimedi a tutela del consumatore. – 4. Tutela del consumatore e Acquirente Unico. – 5. Il mercato elettrico tra contratti finanziari e autoproduzione.

1. Prezzo, merce e settore elettrico

Grazie ad Aristide Police per la presentazione e per avermi annoverato tra i maestri, cosa che non credo proprio di meritare, ma che prendo con piacere come avviene in caso di complimenti. Volevo ringraziare, in particolare, il Professor Vetrò che mi ha invitato a partecipare a questo interessante convegno e che mi ha dato anche l'occasione di tornare su un tema che avevo messo da tempo un po' da parte. Mi ero fermato alla seconda liberalizzazione del 2004, quindi, avevo qualche lustro da recuperare. Questo, peraltro, può anche costituire un leggero vantaggio, perché sono meno "sul pezzo" e mi permette, quindi, di avere una visione in qualche misura più complessiva e di connettere cose apparentemente lontane o che comunque vengono ripescate in una memoria di lavoro e di studio. Il tema, tra l'altro, si presta proprio a questo, in quanto vent'anni dalla liberalizzazione del mercato elettrico, negli interventi che mi hanno preceduto, sollecita un tentativo, una visione di carattere generale su questo aspetto.

La domanda che mi sono posto, sul tema che non è un mio tema classico quello della tutela del consumatore, è in che misura la liberalizzazione astrattamente parlando e, quindi, l'apertura al mercato possa incidere sulla tutela del consumatore. Se ragioniamo in termini generali, possiamo tranquillamente dire che più liberalizzazione, più mercato, più tutela, sono dei passaggi, dei sillogismi in qualche modo correlati, perché significa sostanzialmente che emerge una dimensione di prezzo come orientamento fondamentale e basilare del consumatore, per cui

* Relazione tenuta al Convegno GSE "Il mercato dell'energia elettrica a venti anni dalla liberalizzazione", Roma 29 Maggio, 2019.
** Ordinario di Diritto dell'Economia, Università LUISS Guido Carli.

quest'ultimo soggetto in un mercato con una *worlkable competition*, un tasso di concorrenza adeguato, sarebbe idealmente in grado di organizzare la propria scelta rispetto all'offerta e, quindi, la tutela del consumatore sarebbe in una certa misura insita nel funzionamento del sistema cioè del mercato e nello specifico del mercato al dettaglio dell'elettricità.

Questo schema teorico, che individua appunto nel prezzo il sistema nervoso centrale dell'economia di mercato, ha però difficoltà ad essere riscontrato nel mercato elettrico. Abbiamo due aspetti critici che ostacolano questo funzionamento fisiologico. Il primo riguarda sinteticamente la merce. È incontroverso che l'orientamento del consumatore è correlato al concetto di merce, cioè che il consumatore sceglie una merce in base alle sue qualità e in ragione della differenza delle merci tra loro offerte nel mercato.

Dobbiamo perciò chiederci se l'energia elettrica sia una merce. Il punto è stato risolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea tanto tempo fa, rispondendo positivamente. In realtà, ci sono molti fondamentali dubbi – non per i giuristi che si attengono ovviamente a questa prospettazione – sul fatto che l'energia elettrica sia effettivamente una merce. Abbiamo sentito negli interventi che mi hanno preceduto la dicotomia, a partire dalla relazione del Professor Corso, tra "bene" e "servizio". Nella merce energia elettrica c'è questa duplicità, questa dualità bene e servizio, che in qualche modo non è risolta ed è, quindi, un elemento di carattere strutturale che mette ovviamente in difficoltà il funzionamento in una logica di mercato e il perfetto funzionamento di un sistema di prezzi. L'energia elettrica venduta nel mercato non si distingue infatti per un suo profilo qualitativo, è sempre identica a sé stessa. Si è voluto introdurre una qualche forma di comparazione tra le varie offerte con riferimento alla fonte di produzione e quindi cercare di orientare il consumatore su quelle prodotte con fonti rinnovabili ecocompatibili. Si tratta però di un elemento estrinseco che non ha rilievo economico per il consumatore semmai etico, termine però che fa appello ad altri valori che non sono propri della competizione di mercato sul prezzo.

L'altro elemento che tutti i presenti e gli addetti ai lavori conoscono meglio di me anche per esperienza diretta, è l'assetto del sistema fisico dell'energia. Un sistema strutturato necessariamente come interconnesso che trapassa dalla generazione al consumo, attraverso fasi fisicamente senza soluzione di continuità, logicamente necessarie, tra loro correlate in cui si cumulano funzioni di carattere industriale – usiamo il termine più neutro – con funzioni di carattere generale di funzionamento del settore e che assumono storicamente diverse forme organizzative e giuridiche , dalla gestione del servizio pubblico fino alla regolazione. In passato, questi problemi e le correlate criticità di mercato sono stati risolti attraverso il riconoscimento del settore elettrico come monopolio naturale. Nella sua costruzione giuridica di monopolio legale e conseguentemente nel fatto di affidare la funzione, più che di orientamento, di formazione e contenimento del prezzo non al mercato ma a un

meccanismo esterno, la tariffa. Vedo tra i presenti il Professor Ranci che conosce benissimo tale funzionamento perché mi ricordo che, prima di assumere la presidenza all'Autorità dell'Energia elettrica e del Gas, era stato membro del Comitato Interministeriale Prezzi, quindi ha una visione credo molto chiara della transizione da un sistema all'altro e dei suoi problemi, anche dal punto di vista della tutela del consumatore.

2. Pregi e limiti della surrogazione del prezzo con la tariffa

Il meccanismo tariffario garantiva in una certa misura il funzionamento degli scambi e il riconoscimento dei corrispettivi monetari e nel far questo teneva conto e si basava sul riconoscimento che il sistema dalla produzione al consumo al dettaglio fosse verticalmente fisicamente integrato e giuridicamente costituito come monopolio legale. La tariffa, come sappiamo, è un sistema rozzo di calcolo, che ha presentato tutta una serie di problematiche che non è il caso qui di richiamare ma ha funzionato con una certa approssimazione. Storicamente da noi questo sistema ha conosciuto due varianti. Il primo periodo è quello precedente alla programmazione economica, quindi con l'istituzione del CIPE. In quel sistema il meccanismo che risaliva alla istituzione del comitato interministeriale dei prezzi CIP nel 1944 funzionava perequando le tariffe secondo l'andamento dei costi di approvvigionamento delle materie prime e di produzione e trasporto. La tariffa copriva possiamo dire il costo di produzione del servizio riconoscendo comunque un margine di utile alle imprese. Il meccanismo della Cassa del Conguaglio del settore elettrico aveva il compito della perequazione in modo da non disallineare i costi dell'energia elettrica nel territorio nazionale. Nel 1965 con l'avvio della programmazione economica, la tariffa diventa, invece, uno strumento suscettibile di essere adattato a fini di manovra economica. Mi sembra di ricordare, all'epoca, uno scritto al riguardo del Professor Ranci.

Questa manovrabilità della tariffa è un elemento che consente di modularla con varie finalità anche quelle della tutela del consumatore al dettaglio. È utile ricordare le modalità con cui si cercava di tutelare i consumatori più deboli, che all'epoca, negli anni '70 e '80, sono gli utenti qualificati come domestici quelli cioè nella fascia fino a 3 kWh. È un meccanismo semplice di potenziale contenimento dei consumi perché al di sopra di quella soglia dei 3 kWh la tariffa si innalza bruscamente. Credo che sia utile anche oggi riflettere su quel meccanismo tariffario semplice ma che funziona in presenza di presupposti che allora non venivano esplicitati perché dati per scontati ma che ora è il caso di considerare ai fini della comparazione tra un sistema a tariffa e uno basato sui prezzi. Il primo presupposto era l'assenza di finalità di profitto in quell'assetto imprenditoriale. L'Enel, come ente pubblico economico, non aveva finalità di profitto, quindi non aveva sostanzialmente una spinta endogena a creare profitto per distribuire dividendi. Non essendo una società di capitali non

poteva neppure farlo. Come ente pubblico non era naturalmente portato ad esercitare una pressione sulla tariffa perché essa aumentasse. La logica economica all'epoca era il "principio di economicità". Per cui, purché fossero pareggiati i costi e i ricavi per l'Enel, qualunque fosse la forma in cui questo pareggio avvenisse, era sostanzialmente indifferente. Ovviamente questo sistema apriva al rischio di inefficienza. Rischio che per altro si è concretizzato. Ma questo è un altro discorso che esula dal tema assegnatomi. L'altro elemento che rendeva semplice il meccanismo della fascia sociale era che essa era incentivata non tanto per ridurre i costi dei consumatori più deboli quanto per esigenze di risparmio energetico. Ridurre il costo di importazione dei combustibili fossili e, quindi, tenere in equilibrio la bilancia commerciale il cui deficit all'epoca era dovuto all'importazione di idrocarburi, il cui costo, dopo gli shock petroliferi degli anni '70 pesava notevolmente sulla bilancia commerciale. L'insieme di queste circostanze e necessità faceva sì che la tariffa sociale fungesse da misura sia per il contenimento del deficit commerciale, sia di contenimento dei costi così da tutelare in modo semplice, si potrebbe dire, i consumi domestici, non solo ovviamente gli utenti meno abbienti e più bisognosi.

Si tratta di un sistema che, ovviamente, non è né ripetibile, né confrontabile con l'oggi . È utile però ricordare i presupposti della tariffa sociale. Un sistema semplice di funzionamento ma affetto da inefficienze che magari si sarebbero potute risolvere prendendo come benchmarking il modello tedesco o francese che mi sembra, anche dopo la liberalizzazione, siano rimasti poco privatizzati. Nelle nostre vicende basti ricordare come agli inizi degli anni '80 si sia avviato un processo di eversione /erosione del monopolio legale, il cui avvio ha comportato una estensione del metodo tariffario con il ricorso all'applicazione della tariffa non sul lato della offerta dell'energia, ma su quello della domanda. L'Enel, perciò, ha cominciato a pagare a tariffa imposta dal CIP l'energia prodotta dagli autoproduttori. L'obbligo per l'Enel conseguiva al fatto che era tenuta ad acquistare tale energia a seguito della mancata nazionalizzazione degli impianti. Ed in effetti gli stessi, contrariamente alla originaria previsione della legge di nazionalizzazione del 1962, non erano stati nazionalizzati, con il venire meno dell'impiego dell'energia idroelettrica autoprodotta a fini industriali in settori energivori. Siamo agli albori del mercato elettrico. Questo passaggio ha aperto la via al ricorso alla tariffa seppur diversamente congegnata sul lato della produzione e dell'offerta e si è riflessa nel processo costitutivo del mercato elettrico.

3. Asimmetria informativa nel mercato elettrico e rimedi a tutela del consumatore

Non è possibile né necessario in questa sede ripercorrerne gli ulteriori sviluppi. L' apertura al mercato è un processo che, come è stato appena ricordato, inizia nel

1992 con la privatizzazione dell'Enel e ha il suo punto di completamento con l. 79/1999 (la legge Bersani) di cui in questa occasione ricordiamo il ventennale.

Ai fini del presente discorso, vorrei richiamarne il punto centrale, costituito dalla disintegrazione dell'operatore industriale verticalmente integrato. La disintegrazione dell'Enel quale ente pubblico economico, e il venire meno della riserva delle attività elettriche in capo allo stesso, ha prodotto due cambiamenti sistemici fondamentali.

Il primo, dal punto di vista della tutela del consumatore, è l'emersione del problema della qualità della fornitura come problema a sé stante. La qualità della fornitura ha una sua evidenza e un costo che non è più interiorizzato nel sistema verticalmente integrato e quindi neutralizzato. Il secondo profilo che inizia appunto con la privatizzazione dell'Enel e l'apparizione di nuovi soggetti imprenditoriali riguarda la garanzia della pluralità necessaria al funzionamento del mercato e dunque la neutralizzazione delle reti. La conseguenza è sotto entrambi i profili, la necessità di far circolare l'informazione generata nel mercato che prima era internalizzata nel sistema integralmente verticale. In altri termini, evitare nell'accesso all'informazione di mercato e nel mercato, asimmetrie informative in danno alla concorrenza.

Queste, ovviamente, sono state le problematiche fondamentali della transizione, sulle quali si è incentrata, con uno sguardo retrospettivo, l'attività della Autorità di regolazione e, in una certa misura, anche dell'Antitrust. Asimmetria informativa e qualità del servizio assumono, quindi, una rilevanza specifica con la disintegrazione del servizio pubblico integrato che faceva capo all'Enel e vengono immediatamente "attenzionate" per usare un neologismo di uso corrente. Vediamo l'emergere di questa problematica con la Carta dei Servizi di Pubblica Utilità del 1995. In una logica di profitto per gli operatori commerciali si pone il problema della riduzione dei costi. Ed in costi di maggiore rilievo, come ad esempio gli allacci, devono essere conteggiati e remunerati specificamente, altrimenti i maggiori costi del servizio, in particolare in zone a bassa intensità di utenza, portano ad una riduzione della qualità del servizio da parte delle società che gestiscono la distribuzione retail in una logica di aumentare gli utili. Si fa fronte a questa esigenza con la Carta dei Servizi Pubblici nella quale vengono previste anche tempi e modi di erogazione del servizio e qualche forma di tutela degli utenti.

Il contrasto dell'asimmetria informativa è il primo terreno di intervento e rimane un terreno molto importante per l'Autorità di regolazione che, appunto, cerca di romperla per ciò che riguarda la circolazione dell'informazione nel mercato tra i diversi operatori, attraverso la sempre più accentuata separazione contabile e strutturale. Per quello che riguarda il segmento dei consumatori non solo domestici il contrasto all'asimmetria informativa produce una stratificazione di misure di obblighi di informazione: sportello del consumatore, standardizzazione dei format informativi, cioè misure che cercano in qualche modo di favorire l'accesso

all'informazione. Necessità che cresce con l'estensione del mercato e quindi l'avvio di una dinamica competitiva frammentaria e comunque parziale sui prezzi.

A queste misure contro l'asimmetria informativa si aggiungono, e qui li cito brevemente, altri tipi di interventi volti a rafforzare la tutela del mercato dei consumatori con rimedi partecipativi. Ne parlava prima il Professor D'Alberti. Le associazioni dei consumatori vengono rafforzate in modo istituzionale, essendo inserite con una previsione normativa legislativa all'interno dei procedimenti di formulazione delle decisioni non solo delle Autorità di settore ma anche nei confronti dell'Antitrust, con la formazione del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti che rappresenta un punto di arrivo di questo processo di rilevanza istituzionale che viene data alle associazioni rappresentative degli interessi degli utenti. Mentre le misure correttive dall'asimmetria informativa tra gli operatori di mercato sono principalmente di tipo strutturale quelle a tutela dei consumatori sono esclusivamente di tipo comportamentale con l'eccezione non irrilevante dell'Acquirente Unico. Sui rimedi di tipo comportamentale, intervengono con prospettive in parte diverse anche se complementari sia l'Antitrust che AEEG (oggi ARERA).

L'Antitrust interviene soprattutto sui problemi di informazione. La pubblicità ingannevole è il primo oggetto di misure specifiche e poi progressivamente estende la propria attenzione man mano che il mercato si apre alle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori, fino a toccare le clausole contrattuali vessatorie. L'Autorità di regolazione ha un approccio diverso, abbiamo detto essenzialmente di rottura dell'asimmetria informativa. Per semplificare da un lato il Codice del consumo, Autorità Antitrust, dall'altro il Codice di condotta commerciale, Autorità di regolazione. La diversità di approcci si spiega ovviamente con la diversità dei compiti istituzionali, ma genera anche una qualche sovrapposizione e qualche conflitto di metodo. Uno è quello di assicurare il funzionamento corretto del mercato e, quindi, reprimere gli illeciti e dunque il danno. L'altro insito nella regolazione è quello invece di conformare le modalità comportamentali degli operatori economici al fine di richiedere chiarezza, accesso e una certa stabilità nella formulazione delle offerte in modo da semplificare e renderle conoscibili e comparabili dai consumatori. Queste ultime forme di tutela dell'ARERA sono particolarmente più invasive, tanto che arrivano anche a conformare la struttura dei contratti retail e con l'inserzione obbligatoria di clausole a tutela dei consumatori finali. Quelle dell'Antitrust sono da questo punto di vista meno invasive e prendono in considerazione più gli effetti. Il che genera un elemento di frizione diacronico, verrebbe da dire, derivante dalle modalità con cui le Autorità intervengono. Mentre l'Antitrust istituzionalmente interviene ex post, cioè reprimendo l'illecito quando questo si manifesta o comunque è percepibile nel funzionamento del sistema, l'Autorità di regolazione invece interviene ex ante. Si riscontra pertanto un problema ovviamente di coordinamento e di sincronia tra questi due metodi che è stato in parte risolto con il Protocollo di coordinamento sottoscritto da entrambe le Autorità con

cui si è trovato un modulo partecipativo procedimentalizzato per lo svolgimento delle funzioni ispettive, per cercare di contemperare le diverse misure di reazione. In astratto si potrebbe infatti riscontrare il paradosso, per cui un'impresa che si conforma ai criteri stabiliti dal Regolatore, metta invece in essere dal punto di vista del funzionamento del mercato al contempo un comportamento in danno al consumatore e quindi illecito e possa essere fatto oggetto di una sanzione da parte dell'Antitrust. Una contrapposizione tra lecito e legittimo che rischia di generare un paradosso sul quale, devo dire, cerco di richiamare da tempo l'attenzione perché utile ad una comprensione sistemica del funzionamento dei mercati regolati. Anche questo dà un po' il quadro delle difficoltà.

Riassumendo, tre tipi di rimedi. Rimedi comportamentali, rimedi partecipativi, affidati alle associazioni dei consumatori ed infine, il terzo tipo, rimedi giurisdizionali che hanno in genere ad oggetto il danno e che hanno nella *class action* il loro strumento principale. Le azioni legali a tutela del danno dal punto di vista del consumatore/ acquirente del bene dovrebbero rivolgersi al venditore/ fornitore. In realtà si rivolgono agli operatori intermedi nella catena di trasmissione del bene. Si torna qui all'ambiguità accennata all'inizio dell'energia elettrica tra merce e servizio. Praticamente, come si sa, il consumatore può rivolgersi per le disfunzioni del servizio al distributore/trasportatore, mentre in realtà il fornitore, cioè chi vende la merce rimane esente da qualsiasi problematica risarcitoria, essendo appunto l'elettricità come merce non differenziabile nell'offerta e anche cali di tensione, interruzioni e riduzione della quantità erogata aggredibili dall'utente solo dal punto di vista qualitativo dell'erogazione del servizio. La dicotomia merce/servizio obiettivamente costituisce un problema di funzionamento del sistema elettrico che viene risolto nella regolazione oggettivando le responsabilità specifiche nelle diverse fasi della filiera del servizio.

Lo strumento principale sarebbe la *class action*. Ha avuto due versioni legislative. Quella del 2009, non ha toccato terra in termini applicativi. Troppo difficile da attivare. L'ultima versione 2019 sembra risolvere i problemi relativi all'esperimento dell'azione, che si manifestavano nella fase di attivazione processuale, ma probabilmente finisce per scaricare quelle difficoltà a valle nella fase eventuale dell'esecuzione del giudicato. Fase che assume il carattere di procedura di tipo concorsuale. Una liquidazione complicata che di fatto si ripercuote a monte, scoraggiando dall'intraprendere l'azione collettiva. Siamo comunque in fase di rodaggio vedremo meglio prossimamente se la class action in versione nazionale troverà infine concreta e diffusa applicazione.

4. Tutela del consumatore e Acquirente Unico

C'è infine una misura di carattere strutturale molto rilevante a tutela degli utenti del settore elettrico cui è necessario fare doveroso cenno. Una misura strutturale

perché volta a riequilibrare la posizione debole dei consumatori retail nel mercato attraverso la costituzione di un operatore economico che interviene nell'acquisto di energia elettrica per il loro approvvigionamento in modo da spuntare un prezzo sul mercato all'ingrosso facendo valere il peso dell'insieme delle utenze dallo stesso soggetto servite. Stiamo parlando dell'Acquirente Unico. Un Acquirente collettivo di tipo cooperativo anche se il soggetto è di derivazione istituzionale essendo per così dire una costola del GSE. L'Acquirente Unico pensato per gestire la transizione alla liberalizzazione del mercato al dettaglio – non vorrei dare un giudizio – sembra abbia svolto un ruolo sicuramente significativo in questa fase di transizione e, a mio avviso, rimane ancora importante data l'organizzazione peculiare del mercato elettrico. All'Acquirente Unico, infatti, fa capo una domanda di elettricità rilevante e che ha un peso economico importante nel mercato. L'A.U. su questa base riesce o dovrebbe riuscire a spuntare nella contrattazione prezzi che poi in una certa misura vengono riportati sui consumatori in modo relativamente protettivo. L'Acquirente Unico, quindi, ha giocato e gioca tuttora un ruolo importante. Non a caso i suoi compiti sono riassunti nella funzione di "salvaguardia" e "maggior tutela" e la regolazione della tariffa all'utenza finale ad opera di ARERA garantisce una certa stabilità di prezzo e un costo relativamente contenuto nel tempo. E' una funzione di garanzia importante a tutela dei singoli consumatori che non sono in condizione di confrontarsi con le offerte di mercato soggette a variazioni e modifiche unilaterali che obbligano il contraente debole ad una continua attenzione e vigilanza, soggetto ad una continua sollecitazione commerciale per telefono, porta a porta, con esternalizzazione della funzione di promozione che rende l'insieme difficilmente monitorabile anche dalle Autorità preposte. Lunga vita mi verrebbe da dire all' A.U. In definitiva, il consumatore domestico mira ad un prezzo abbordabile e stabile e direi aspira anche ad essere lasciato in pace, perché come è facile intuire la sua dimensione personale ed esistenziale non è quella di consumatore finale. Magari ha altre cose di cui occuparsi e prendersi cura. In definitiva, ho molte riserve sulla sua previsione di soppressione nel 2020. Non mi sembra al riguardo sufficiente la previsione di incentivare i potenziali gruppi di acquisto la cui capacità di mercato e costi di funzionamento sono difficili da prevedere e sono comunque soggetti ad essere messi fuori mercato sul nascere da offerte articolate cangianti dagli operatori in posizione dominante nel mercato libero. Mi sembra che il meccanismo voglia essere sostanzialmente una nuova fase di transizione in cui l'Acquirente Unico sarebbe surrogato da gruppi di acquisto, che sono però una cosa diversa perché sono sostanzialmente degli intermediari aspiranti grossisti sul mercato e la loro forza, la loro capacità di potere economico è tutta da verificare. C'è infine un altro aspetto da considerare riprendendo e chiudendo il discorso sull'annoso rapporto tra tariffa e prezzo.

5. Il mercato elettrico tra contratti finanziari e autoproduzione

Insomma, nella definizione del prezzo finale all'utenza anche nel mercato libero la tariffa come sappiamo è tutt'altro che scomparsa, anzi. La tariffa è parte consistente ed integrante il corrispettivo che l'utente e il consumatore paga per l'acquisizione dell'utility elettricità. La tariffa come componente fissa determinata autoritativamente uguale per tutti e quindi non contendibile sul mercato. La componente tariffaria continua a farsi carico di esigenze di diverso tipo, logiche proprie del servizio pubblico e di pubblica utilità. Logiche di copertura di costi e di perequazione territoriale e anche sociale rispondenti a un principio di economicità. Anche la funzione di servizio al sistema per quanto trasparente e autonomizzata nella regolazione e nei vari organi di gestione della rete e come funzione tipica del GSE, rimane sempre una componente strutturale all'interno della composizione del prezzo che lascia spazio alla concorrenza limitatamente alla componente di costo relativo alla "materia energia". Un punto interrogativo è la forte crescita dei contratti finanziari derivati sulla piattaforma dedicata di Borsa Italiana. Il dubbio che si stia sviluppando un mercato speculativo alimentato dai flussi monetari derivanti dalle transazioni sull'energia sottostante agli stessi per cui in definitiva l'attenzione degli operatori all'ingrosso sia volta soprattutto ad intercettare e alimentare tali flussi dai quali si estraggono i derivati. Il che spiegherebbe, anche la competizione continua per assicurarseli e la sollecitazione agli utenti finali per il cambio di fornitura essendo peraltro il costo del trasporto di fatto neutralizzato su tutta la rete. Proposte ed offerte sempre cangianti apparentemente maggiormente convenienti, affidate ad una funzione di marketing esternalizzata con una promozione assillante che va dall'intrusivo porta a porta alla insistenza telefonica - parlo per esperienza personale ma credo sia comune - alla quale non mi sembra ne le associazioni dei consumatori né le istituzioni competenti cerchino di mettere argine.

Che dire? Lasciando aperto l'interrogativo sul mercato dei derivati, molti degli attuali problemi, emersi e latenti al passaggio dalla situazione di monopolio a quella di mercato, potrebbero, più che essere risolti, dissolversi in un contesto sistemico diverso che si sta palesando all'orizzonte di risagomatura e di apertura, forse definitiva del mercato anche a piccoli e medi autoproduttori anche sul lato dell'offerta .

Un cambio di paradigma è stato definito avviato dalla green economy. Il primo aspetto riguarda la materia energia iniziato appunto con la sostituzione delle rinnovabili ai combustibili fossili e in quest'ultima fase con gli ultimi Pacchetti comunitari che stanno trovando attuazione in questa direzione. Il Pacchetto Energia comunitario ha trovato attuazione anche da noi con il passaggio – vado sul punto a mio avviso più rilevante – all'interconnessione alla rete. Da una fase in cui le rinnovabili erano interconnesse solo in media tensione a una fase in cui le rinnovabili sono interconnesse anche in bassa tensione. Uno stop ai mega impianti di rinnovabili

dal fotovoltaico all'elettrico con forte impatto ambientale negativo e a quelli che consumano o deteriorano il terreno agricolo. Incentivati ora sono piuttosto gli impianti domestici o industriali di medie piccole dimensioni interconnessi alla rete in bassa tensione con minore dispersione sulla rete. Ciò implica una risagomatura per l'intervento pubblico non solo di regolazione ma anche di gestione della rete e di controllo di queste attività perché probabilmente l'asse del mercato tenderà a spostarsi più sulla rete di distribuzione con un interscambio che fa perno sull'autoproduzione e autoconsumo con cessione diretta delle eccedenze e loro acquisto da parte del gestore della rete. La rete di trasmissione sarà appannaggio del mercato all'ingrosso che tenderà ad assumere una funzione al margine ma non marginale in quanto strategica dal punto di vista della garanzia della fornitura. Mercati riconfigurati e più interattivi con l'apparizione di nuove figure derivanti dall'autoproduzione che sta acquistando come detto un rilievo sempre più centrale anche nella strategia verde dell'Unione Europea. L'autoproduzione, del resto, ha già un rilievo nella nostra dimensione costituzionale, e credo che il Professor Corso sarà d'accordo, perché l'autoproduzione è una delle modalità di configurazione delle attività riservate del servizio pubblico di cui all'art 43 ed ha anche una tutela costituzionale nell'art. 45 Cost. sotto forma di cooperazione. Questa operatività interconnessa e interattiva fa appello a strumenti innovativi, *smart grid* ma anche giuridici di tipo contrattuale e possono, con una componente di rischio da mitigare con una regolazione di sistema centralizzata, rimodulare e riconfigurare l'assetto strutturale e il funzionamento del mercato elettrico, aprendo delle prospettive che secondo la Direttiva comunitaria, in modo forse un po' enfatico vengono definite come un *New Deal* per il *consumer*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Genesi, metodo e prassi del neoliberismo*

di Giuseppe Di Gaspare**
20 agosto 2021

Sommario: 1. Una chiave di lettura. – 2. Liberal vs liberisti. – 3. Ordoliberisti vs keynesiani. – 4. La creazione ordoliberista del Mercato Comune Europeo. – 5. Economia sociale di mercato vs stato sociale. – 6. La globalizzazione finanziaria e la sua governance neoliberista. – 7. L'egemonia del diritto neoliberista e la "rivoluzione copernicana" dell'Atto Unico Europeo. – 8. "Meccanismo dollaro centrico", supply side economics e ribaltamento dei parametri dell'economia reale. – 9. La "governamentalità" neoliberista e la destrutturazione dei mercati nazionali. – 10. Le economie periferiche globalizzate. – 11. "L'arbitraggio" fonte del diritto sovranazionale delle Corporation. – 12. Il primato epistemico del "pensiero unico" neoliberista. – 13. Il riduzionismo metodologico nell'analisi economica dei mercati. – 14. La Corporation come modello di efficienza allocativa nel riduzionismo neoliberista. – 15. Il riduzionismo giuridico, "l'analisi economica del diritto". – 16. Il paradigma totalizzante "autonomia privata, diritto di proprietà", internalizzazione e privatizzazione del mercato nella Corporation. – 17. Neoliberismo cibernetico post-moderno. – 18. Un futuro distopico neoliberista, dobbiamo farcene una ragione?

1.Una chiave di lettura

La maggiore difficoltà concettuale, non solo etimologica, nella definizione del significato di neoliberismo è data dalla ambiguità semantica della trasposizione nello stesso ambito di altri lemmi derivati come neoliberale, neoliberalismo, per cui, in definitiva, il (neo) liberismo costituirebbe solo una variante del liberalismo classico e neoclassico, semmai una sua declinazione economica teoricamente aggiornata. Per cercare di disambiguare la nozione, nel mutare storico del senso della radice semantica, ne ho ricercato il significato nella genesi delle due correnti di pensiero, alle quali il neoliberismo è indistintamente ricondotto, il liberismo statunitense e l'ordoliberismo

* Studio preliminare per una voce "neoliberismo".

** Ordinario di Diritto dell'Economia, Università LUISS Guido Carli.

austro-tedesco, contestualizzandoli nei rispettivi ambiti storico istituzionali di origine. Le due scuole di pensiero, considerate dai loro critici (politologi, filosofi sociologi ed economisti marxisti e keynesiani) come varianti della stessa concezione di economia di mercato presentano, viceversa, radicali differenze proprio su cosa debba intendersi per "libero mercato" sul crinale della distinzione tra "concorrenza" e "competizione". I liberisti schierati per la libera competizione, i secondi invece sostenitori di un mercato concorrenziale all'interno di un quadro istituzionale generale, stabilito dalla legge. Per comprendere le differenze ed i punti di contatto tra le due scuole di pensiero, ho ritenuto necessario individuare i binomi oppositivi che li hanno contraddistinti nella loro strutturazione teorica. Ne è scaturita un'originale pista epistemologica che conduce all'oggi, ai nessi tra neoliberismo e governance finanziaria della globalizzazione e alle condizionalità indotte sulla "governamentalità"[1] degli stati nazionali, in modo da aprire alla comprensione del paradigma neoliberista e del suo metodo alle attuali criticità come pensiero unico.

L'egemonia neoliberista non è stata però l'esito di un destino avverso, "cinico e baro", ma effetto del suo intreccio e supporto al predominio del capitalismo finanziario delle Corporation nella globalizzazione (già lucidamente anticipata da J.K. Galbraith, l'economia della truffa, ed.it. 2004, p.26 "il riferimento al mercato come alternativa benevola al capitalismo è un'operazione cosmetica fiacca e insipida destinata a coprire una scomoda realtà: quella delle Corporation…Una realtà di cui non si può parlare. Ora come ora, nelle discussioni e nell'insegnamento dell'economia, questa situazione è praticamente ignorata").

2. Liberal vs liberisti

La fede nel libero mercato del liberalismo classico – mano invisibile e laissez faire - viene scossa, alle fine del XIX secolo negli Stati Uniti, per l'irrompere in scena di potenti conglomerati finanziari e industriali, "Corporation", nel lessico americano [2]. La concentrazione capitalista è particolarmente accentuata con fusioni ed incorporazioni nei settori ad alta intensità di capitali, nelle banche, nel mercato azionario negli anni iniziali del Novecento, al cui vertice, dopo "il panico" del 1907 viene a trovarsi Il Money trust di J.P. Morgan [3]. È la "Gilded Age", la cosiddetta età dorata del capitalismo americano, il cui programma può riassumersi nella richiesta al governo di avere mano libera nell'economia (Per tutti: Jack Beatty, The age of Betrayal: The Triumph of Money in America, 1865-1900 Random House USA, 2007). Non porre ostacoli al libero dispiegarsi della forza del capitale, risponderebbe dunque all'interesse

[1] M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, ed.it. 2012, p.75 e p.109.
[2] J.K. Galbraith, *La società opulenta*, Ed. di Comunità. Milano, 1959.
[3] M. Lind, *La Nuova lotta di classe*, ,ed.it, Luiss University Press, 2021, p.52.

complessivo dell'economia del paese, il suo libero dispiegarsi genera investimenti, sviluppo ed innovazione, sebbene a rischio di una concentrazione di potere di mercato. Lo scoppio della bolla azionaria di Wall Street del 1929, e l'avvitarsi della grande depressione economica, segna la fine della età dorata del "robber barons capitalism" e la sconfitta politica del proto - liberismo statunitense. Con Roosevelt alla presidenza nel 1932, il cambiamento è drastico. Riducendo ad una cifra unitaria il programma "liberal" del New Deal, si può affermare che abbia avuto come fine il contrasto dello strapotere delle grandi Corporation. Il programma, realizzato essenzialmente attraverso atti legislativi del Congresso, sposta l'epicentro del confronto nelle assemblee legislative e nelle aule dei tribunali. Uno scontro politico sul terreno del diritto, piuttosto che dottrinario. Nel New Deal, la politica Antitrust è rafforzata ed estesa in modo da assicurare ai concorrenti parità di accesso al mercato ed è promulgata una legislazione ad hoc in diversi settori per risolvere i fallimenti di mercato con l'introduzione di Agenzie di regolazione (Regolatory Industries). Il "brain trust" di Roosevelt, a parte alcuni economisti pragmatici tra i quali spicca J K Galbraith, è composto prevalentemente da giuristi, prima della Columbia University e poi di Harvard, escogita il nuovo modello di società di capitale ad azionariato diffuso, la "Public Company", da contrapporre alla concentrazione di potere capitalistico tipica delle Corporation. Nella Public Company la gestione della società per azioni è attribuita ad un management indipendente che ne risponde all'assemblea societaria (Glass Steagall Act del 1933). Con il Public Utility Holding Company Act del 1935, il modello è reso obbligatorio anche per le società che operano nei settori di utilità generale[4] . Nei settori come l'energia elettrica, il gas e la distribuzione dell'acqua, ove la concorrenza non può strutturalmente operare, la legislazione liberal introduce misure a tutela degli operatori e dei contraenti più deboli, in particolare con il riconoscimento delle associazioni sindacali e della contrattazione collettiva (National Labour Relations Act del 1935). La giurisprudenza della Corte Suprema (Nebbia vs. New York nel 1934) si adegua al nuovo corso, estendendo anche ai singoli Stati la facoltà di applicare estensivamente la normativa antitrust in modo da regolare le attività economiche concernenti l'interesse generale, facendo applicazione anche di tariffe e prezzi amministrati. È nelle aule parlamentari e giudiziarie, dunque, che si condensa lo scontro liberisti vs liberal ed è nel concreto terreno del diritto e delle norme che si forgiano le reciproche opposte identità. Un conflitto, nella sostanza di classe, che contrappone la cosiddetta "alleanza tra produttori", il ceto imprenditoriale e produttivo, alleato ai lavoratori dell'industria, vs il capitalismo finanziario speculativo. Il programma del New Deal rimane comunque all'interno di una visione liberal democratica, basato sulla capacità del legislatore di fornire un quadro di regole generali sul funzionamento dell'economia di mercato. Lo Stato non ha però il compito di dirigere l'economia e anche la politica fiscale o monetaria del New Deal non persegue l'obbiettivo delle

[4] G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, CEDAM, 3° ed. 2017, p. 60.

politiche keynesiane per la piena occupazione e del welfare. L'imposizione fiscale, inequivocabilmente redistributiva, estremamente elevata sui redditi da capitale (Security Act del 1934 e Revenue Act del 1935), è volta a contenere, con l'aumento delle tasse, il deficit pubblico. Anche la politica monetaria con la convertibilità in oro (Golden Reserve Act del 1934) non risente di influssi keynesiani. Anzi, l'ancoraggio all'oro del dollaro sarà poi alla base del sistema monetario internazionale di Bretton Woods del 1944, nonostante l'opposizione della delegazione inglese capeggiata dallo stesso Keynes. Questa contrapposizione tra liberal e liberisti sul terreno pratico delle politiche economiche e del funzionamento dell'economia di mercato è sfuggita, nella sostanza, ai critici del neoliberismo soprattutto economisti di estrazione keynesiana o marxista i quali non considerano rilevante il discrimine tra "competizione" e "concorrenza" considerandoli in genere termini equivalenti.

3. Ordoliberisti vs keynesiani

Tale ambiguità, peraltro, è anche nel mito fondativo del neoliberismo con la costituzione della Mont Pelerin Society, ad opera di economisti austro tedeschi e americani seguaci di Von Mises e Hayek, i quali avevano trovato rifugio negli Stati Uniti con l'avvento del nazismo e avevano fatto da ponte tra i due approcci. A mio parere, è stata l'elaborazione dei due economisti tedeschi sulla funzione del "calcolo economico" nella formazione dei prezzi, il terreno di convergenza tra le due scuole[5]. Le conclusioni degli austro-tedeschi forniscono linfa teorica al neoliberalismo statunitense per sostenere la libera competizione nel mercato. Il bersaglio però è opposto. Per gli ordoliberisti è la "critica dell'economia pianificata" (come recita anche il sottotitolo del libro di Hayek, Legge, legislazione, libertà), per i neoliberisti è invece il mercato concorrenziale e regolato per legge messo a punto nel New Deal. Per gli ordoliberisti tedeschi, le economie di piano o etero dirette, in quanto centralizzate, sono destinate all'insuccesso perché afflitte da una intrinseca asimmetria informativa che non consente un'efficiente allocazione delle risorse in quanto la centralizzazione della pianificazione elimina il segnale informativo essenziale costituito dal prezzo, liberamente formatosi nell'incontro tra domanda ed offerta. Per Von Mises e Hayek, dunque il "calcolo economico" manifesto nella capacità segnaletica del prezzo trasferisce automaticamente, in modo oggettivo ed immediato a tutti gli attori del mercato, le informazioni necessarie per orientare il proprio comportamento in termini non solo quantitativi ma anche qualitativi, innescando di conseguenza la dinamica dell'innovazione e, dunque, il progresso economico e tecnologico. In questo modo gli ordoliberisti, è il caso di notare, superano anche l'iniziale dicotomia sviluppata da Schumpeter, nella Teoria dello sviluppo economico del 1912, tra mercato

[5] L. von Mises, *Il calcolo economico nello Stato socialista*,1920, ed.it IBL, 2013.

concorrenziale ma "statico" e mercato in libera sregolata competizione, invece "dinamico", che per effetto della competizione genera forze distruttive degli assetti esistenti ed è dunque il volano dell'innovazione. Allorché viene fondata la Mont Pelerin Society nel 1946 in Svizzera, queste differenze rimangono sopite a fronte della comune avversione al keynesianesimo, divenuto nel dopoguerra culturalmente egemone su entrambe le sponde dell'atlantico. È perciò sul terreno dell'antikeynesianesimo che si consolida il fronte comune tra neoliberisti statunitensi e ordoliberisti.

4. La creazione ordoliberista del Mercato Comune Europeo

I neoliberisti sono attratti dalla teoria del calcolo economico, come soluzione dell'asimmetria informativa, ma rimangono entusiasticamente nel perimetro della distruzione creatrice di Schumpeter di per sé capace di generare processi di disgregazione e riorganizzazione in grado di fluidificare il mercato, destabilizzando monopoli e abusi di potere mercato senza necessità di una regolazione statale. In questa ottica ritengono che la "magia dei prezzi", come la chiama Friedman, non debba essere alterata nel suo manifestarsi da alcuna regola eteronoma sul funzionamento del mercato a tutela in definitiva solo di "competitori inefficienti". Sulla faglia tra "competizione" vs "concorrenza", le differenze tra le due scuole sono però profonde. Affinché il calcolo economico possa adempiere alla funzione di efficiente trasmissione delle informazioni nel mercato, è necessario, invece, per gli ordoliberisti, che il prezzo sia generato da una competizione libera, senza però falsificazioni della concorrenza. L'efficienza allocativa del mercato, dunque, non è la naturale conseguenza del libero dispiegarsi delle forze che vi operano in modo spontaneo, trovando secondo convenienza un punto di incontro grazie alla legge della domanda e dell'offerta, ma, all'opposto, è effetto di un "ordinamento giuridico" che può derivare sia dai principi di common law sia da norme generali di diritto pubblico che non perseguono indirizzi specifici[6]. Una creazione formale del diritto. "Formale" nel senso che la legge dello Stato ha il compito di porre le regole del gioco nel funzionamento del mercato e di farle rispettare da tutti i contendenti[7]. Ordinamento giuridico generale del mercato, concorrenza e buon funzionamento del calcolo economico come soluzione delle asimmetrie informative, sono pertanto per gli ordoliberisti indissolubilmente legati (utile al riguardo la distinzione tra i diversi modelli liberali di costituzione economica. In chiavi applicative, sulla concorrenza e sulla regolazione, gli ordoliberisti la pensano piuttosto come i giuristi liberal americani contrari alla concentrazione di potere nelle grandi Corporation. Gruppi finanziari ed industriali che in Germania avevano trovato

[6] F.A. Von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, cit. 119.

[7] Sulla struttura giuridica formale generale ed astratta della legge nello stato liberale di diritto, cfr. G. Di Gaspare, cfr. *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit.,2003 p. 25.

appoggio e reciproco sostegno nel regime nazista. Per impulso degli ordoliberisti, la tutela della concorrenza assurgerà a principio costitutivo della Repubblica Federale tedesca, con la legislazione anti-cartelli del 1953, e poi della Comunità Economica Europea. L'art. 3 del Trattato di Roma del 1957 prevede "la creazione – si noti bene "creazione" – di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune". La fallacia della riconduzione sotto un'unica insegna dei liberisti statunitensi e degli ordoliberali tedeschi è stata colta già da Foucault, che giustamente qualifica i primi come "anarcoliberisti" [8]osservando come gli ordoliberisti siano invece per la creazione di "un quadro giuridico"[9] mentre gli anarcoliberisti rifiutino ogni intrusione della legge nel funzionamento dei mercati.

5. Economia sociale di mercato vs stato sociale

Al pari dei liberal americani rimane però per gli ordoliberisti, la contrarietà alle politiche del welfare e del pieno impiego in polemica con i socialdemocratici tedeschi di ispirazione keynesiana. Per gli ordoliberisti, in particolare quelli di ispirazione cristiano sociale, (W. Röpke) la copertura dei rischi sociali (disoccupazione, previdenza, assistenza sociale e sanitaria) deve essere perseguita tramite la mutualità, agevolata fiscalmente dallo stato, in modo che il relativo costo sia ripartito tra i lavoratori associati nel vincolo cooperativo, senza gravare sulle finanze pubbliche che dovrebbero far fronte solo agli oneri necessari alle prestazioni per gli indigenti, distinguendosi in questo senso il ruolo dello stato tra "economia sociale di mercato" e "stato sociale" (vicina alla concezione dell'economia sociale di mercato anche la "gerarchia etica" dei diritti sociali nella Costituzione italiana del 1948[10].

6. La globalizzazione finanziaria e la sua governance neoliberista

La liberalizzazione dei movimenti dei capitali portata a termine nel 1979 negli Stati Uniti ha generato l'attuale assetto geo politico basato sulla centralità della moneta statunitense e sulle alleanze e contrapposizioni che la sostengono[11]. Nel nuovo "equilibrio dollaro-centrico" l'egemonia del dollaro non dipende più dalla sua convertibilità in oro e dal pareggio della bilancia commerciale, come negli accordi di Bretton Woods, ma dal pareggio della bilancia dei pagamenti. È il surplus dei flussi di

[8] M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., p.87.
[9] M. Foucault, ibidem, p. 34.
[10] Cfr.: G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia*., cit. p. 77.
[11] G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, CEDAM, 2011, p.114.

capitale in entrata che compensa quello deficitario della bilancia commerciale negli Stati Uniti. La svolta della politica monetaria ha a suo fondamento teorico il "monetarismo" di Milton Friedman per il quale la manovra monetaria non può essere rimessa alla discrezionalità del governo, come peraltro male esercitata da Roosevelt dopo la crisi di Wall Street del 1929, ma va ancorata al parametro oggettivo costituito dal PIL[12] La quantità di moneta in circolazione, Massa Monetaria (M1), deve essere correlata alla crescita del PIL, se in eccesso va ridotta con l'innalzamento del tasso di interesse sui fondi federali. Nel 1979, la cura monetarista del presidente della Federal Reserve Volcker è andata a buon fine. Il flusso dei capitali in entrata, attratto dall'aumento del tasso di interesse, cresce ed il cambio del dollaro si stabilizza [13] L'inflazione si arresta e con essa la svalutazione. L'economia americana si allontana così dalla "stagflazione" in cui era stata precipitata, a giudizio dei neoliberisti, dalle politiche keynesiane del trentennio precedente ma, in realtà provocata, dall'innalzamento del prezzo del greggio da parte dell'Opec dopo la dichiarazione di inconvertibilità del dollaro[14]. Una volta installato il "meccanismo dollaro-centrico" gira apparentemente in modo automatico[15]. Il "signoraggio" del dollaro come moneta di riserva e degli scambi internazionali, riprende quota. Nel 1987 a seguito del crollo del mercato azionario di Wall Street il baricentro dollaro- centrico si sposta nel mercato finanziario globalizzato. Si impone una governance sovranazionale del sistema monetario concordata con le banche di investimento e la cui cabina di regia si condensa nel 1989 intorno al "Washington Consensus". Il nuovo ordine finanziario deve essere negoziato con i grandi gruppi finanziari transnazionali in modo da assicurare loro la fluida circolazione dei capitali, la libera prestazione dei servizi finanziari ed il loro diritto di stabilimento nei paesi aderenti con l'apertura dei mercati nazionali agli investimenti finanziari esteri. La nuova fonte del diritto finanziario sovranazionale è il comitato di Basilea, costituito nel 1988 aperto alla partecipazione dei players finanziari globali che dettano le regole del funzionamento del sistema bancario globalizzato[16].

7. L'egemonia neoliberista e la "rivoluzione copernicana" dell'Atto Unico Europeo

Le regole stabilite nei tre accordi di Basilea del 1988 del 2004 e del 2008 -2014, sono puntualmente recepite dalla legislazione degli stati aderenti e dalle direttive e

---

[12] M. Friedman, and A. J. Schwartz, *A Monetay History of the United States*, 1867-1960, Princeton Univ. Press, 1963.

[13] Sul sistema monetario dopo BW e sul "monetarismo" di Friedman, cfr.: G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, 2011, p.18.

[14] *Teoria e critica*, cit, p.6.

[15] Ibidem, p.6.

[16] Sul Washington Consensus e comitato di Basilea, loc. ult. cit., p.27.

regolamenti dell'Unione Europea. Con l'Atto Unico Europeo nel 1986 la Comunità si apre alla libera circolazione dei movimenti dei capitali e alla libera prestazione dei servizi finanziari non solo tra i paesi membri ma anche extracomunitari. Vorrei rimanere sul punto, in genere ignorato, in quanto l'AUE ha segnato il subentro alla originaria Comunità Europea ordoliberista dell'Unione Europea neoliberista. Lo possiamo constatare attraverso il raffronto tra la concezione ordoliberista del "mercato interno" e quella neoliberista del "mercato unico". Il trattato istitutivo di Roma del 1957 stabiliva l'immediata vigenza solo della libera circolazione delle merci e dei lavoratori a parità di condizioni giuridiche e di trattamento economico, condizionando invece l'avvio della libera circolazione dei capitali e della libera prestazione dei servizi finanziari al previo raggiungimento della "coesione economico-sociale" ed al "coordinamento delle politiche economiche e sociali" tra gli stati membri. I "padri fondatori" Schuman, Adenauer, De Gasperi, cristiano democratici che parlavano tedesco, avevano ben presente il rischio di dinamiche incontrollate centrifughe dei capitali verso i paesi fiscalmente e finanziariamente più attrattivi. Rischio concretizzatosi appunto grazie all'AUE il quale, abrogando l' originaria condizionalità della coesione economica sociale e del coordinamento delle politiche di bilancio ha innescato la competizione finanziaria e fiscale, il drenaggio di capitali, la riduzione del gettito fiscale per alcuni stati a vantaggio di altri e conseguente incremento del debito pubblico, disallineamento dei bilanci statali, accentuando la forbice delle disuguaglianze economico e sociali all'interno dell'Unione tra gli stati membri [17]. La cosiddetta "rivoluzione copernicana" del 1987, dunque, ha aperto il "vaso di pandora" della libera circolazione dei capitali all'interno dell'Unione, sovvertendo la gerarchia e la tempistica tra le quattro libertà fondamentali previste nell'ordinamento giuridico ordoliberista del "mercato interno", imponendo la priorità della libera circolazione dei capitali, estesa quasi di soppiatto dallo stesso Atto anche extra UE, ha esposto il mercato unico ai nuovi turbolenti squilibri della governance finanziaria di Basilea e alle indotte condizionalità della "governamentalità" neoliberista[18].

8. "Meccanismo dollaro-centrico", supply side economics e ribaltamento dei parametri dell'economia reale

Il nuovo equilibrio dollaro-centrico ha riconfigurato negli anni Ottanta il sistema economico statunitense, incentrato fino all'abbandono di BW sulla centralità dell'economia industriale. La metamorfosi è sottesa alla formula della "Supply Side Economics". Per attrarre capitali esteri nel mercato finanziario e stabilizzare il cambio del dollaro, il dollaro deve essere al riparo da tentazioni o derive inflazionistiche. La

[17] G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia*, cit. p. 129.

[18] Per le sue ricadute della liberalizzazione della liberalizzazione dei movimenti dei capitali sulla "fragile coesione istituzionale dell'UE" cfr.: *Teoria e critica*, cit. p. 375.

manovra monetaria tolta al governo deve applicare il paradigma neoliberista della crescita della Massa Monetaria (M1) condizionata a quella del Prodotto Interno Lordo (PIL). Delle due voci che compongo Il PIL, consumi ed investimenti, questi ultimi sono in regressione strutturale per effetto combinato dell'aumento delle importazioni e delle delocalizzazioni degli impianti industriali all'estero. Il PIL, quindi, può crescere solo se aumentano i consumi, ma non attraverso la crescita della domanda come incentivata dal deficit spending keynesiano che non può essere attivato in quanto genera inflazione. Debole nell'argomentazione, il successo della teoria "offertista" di Robert Mundell, Arthur Laffer fa leva, comunque, sulla nuova centralità sistemica dei consumi, i quali negli anni Novanta raggiungono il 70% del PIL cioè la stessa percentuale degli impianti industriali dismessi. Anche il "keynesianesimo finanziario" della Federal Reserve incentiva l'aumento dei consumi tramite il sistema bancario. Una liquidità "carsica" che non transita nel bilancio federale e quindi non fa crescere il debito pubblico, altro parametro a rischio per la reputazione della moneta USA. L'"easy money" della Fed, facilitando l'accesso al credito a basso costo, promuove il ricorso all'indebitamento privato abbattendo la propensione al risparmio, dileggiata da neokeynesiani e neoliberisti, come "tesaurizzazione". Il credito al consumo affranca invece il consumatore "dai vincoli imposti dal risparmio già costituito" generando un flusso continuo di debito che costituisce la materia prima per "la fabbrica dei derivati" il cui valore nominale, prima della crisi del 2007, raggiungerà venti volte il valore del PIL mondiale. Per far girare la New Economy bisogna perciò indebitarsi e consumare e la "rivoluzione culturale" della *supply side economics* ridefinisce in questa direzione la funzione propulsiva del consumo e del debito [19] Con lo sguardo all'economia reale, intanto, difficile capire cosa stia succedendo. Anche gli economisti formatisi ai dettami dell'economia industriale non hanno chiara consapevolezza del nuovo equilibrio dollaro-centrico passato dal pareggio della bilancia commerciale a quella dei pagamenti. In effetti, mentre i flussi di capitale in entrata, le cosiddette "partite invisibili", sono registrate contabilmente ma appunto non si vedono, il deficit delle "partite visibili", causato dal degrado degli scambi commerciali, è sotto gli occhi di tutti. Per delimitare il territorio dei dieci stati più colpiti dalla deindustrializzazione e con gli impianti corrosi dalla ruggine, verrà così coniato il termine "rust belt". L'apertura delle frontiere alle importazioni ha creato intanto nuove opportunità anche per le Corporation statunitensi. Conviene chiudere le fabbriche, esternalizzare le attività produttive o dislocare all'estero nuovi impianti, approfittando del basso costo del lavoro e di un regime fiscale favorevole. I fari mediatici del "reality globalizzante" sono puntati sull'effetto di "sgocciolamento" della supply side economics nelle grandi conurbazioni degli hub globalizzanti come New York, Los Angeles e Londra ove si concentrano i centri direzionali, finanza, tecnologia, ricerca di mercato e gestione principale del business nonché servizi ancillari indotti. Isole di benessere a fronte del

[19] *Teoria e critica*, cit. p.77.

resto del paese in cui si tocca con mano il deterioramento delle condizioni di vita del ceto medio produttivo e dei lavoratori salariati sempre più precarizzati.

9. La "governamentalità" neoliberista e la destrutturazione dei mercati nazionali

Non è dunque possibile, per fare fronte alla crisi economica sociale, fare affidamento sugli investimenti industriali delle Corporation, né tantomeno si può ricorrere sulla spesa pubblica in deficit. Nel "meccanismo dollarocentrico" la cassetta degli attrezzi post - keynesiana, con le sue politiche fiscali e monetarie potenzialmente inflazionistiche e deficitarie, è inservibile. Il debito pubblico (DP) può tramutarsi in un pericolo per la stabilità del dollaro, con rischi di disinvestimento nel mercato finanziario e di deficit nella bilancia dei pagamenti. Di conseguenza, la correlazione tra le tre grandezze macro-sistemiche - M1, DP, PIL, - determina le condizionalità della governamentalità neoliberista al cui rispetto si adeguerà necessariamente anche l'euro nel 1992, con il Trattato di Maastricht. A farne le spese il welfare, che in tutta la sfera occidentale è drasticamente ridimensionato nel segno dell'austerity. Anche le istituzioni liberal del New Deal di regolazione e contenimento dello strapotere delle Corporation non sono in linea con il nuovo paradigma liberista della soluzione dei "fallimenti dello Stato". Il ruolo delle Agenzie di regolazione sminuito e ridimensionato in quanto "catturabili" (Stigler, Nobel 1983). Austerity, piena libertà di movimento dentro, fuori e dal di fuori del mercato nazionale per le Corporation, riduzione delle tutele per i contraenti più deboli e dei lavoratori salariati, definiscono dunque il perimetro di manovra della governamentalità neoliberista della quale Friedman aveva anticipato (capitalismo e libertà 1962) il suo contenuto "libertario" sia antiliberal sia anti-keynesiano. Altrimenti detto da Reagan, nella Reagan Economics il "government fa parte più non della soluzione ma del problema". Difficile dare torto anche alla Thatcher e al suo "There is no alternative". Ed in effetti, dagli anni Ottanta, dopo l'apertura del "vaso di pandora" dei movimenti dei capitali e l'instaurarsi del Washington Consensus e del comitato di Basilea, conservatori o laburisti, repubblicani o democratici, chiunque sarà al governo nell'anglosfera e poi anche nella sfera occidentale si atterrà al rispetto delle condizionalità sistemiche del paradigma monetarista della globalizzazione.

10. Le economie periferiche globalizzate

Ancora più destrutturanti le conseguenze del ristabilito equilibrio dollarocentrico sul debito pubblico dei paesi in via di Sviluppo a seguito della cura neoliberista somministrata loro dal FMI, che nel 1976 ha cambiato mestiere dedicandosi alla ristrutturazione dei debiti degli stati in default. Il suo fondamento è la rivisitazione della

teoria di Ricardo dei vantaggi comparati negli scambi internazionali (aggiornata alla centralità del consumatore nel mercato globalizzato, cfr.: P Krugman, Nobel 2008). Gli Stati deficitarii dell'emisfero sud devono perciò specializzarsi nella "valorizzazione" delle risorse economiche interne, non ponendo ostacoli al loro sfruttamento ad opera degli investimenti appropriativi delle Corporation. A seguire, si innescano cessioni di *asset* patrimoniali pubblici, privatizzazione delle imprese in mano pubblica, soppressione dei cartelli sui prezzi a protezione delle risorse minerarie e/o monoculture agricole. Ai tagli drastici alla spesa pubblica è subordinata dal FMI la concessione dei prestiti necessari alla ristrutturazione del debito preesistente, prolungandone in questo modo la durata e al contempo incrementando uno stato di dipendenza permanente. Appare irrilevante, negli esiti finali, se la cura neoliberista venga applicata con convinzione, come in Cile dagli allievi nazionali della scuola di Chicago, oppure sia subita per sottrarsi a guai peggiori, come nel 1997, per le "tigri asiatiche" trasformate in "tigri di carta" dal drenaggio monetario del loro surplus commerciale risucchiato nel mercato finanziario di Wall Street. Nella vulgata liberista, il deterioramento socioeconomico è congiunturale, destinato a riaggiustarsi con il riequilibrio dei "terms of trade". Non è stato così. Il depauperamento del terzo mondo tende a cronicizzarsi. I volumi di affari e gli utili delle principali Corporation statunitensi ed occidentali ne risentono positivamente e già negli anni Ottanta superano il PIL di molti dei paesi periferici in cui operano. La discesa in campo delle Corporation cinesi, adepte del neoliberismo dopo l'ingresso della Cina nel WTO, ha accentuato la competizione geopolitica, soprattutto in Africa, per l'accaparramento dei territori agricoli - land grabbing - e lo sfruttamento delle risorse naturali con danni anche ambientali sempre più manifesti. Dopo il WTO, le Corporation transnazionali sono libere di scegliere come e dove posizionarsi sui mercati dei capitali, del lavoro e dei fattori produttivi. L'estensione del "bacino dollaro centrico", seguito allo sdoganamento della Cina, ha consentito il prolungamento - almeno finora - dell'egemonia monetaria statunitense, grazie però a crescenti squilibri finanziari esplosi nella crisi del credit crunch.

11. "L'arbitraggio" fonte del diritto sovranazionale delle Corporation

Un'egemonia ormai in crisi. Le nuove istituzioni bancarie e finanziarie cinesi fanno concorrenza su scala regionale a quelle del Washington Consensus. L'accordo di libero scambio del 20 novembre 2020 tra la Cina e altri 15 Paesi dell'Asia Pacifica tra cui la Corea del Nord, il Giappone e l'Australia, ha dato vita al bacino di libero scambio più grande del mondo, contribuendo a spostare il baricentro degli scambi commerciali, e in futuro finanziari, da Occidente ad Oriente. Incontrastata, nel frattempo, la libertà di manovra delle Corporation non solo occidentali. Per capirla dobbiamo decifrare l'anodina formula del cosiddetto "arbitraggio" che sottende il potere delle Corporation

di posizionarsi al meglio, secondo convenienza, nei mercati globalizzati"[20] L'arbitraggio fiscale è la possibilità di scegliere la sede più conveniente per pagare meno tasse, i paradisi fiscali. L'arbitraggio regolatorio e contrattuale indica ove più lasca è la regolazione pubblica e la libertà contrattuale della parte contraente più forte ha mano libera nel porre le regole del contratto. Ovvero il forum shopping, la scelta cioè della giurisdizione, più accomodante per le Corporation, nel caso di controversie con terzi. L'arbitraggio nel mercato del lavoro, ormai globalizzato, quindi la scelta del luogo della prestazione dell'attività lavorativa, localizzando o delocalizzando le imprese o i rami di azienda, riducendo il costo della manodopera nei settori industriali e agricoli ad alta intensità di lavoro. Tanto per esemplificare, secondo dati del Dipartimento del Commercio Usa, le multinazionali statunitensi hanno tagliato 864.00 di posti di lavoro tra il 1999 aggiungendone 2.900.000 all'estero[21] Le ricette liberiste non concernono solo l'apertura di nuovi business per le grandi Corporation transnazionali ma agiscono in profondità nel modellare il nuovo mondo globalizzato. L'ideologia neoliberista dei mercati senza frontiere non ponendo ostacoli all'aggiustamento della domanda ed offerta di lavoro su scala globale afferma la libertà del singolo, ovviamente in concreto per chi può, di scegliere la propria attività e sede di lavoro. In principio, anche i movimenti migratori sono ben accetti e non dovrebbero essere ostacolati se non per ragioni di ordine pubblico e sicurezza interna in quanto riducono il costo della manodopera nei paesi di immigrazione, aumentando la competizione nel mercato del lavoro e riducendo il costo dei servizi non delocalizzabili come, ad esempio, quelli alla persona.[22] Nel mercato globalizzato e al contempo segmentato, diverse sono dunque le opportunità di lavoro per livelli di istruzione, competenze, provenienza sociale, etnica e tipologia delle attività lavorative per cui l'offerta di lavoro in eccedenza, nello specifico mercato territoriale di riferimento, sarà ovviamente remunerate sulla base di quello che sarà il punto di incontro con la domanda anche al di sotto di un livello dignitoso di sussistenza per la nuova classe di "working poor".

12. Il primato epistemico del "pensiero unico" neoliberista

Il credo neoliberista del mercato in equilibrio spontaneo ed ottimale se libero da ogni interferenza dello Stato, costituisce dunque il substrato ideologico dei processi di globalizzazione dei mercati oltre gli stati, innescato dalla liberalizzazione dei movimenti dei capitali. Da un punto di vista teorico, il neoliberismo accademico si ricongiunge alle formulazioni sull'equilibrio economico generale del neoclassicismo di

[20] Sui rapporti tra "arbitraggio deregolamentazione e autoregolamentazione, *Teoria e critica*, cit. 213.
[21] M. Lind, *La Nuova lotta di classe*, ed .it. LUP, 2020 , p.79.
[22] R. Reich, *The Work of Nations*, New York: Vintage Books, 1992.

Walras e di Pareto e ne implementa il metodo matematico su base quantitativa. Non solo i neoliberisti, per la verità, ma già gli allievi di Keynes, Kaldor, Robinson, Hicks e Phillips, seguendo le riflessioni del maestro, formulano su basi logico matematiche modelli di equilibrio efficiente tra i diversi fattori produttivi, scambi e prezzi. Negli anni Sessanta, la fisica, la meccanica stocastica, anche la termodinamica (P. Saumelson, Nobel 1970) forniscono modelli per una riformulazione dinamica della macroeconomia dell'equilibrio economico generale. L'inclusione nel 1969 dell'economia tra le scienze esatte, con il riconoscimento del premio Nobel, corona questo sforzo collettivo degli economisti ma incentiva ulteriormente la formalizzazione del linguaggio economico in termini matematici, con la conseguenza di escludere dal perimetro della rilevanza scientifica qualsiasi discorso che non possa essere espresso in numeri ed equazioni. Il riconoscimento del Nobel e la condivisione del metodo matematico quantitativo, presupposto indispensabile per l'inclusione dell'economia tra le scienze esatte, riduce dunque il confronto "scientifico" tra gli economisti alla verifica di coerenza interna della dimostrazione del teorema. Se le conclusioni sono comunque coerenti con le premesse, le stesse non possono essere fatto oggetto di contestazioni a meno di non aprire la discussione sulla sottesa visione ideologica da cui hanno origine, mettendo in forse, in questo modo, la stessa oggettività dell'economia come scienza. Un tabù che credo nessuno economista accademico abbia finora infranto. Consacrata nel perimetro delle scienze esatte, l'economia ha acquisito il "primato epistemico" tra i saperi sociali. Come scienza, dunque, può e deve fare da guida ai policy maker che si adattano in genere ben volentieri. Una politica deresponsabilizzata, imbelle, sempre meno rappresentativa della società civile, succube dei processi di globalizzazione, cede il passo e si cela dietro la tecnocrazia, in grado di applicare nell'arte del governo le leggi macro e micro dell'economia. Dagli anni Ottanta, i luoghi di eccellenza della formazione e della ricerca universitaria gravitano nell'orbita accademica dell'anglosfera neoliberista con al centro la scuola di Chicago. Una nutrita schiera di "Chicago boys" ne applica gli insegnamenti nelle più importanti università del mondo. Prima del 2011, gli accademici neoliberisti si aggiudicano 22 premi Nobel. Se alla lista dei 22 Nobel si aggiungono anche i neokeynesiani il loro numero sfiora di fatto la totalità. La distinzione metodologica tra gli uni e gli altri diviene sempre meno chiara allorquando i neokeynesiani americani accettano il dogma dell'aggiustamento automatico della domanda e dell'offerta dei fattori produttivi, del lavoro e dei capitali nei mercati[23]. Al sistema accademico fanno da corona una costellazione di Istituti di ricerca, come l'Aspen o il Cato Institute, convegni e seminari istituzionalizzati, finanziati o cofinanziati da Fondazione private o direttamente dalle principali Corporation, non solo statunitensi. Un meccanismo di formazione, informazione e propaganda che propone e propaga verbo neoliberista anche attraverso la ristabilita

[23] T.I. Palley, *From Keynesianism to Neoliberalism in Neoliberalism*, Saad-Filho A. and Johnston D. ed., Pluto Press, 2004, p. 20.

egemonia nei media. Nonostante il fallimento dei modelli macroeconomici matematizzati però anche dopo la crisi dei subprime del Duemila, il neoliberismo rimane tuttora la cifra sottesa alla globalizzazione. Per cercare di capirne le ragioni è il caso di prendere brevemente in esame il metodo. il "riduzionismo metodologico", che riguarda anche "l'analisi economica del diritto".

13. Il riduzionismo metodologico nell'analisi economica dei mercati

Con il termine "riduzionismo metodologico" intendo indicare un restringimento radicale di prospettiva grazie ad una formulazione teorica microeconomica che muove da un binomio oppositivo bilaterale tra agenti economici nel quale è endemico un potenziale conflitto di interessi o azzardo morale, come ad esempio tra venditore e compratore. Sulla base di un'affermazione così posta, nella sostanza un assioma di per sé evidente ed intuitivo, del quale non è necessario dare dimostrazione, si perviene con successivi sillogismi matematici a conclusioni confermative dello stesso, avendo escluso dalla dimostrazione l'inserimento di ulteriori ipotesi che possano inficiare la validità dell'assioma di partenza. Di seguito prenderemo in considerazione tre casi noti che ci consentono di illustrare il funzionamento del riduzionismo metodologico e la sua portata applicativa. Nel paragrafo successivo esamineremo il riduzionismo giuridico ed il filtro totalizzante dell'"analisi economica del diritto" costituito dalla visione binoculare: "autonomia privata" - "diritto di proprietà".

Possiamo considerare il "teorema di Coase" (Coase 1937, Nobel 1991) sui costi di transazione, il punto di partenza dell'approccio riduzionista bilaterale. Nel teorema, il conflitto intercorre tra il proprietario del bene il cui uso causa le esternalità negative ed il soggetto che ne subisce le conseguenze. Secondo Coase, se libere di negoziare i livelli delle esternalità, le parti in conflitto sono in grado di trovare un punto di equilibrio tramite lo scambio. Il proprietario può modificare l'uso o cedere anche il diritto sul bene, purché non ci sia un intervento da parte del governo per risolvere i costi sociali delle esternalità negative. L'interferenza, sovvertendo il quadro delle reciproche convenienze, causerebbe solo un aumento dei costi di transazione come, ad esempio, nel caso di loro tassazione (come proposto da Pigou). Applicando il teorema al versante interno della gestione proprietaria con riferimento all'organizzazione dell'azienda, Williamson (1964, Nobel 2009) perviene alla conclusione che nel rapporto "fornitore – cliente" l'integrazione verticale del ciclo produttivo e commerciale da parte del fornitore possa condurre a riduzione dei costi di transazione a carico del secondo. La visione internista apre su una prospettiva microanalitica che riduce il comportamento dell'impresa essenzialmente alla conduzione degli affari secondo convenienza (business behavior**)** e all'esercizio del controllo proprietario (corporate control). In termini applicativi il focus sul rapporto bilaterale tra "fornitore e cliente" mette fuori quadro il problema della concorrenza tra fornitori e ridimensiona il rischio di abusi di

potere di mercato da parte dei fornitori verticalmente integrati, come le grandi catene di distribuzione in grado di controllare accessi e sbocchi di mercato. Se l'integrazione verticale riduce i costi anche a vantaggio del cliente finale, bisogna allora che le grandi imprese (Corporation) che per dimensioni di capitale ed investimenti durevoli in grado di interiorizzare tali costi attraverso meccanismi gerarchici, siano lasciate libere di farlo. Marginalizzato l'intervento pubblico nel mercato per la regolazione dei conflitti di interesse e dell'azzardo morale, la teoria di Coase ha tracciato il percorso della Reagan Economics per deregolamentazione dei mercati, la liberalizzazione delle infrastrutture a rete (come il traffico aereo) ed in genere dato impulso alle privatizzazioni delle "regolated Industries" dell'epoca liberal, affette peraltro da iper-burocratizzazione[24].

Anche la teoria "principale – agente" rientra nel quadro metodologico di riduzionistico bilaterale. I suoi autori (M. Jensen e W. H. Meckling), partendo dall'assioma indiscutibile che "l'agente" ha normalmente maggiori informazioni del "principale", arrivano alla conclusione, implicita nella riduttiva premessa, che non sia buona prassi da parte del "principale" "proprietario" affidare ad un manager la cura dei propri interessi. La raccomandazione vale in particolare per la gestione di un'attività imprenditoriale, dato che in questo caso l'asimmetria informativa cresce in misura proporzionale alla complessità delle interazioni dell'impresa. Il rischio di comportamenti opportunistici del management è ancora più rilevante nella "ownership" delle società di capitali per risolvere i quali, secondo i due autori, la proprietà dovrebbe necessariamente riprendere in mano il timone dell'azienda.

14. La Corporation come modello di efficienza allocativa nel riduzionismo neoliberista

A questo punto il discorso si fa più tecnico ma anche più interessante perché, anche in questo caso, il ragionamento conduce alla rivalutazione della Corporation a scapito della Public Company e del suo approccio sistemico alla soluzione dei conflitti di interesse nel mercato[25]. Messo fuori quadro il mercato, nell'ottica internista dei due autori, il potere di comando nella società di capitali dovrebbe fare capo ad un ristretto gruppo di azionisti di controllo, dato che non può essere esercitato da tutti i soci in assemblea in quanto strutturalmente inidonea ad assumere decisioni operative con la necessaria tempestività. Se si lasciasse il centro decisionale nell'organo assembleare, sarebbe giocoforza tornare alla delega di potere al management e al rischio di azzardo morale. Ancora una volta, anche sotto questo profilo, il modello legislativo della Public Company, basato sulla separazione tra la proprietà e la gestione affidata al management,

[24] Le critiche al riguardo di A. Alesina – F. Giavazzi, *Il liberismo è di sinistra*, il Saggiatore, 2007, p.45.
[25] G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia*, cit. fig. p.63.

avrebbe fatto il suo tempo. All'obiezione che la Public Company vieta la formazione di gruppi di azionisti di comando per impedire che ne approfittino a scapito degli altri soci di minoranza, M. Jensen e W. H. Meckling indicano la soluzione dell'azzardo morale degli azionisti di comando nella valorizzazione delle azioni della società in borsa. Con la quotazione, il rischio dell'asimmetria informativa a favore degli azionisti di comando verrebbe automaticamente dissolto dall' obbiettivo comune a tutti gli azionisti della valorizzazione delle azioni della quotata il cui valore è reso palese, trasparente ed uguale per tutti i soci, dal fixing giornaliero del listino di borsa. Come si vede, con successivi arditi sillogismi, ampliando il campo di applicazione ma mantenendo inalterato l'assioma di base, anche la teoria "principale - agente" ci ha condotto alla rivalutazione della Corporation come migliore forma organizzativa dell'impresa e ci ha fatto approdare alla teoria dello share holder value[26]. Senza batter ciglio siamo inavvertitamente transitati dall'economia reale all'economia finanziaria. Su questa diagnosi, demolito il modello legale della Public Company, si innestano le innovazioni e le tecnicalità dell'"analisi economica del diritto".

Altro esempio utile di riduzionismo bilaterale è la teoria dell'asimmetria informativa "venditore - acquirente" formulata nel 1970 da George Akerlof (Nobel nel 2001 insieme a M. Spence e J. Stiglitz che applicano la teoria ai rapporti di credito). Anche in questo caso, l'assioma di partenza è incontrovertibile. Nello scambio, il venditore è normalmente in possesso di maggiori informazioni sul bene che vende e presumibilmente poco interessato a condividerle con il compratore se rischiano di dar luogo ad una riduzione del prezzo. Da questo assioma discendono alcune conseguenze sulla modalità di formazione del prezzo e sulla sua valenza di indicatore efficiente per orientare gli scambi. Tralasciando le formule matematiche, la conclusione cui si perviene è che chi maggiormente risente della carente informazione veicolata dal prezzo è l'acquirente ultimo, ossia il consumatore. Il messaggio è in linea con il need of protection del consumatore della supply side economics. La surrogazione del consumatore al produttore nella funzione propulsiva dell'economia statunitense è anche alla base della torsione interpretativa dei fondamenti dell'Antitrust propugnata dall' "analisi economica del diritto".

Nei tre casi richiamati, il mercato retrocede sullo sfondo come luogo degli scambi e l'asimmetria informativa è ridotta e risolta nel rapporto bilaterale possibilmente all'interno del "sistema della grande impresa" ovvero della Corporation . L'asimmetria sistemica, connessa alla morfologia del mercato e derivante dai conflitti di interesse e di ruolo che vi si generano, non trova spazio nel riduzionismo metodologico bilaterale. Il cambio radicale di prospettiva mette così fuori quadro il "circuito virtuoso dell'informazione" ed il "circuito di risoluzione dei conflitti di interesse" costruito per

[26]S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza, Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, ed.it. Luiss University Press, 2019, p.48.

eradicare i conflitti di interesse nel mercato azionario e nei settori a fallimento di mercato dalla legislazione del New Deal[27].

15. Il riduzionismo giuridico, "l'analisi economica del diritto"

Un ruolo essenziale, nello spostamento del focus dal mercato al rapporto giuridico bilaterale, è stato svolto dall'"analisi economica del diritto" della scuola del "law and economics" dell'università di Chicago. Il riduzionismo è palese nel suo paradigma strutturante l'esperienza giuridica, costituito dal binomio "diritto di proprietà - autonomia privata".

L'approccio giuridico riprende ed estende il punto di arrivo della teoria dei costi di transazione di Coase e di Williamson, applicata all'impresa. Qualsiasi fonte normativa che interferisca nell' esercizio del diritto di proprietà, alterando i termini della convenienza nello scambio per le parti, determinerebbe la perdita generale di efficienza del mercato ed il mancato raggiungimento del "benessere sociale" costituito dall'insieme dei punti di equilibrio raggiunti nei singoli scambi. Per l'analisi economica del diritto[28]. La missione del law and economics è di fare in modo che nella realtà del diritto e nella prassi giurisprudenziale l'interferenza etero normativa sia ridimensionata attraverso il riconoscimento della autonomia privata come fonte prioritaria di produzione del diritto in una società libera della quale il diritto privato ne è lo strumento naturale. In questo ordine di idee, coniugata con il diritto di proprietà, l'autonomia privata deve avere campo libero nelle due forme di uso della proprietà privata come sua "autoregolamentazione" da parte di chi ne è proprietario e come sua disponibilità come merce nello scambio tramite il contratto. Il combinato tra autonomia privata e diritto di proprietà ha dunque una potenzialità assorbente dell'esperienza giuridica e della fenomenologia giuridica tramite il diritto privato nell'economia. La libertà di impresa, come diritto fondamentale della tradizione liberale classica e come diritto di accesso al mercato a parità di condizioni per tutti, diviene irrilevante, data la sua matrice giuspubblicistica e negato nella sua concreta carica proconcorrenziale. Se il mercato è essenzialmente il luogo degli scambi, nei quali si cedono reciprocamente diritti di proprietà, l'accesso al mercato presuppone esclusivamente il fatto della proprietà e l'autonomia privata come facoltà di disposizione di un bene di cui si ha la proprietà. La relazione tra autonomia privata e diritto di proprietà, come assorbente la fenomenologia giuridica, è raggiunta attraverso l'onnicomprensività della concezione giuridica del bene oggetto del diritto di proprietà. Nell'analisi economica del diritto rientra nella categoria della proprietà qualsiasi entità suscettibile di rendimento economico, rientrante nella disponibilità della sfera giuridica personale di chi la usa o ne dispone,

---

[27] Per una sua configurazione teorica, cfr.: *Diritto dell'economia*, cit., p.61.

[28] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1973.

potenzialmente pertanto oggetto di valutazione economica nello scambio. Beni materiali o immateriali, mobili od immobili, compendio aziendale o patrimoniale, avviamento commerciale, proprietà intellettuale e industriale, skills, ovvero capacità, facoltà, competenze personali, saperi ed informazioni, forza lavoro nonché il corpo nella sua dimensione materiale. Locazione d'uso o la vendita di organi sono estensivamente tutti "asset" di proprietà di un individuo dotato di autonomia privata e che può dunque disporne. Anche cose e prestazioni di cui è vietato il commercio legale, come droga e prostituzione, sono comunque suscettibili di valutazione economica e per questa ragione fatte rientrare nel calcolo ufficiale del PIL (Eurostat 2014). L' enfatizzazione dell'autonomia privata nel contratto, unitamente alla dilatata estensione dell'oggetto del diritto di proprietà, hanno fatto sì che gli istituti giuridici della proprietà e del contratto conquistino il proscenio nella rappresentazione neoliberista del diritto. I beni di cui il proprietario può disporre nello scambio, nell'analisi economica del diritto sono livellati sullo stesso piano giuridico – esistenziale e valoriale. Anche il lavoratore/ proprietario dispone liberamente nello scambio della sua merce lavoro. Se l'efficienza allocativa del mercato del lavoro risulta dalla libera contrattazione tre le parti, la sua regolazione eteronoma e le misure di sostegno alla disoccupazione e la contrattazione collettiva non fanno altro che alterarne il funzionamento ed inibire il libero incontro tra domanda ed offerta nel suo punto di equilibrio naturale. La "cosificazione" della prestazione, con la sua natura derivativa e alienata dal soggetto che la rende, ne consente la messa a disposizione, anche da parte di intermediari, affinché la cedano, tramite contratti di noleggio/somministrazione, ai terzi che, al pari di qualsiasi altro fattore produttivo, la utilizzano nel processo di valorizzazione dei loro asset. Una doppia imputazione del rapporto, un ulteriore passaggio schizofrenico, nell'alienazione della "merce lavoro".

16. Il paradigma totalizzante "autonomia privata, diritto di proprietà", internalizzazione e privatizzazione del mercato nella Corporation

All'estremo opposto, il paradigma "autonomia privata, diritto di proprietà", crea spazi sconfinati per l'esercizio del potere delle Corporation transnazionali, sia in termini di autoregolazione della proprietà sia come libertà contrattuale. In chiavi applicative, l'autonomia, come fonte privilegiata del diritto dell'economia, comporta la facoltà di autorganizzazione della Corporation, società di capitali, redendone il controllo non contendibile, dislocando la governance dove e meglio si crede, diversificando, con la conformazione a holding, il business e le opportunità di profitto nei diversi scenari operativi dei mercati globalizzati. Nella loro sfera interna rientrano potenzialmente i più svariati asset materiali e immateriali, reali o finanziari, iscrivibili a qualsiasi titolo a bilancio come suscettivi di valutazione economica. Entità private sono anche i sistemi internalizzati di scambio e di trading di titoli finanziari o di

commodities, oppure le piattaforme per mercati privati ad accesso riservato ai soli soci fondatori, come quelli all'ingrosso dei derivati finanziari. Le Corporation, nell'esercizio del loro diritto proprietario, autoregolano il funzionamento delle piattaforme e dei sistemi di connessione e di gestione dati nonché l'accesso di utenti o fruitori tramite semplici applicazioni delle quali, registrandone il brevetto, sono divenuti monopolisti. Liberi i terzi di accedere all'utilità o al servizio alle condizioni offerte dal proprietario e allo scambio tra le utilità, rese fruibili a fronte del diritto dell'offerente di tracciare, profilare e trattare le informazioni generate nell'interazione con facoltà di combinarle in prodotti a valore aggiunto, "big data ", cedibili nel mercato della comunicazione dell'informazione a fini commerciali. Nell'ottica del law and economics, l'accesso alla piattaforma, liberamente effettuato, tende a ridimensionare se non escludere alla radice qualsiasi eventuale problema di privacy o abuso di potere nei confronti dell'utente/ cliente da parte del gestore della rete che ha tracciato le sequenze algoritmiche. Nella dimensione proprietaria, la regolazione dei sistemi a rete internalizzati e delle piattaforme private di scambio è qualcosa di simile alla gestione di un club privè dal quale si può essere insindacabilmente espulsi a giudizio del gestore, come ad esempio Trump da Twitter. L'internalizzazione dei mercati in un 'entità proprietaria privata ha riguardato tutti i mercati azionari - a partire da Wall Street e dal London Stock Exchange – con la trasformazione in Corporation transoceaniche. Se l'asset di proprietà internalizzato è un meta-mercato privato ubicato nel "cloud", come il "meta -mercato finanziario" o quello costituito dalle piattaforme dell'information technology, si aprono prospettive di potere inusitato per le Corporation che le gestiscono. Deregolamentazione, autoregolamentazione ed incorporazioni dei mercati in gruppi transnazionali è una opera di squadra tra giuristi, economisti e analisti finanziari, seguaci del verbo liberista. Senza i cultori del law and economics, che hanno sagomato la veste giuridica delle Corporation in modo che l'esercizio del potere venga deresponsabilizzato dalla compliance delle tecnicalità giuridiche, non avremmo assistito all'apparizione - quasi per un gioco di prestigio - delle grandi multinazionali transnazionali. Alle prime big Five del meta mercato finanziario, Goldman Sachs, Morgan Stanley, Merrill Lynch, Lehman Brothers, Bear Stearns, si sono aggiunte nell'ultimo decennio le big Five nell' High Tech: Alphabet, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft. Non sono più sole. Nello scenario globalizzato degli anni 2000, fanno la loro apparizione anche i grandi gruppi transnazionali finanziari e tecnologici cinesi che replicano e competono con quelli statunitensi, scalando le posizioni di vertice nelle classifiche mondiali per fatturato, capitalizzazione e giro di affari.

Anche il ribaltamento della legislazione antitrust alla centralità del need of protection del consumatore è opera del law and economics. Robert Bork, nel "Paradosso dell'Antitrust" del 1978 e Richard Posner, in "Antitrust law" 1976, propugnano una rilettura della legislazione Antitrust, a loro avviso sviata, nel New Deal, dall' originaria funzione di tutela del consumatore a quella, invece, dell'esasperata tutela del competitore inefficiente. La contro -narrazione fa presto

proseliti, grazie anche alla nomina dei due giuristi a giudici federali nel 1981, da parte di Reagan. Anche in questo caso, sono le Corporation a beneficiare della torsione interpretativa. Il cambio di prospettiva ribalta in giudizio l'onere della prova. Spetta al concorrente danneggiato provare che il presunto danno non sia stato compensato da un vantaggio per il consumatore. Nella prospettiva micro-contrattualistica la garanzia della corretta informazione è nell'etichettatura del prodotto, alias nel prospetto informativo nel caso dei prodotti finanziari o nel foglio illustrativo dei farmaci, i quali devono indicare i possibili rischi anche remoti, risolvendosi in tal modo ogni obbligo del venditore nei confronti dell'acquirente. La parabola consumistica prende avvio con il Consumer protection Act del 1986 e arriva, con il Wall Street Reform and Consumer Protection Act del 2010, a trasformare anche il risparmiatore/ investitore in passivo consumatore "consumato dai prodotti finanziari". La privatizzazione delle fonti di produzione ad opera delle multinazionali trova, peraltro, entusiastico riconoscimento. "L'ordinamento giuridico quello vivente […] ha spostato il proprio asse portante su fonti capaci di assicurare il salvataggio giuridico della società in cammino" grazie alle "iniziative spontanee – delle grandi imprese multinazionali […] in collaborazione con provvedutissime officine giuridiche […] per coniare e definire tecnicamente schemi giuridici in grado di ordinare la vita economica in continuo rinnovamento"[29].

17. Neoliberismo cibernetico post-moderno

La crisi non risolta dell'ideologia neoliberista apre sugli orizzonti di un Cyberspazio sovrano liberato dalle inferenze degli stati ove la stessa autonomia privata e il diritto di proprietario delle Corporation transnazionali recede a substrato costitutivo, presupposto fattuale di un potere occultato e "strumentalizzante" dietro l' apparente neutralità tecnologica[30] Le officine informatiche dell'Intelligenza Artificiale prendono ora il posto di quelle giuridiche "nel coniare gli schemi in grado di ordinare la vita economica in continuo rinnovamento". Contratti intelligenti, "smart contract" ad esecuzione unilaterale tramite processi automatizzati istantanei e simultanei di combinazione senza necessità dell'individuazione della controparte come nel "meta - mercato cibernetico" in cui l'incontro tra domanda ed offerta è rimesso all' high frequency trading. Gli algoritmi predittivi estratti dalle informazioni rilasciate dagli utenti per l'accesso alle piattaforme telematiche subentrano ai modelli matematizzati degli economisti. Algoritmi che elaborano informazioni, nel mondo reale e nel tempo reale, in grado di risolvere il paradosso dell'asimmetria informativa dei sistemi

[29] P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, 2012, p.38.

[30] S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, ed.it. Luiss University Press, 2019, p.369.

pianificati, rendendo obsoleta la teoria dell'efficienza allocativa del "calcolo economico" veicolato dal prezzo nell'economia di mercato.

18. Un futuro distopico neoliberista, dobbiamo farcene una ragione?

Il neoliberismo ha attivato un meccanismo fuori controllo di estrazione del profitto da un sistema di produzione e consumo distruttivo delle risorse naturali del pianeta e loro vaporizzazione simbolica come entità finanziarie strumentali all' esercizio del potere. La soluzione della crisi climatica dell'Antropocene passa dunque attraverso la rottura dal paradigma neoliberista sotteso alla globalizzazione dei mercati. La forte riduzione nel 2020 del tasso di sfruttamento degli ecosistemi, causata dalla riduzione dei consumi e dell'inquinamento dovuta ai lockdown, testimonia la necessità di un cambiamento drastico del paradigma neoliberista competitivo ed escludente, con un paradigma sociale ed economico inclusivo basato sulla cooperazione, il rispetto della dignità umana e della capacità di rigenerazione dell'ambiente. Non possiamo certo far affidamento ancora sul teorema neoliberista di Coase e lasciare alla negoziazione delle Corporation la soluzione dei costi di transizione delle esternalità negative. Neppure è il caso di assecondare illusioni post neoliberiste, come la proposta di Jeff Bezos di "portare l'umanità su un percorso sostenibile dal punto di vista ambientale" con la sua compagnia Blue Origin per i voli spaziali interplanetari. Una scialuppa per pochi. Miliardi di dollari investiti nella stessa ristretta direzione anche da SpaceX di Elon Musk. Entrambi in competizione per la partnership con la Nasa che intanto cerca volontari per simulare le dure condizioni di vita su un pianeta estremo come Marte o forse su una Terra, irreversibilmente devastata dai cataclismi climatici. Un futuro vaticinato dalla fantascienza distopica. Una minoranza, al sicuro in bolle tecnologiche inaccessibili e ambientalmente confortevoli, a fronte di un pianeta devastato abitato da una umanità dolente. Un salto tecnologico escludente ed una estensione su scala planetaria - verrebbe da dire - dei compound fortificati, già esistenti nel terzo mondo, segregati "dalle periferie ridotte a discariche della globalizzazione" abitati da un'umanità derelitta (Bauman), come quelli di Johannesburg che il sudafricano Elon Musk ben conosce [31].

Trova finalmente spazio nelle agende politiche la consapevolezza di una "solidarietà egoistica", necessitata dal rischio della catastrofe climatica del pianeta e del dovere di prendersene cura come "casa comune" (Papa Francesco, enciclica Laudato Si, 2015). Da riprendere, l'idea di utilizzare il trust planetario per la gestione dei beni comuni, come l'aria o gli oceani per contrastarne l'uso distruttivo e sanzionarlo a fini di sfruttamento privato e di profitto[32]. È una corsa contro il tempo. Il Green New

[31] Citate da A. Ricciardi, *Periferie: Crisi e novità per la Chiesa*, Jaca book, 2016 , p. 57.
[32] P. Barnes, *Capitalismo 3.0. il pianeta patrimonio di tutti*, Egea, 2007.

Deal dell'Unione Europea, le prime misure di contrasto all'arbitraggio fiscale e regolatorio e del potere di mercato delle Corporation, proposte dagli Usa e accettate in sede OCSE, denotano l'intento di contrastare il paradigma neoliberista della privatizzazione del mondo. È solo un primo passo. Diritti pubblici fondamentali, collettivi e generazionali alla vita futura hanno ora trovato affermazione nella Corte costituzionale tedesca come obbligo dello Stato di contenere ulteriormente le emissioni di CO2 in quanto "comportano per le successive generazioni il dover sopportare un onere più radicale ed esporre le loro vite a una più ampia perdita di libertà". Una decisa azione politica contro il riscaldamento globale da rendere prioritaria nell'opinione pubblica europea e nel diritto pubblico dell'Unione per la sopravvivenza della Next Generation UE e del genere umano nella sua interezza.

Bibliografia essenziale

Frederich. A. Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 1973 ed. it., 2000.

Jack Beatty, *The age of Betrayal: The Triumph of Money in America*, 1865-1900, Random House USA, 2007.

The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective, (a cura di Philip Mirowski e Dieter Plehwe,) Harvard University Press, Cambridge (MA) 2009.

Daniel Stedman Jones, *Masters of the Universe: Hayek, Friedman, and the Birth of Neoliberal Politics*, Princeton University Press, Princeton, NJ 2012.

M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, ed.it., 2012.

P. Dardot - C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica alla razionalità neoliberista*, ed.it. Derive/approdi, 2013.

G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria, dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*; Cedam, 2011.

Shoshana Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri,* ed. it. Luiss University Press, 2019.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La localizzazione in aree agricole degli impianti alimentati da fonti di energie rinnovabili: gli enti locali tra conformità urbanistica e destinazione d'uso

di Cristiano Bevilacqua*

24 settembre 2021

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le Disposizioni legislative sugli impianti FER. – 3. Le linee guida nazionali di cui al d.m.10 settembre 2010: linee non proprio rette. – 4. I procedimenti per il rilascio dei titoli abilitativi all'installazione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili. – 5. Impianti FER. entro i 20 MW e zone agricole tra conformità urbanistica e compatibilità con la destinazione d'uso. – 6. Gli impianti FER, zone agricole e il ruolo degli enti locali:. "si può fare a condizione che…". – 7. Conclusioni: impianti FER e agricoltura: un binomio "sostenibile".

1. Introduzione

La Commissione Europea con il "*2030 Climate target plan*"[1], che ha avviato il percorso per realizzare quanto previsto al punto A.21 del programma *Next Generation EU*, ha proposto di innalzare dal 40% al 55% la riduzione entro il 2030 delle emissioni nette di gas climalteranti rispetto ai livelli del 1990, ed ha previsto l'incremento della quota della produzione rinnovabile a copertura dei consumi elettrici destinata a salire dall'attuale 55% a circa il 65. Conseguentemente, le rinnovabili elettriche dovranno grosso modo contribuire per il 70% all'insieme produttivo.

Quanto sopra e l'allarmante sesto Rapporto dell' International Panel on *Climate Change* (IPPC AR6)[2], devono far riflettere sull'importanza del ruolo delle energie rinnovabili nella riduzione delle emissioni inquinanti causa del surriscaldamento e, soprattutto, sull'importanza di implementare procedimenti amministrativi chiari ed estremamente rapidi per agevolare l'introduzione e l'uso degli impianti per le

* Senior Lecturer in Public Law University Campus of Malta, Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso LUMSA Santa Silvia - Palermo.

[1] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni ,"Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa", Bruxelles, 17-9-2020 COM(2020), 562, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0562&from=EN

[2] Sesto Rapporto di Valutazione sui Cambiamenti Climatici , Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC, attualmente in corso, cfr https://www.ipcc.ch e per la versione in italiano https://ipccitalia.cmcc.it

produzione di energia alimentati da fonti di energie rinnovabili più evoluti (cd FER) .

In questa prospettiva può divenire fondamentale il ruolo degli impianti da fonti di energia rinnovabile specialmente dal settore fotovoltaico, dato che In larghissima misura il gap dovrà essere coperto anche da nuova capacità fotovoltaica.

La realizzazione degli impianti FER però richiede previsioni normative dedicate chiare per consentire l'espandersi di tali sistemi di produzione di energia, ed in tale contesto quelle dedicate all'insediamento di tali impianti nelle aree agricole appaiono complesse in relazione al rapporto con la pianificazione urbanistica, specialmente con riferimento a quegli impianti di modeste dimensioni che possono costituire il volano anche per lo sviluppo dell'autoconsumo collettivo così come previsto dalle Direttive europee dedicate alle comunità di energia rinnovabili. Per cui con la presente trattazione si tenterà di fornire un quadro sistematico relativo alla localizzazione dei predetti impianti nelle aree agricole.

2. Le Disposizioni legislative sugli impianti FER

Prima della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, l'energia non appariva all'interno dell'elenco delle materie oggetto di competenza legislativa concorrente da parte delle Regioni a statuto ordinario di cui all'art. 117 Cost. con conseguente attribuzione della stessa e di quella amministrativa, in via esclusiva, allo Stato con esclusione della titolarità in capo alle Regioni e agli Enti locali di qualsiasi potere in tale ambito.

Ciò però ha portato a vari conflitti Stato - Regione in tutti quei casi di connessione tra energia e altri ambiti materiali e che hanno inevitabilmente portato a un ripensamento dei rapporti tra Stato e Regioni nel settore energetico.

La riforma del 2001 ha inserito nell'elenco delle materie di legislazione concorrente ex art. 117, comma terzo, Cost.,[3] l'attività di "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" è stata inserita all'interno delle materie attribuite

[3] E. SCIARRA, *La competenza concorrente Stato-regioni in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Le dimensioni sincroniche del decentramento regionale e della ri-centralizzazione odierna*, in https://www.apertacontrada.it.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Fonti energetiche rinnovabili ed efficienza economica*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007 A. COLAVECCHIO, *Il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale in tema di impianti da fonti rinnovabili (nota a Corte Costituzionale n. 36 del 2010*) in Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, n. 1/2011; A. COLAVECCHIO, *Il nuovo (?) riparto di competenze Stato-Regioni nella materia "energia,* in D. Florenzano – S. Manica, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, n. 83, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009, pagg. 3-56; R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico – ambientali*, in www.giustamm.it, n. 5/2005; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001* in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2002; A. MARZANATI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in Riv. Giur. Ambiente, 2012, 5, pp. 499 ss.

alla potestà legislativa concorrente.

Deve anche evidenziarsi che nonostante nel tempo gli scienziati abbiano elaborato o concorso ad elaborare il concetto di energia, dal punto di vista giuridico sono stati dati concetti differenti di energia piuttosto generici e collegati spesso a singole discipline[4].

L'attività di produzione di energia da fonti rinnovabili viene oggi annoverata tra le attività di produzione, distribuzione e vendita di energia elettrica, che a far data dagli anni Novanta, in linea con quanto stabilito dalla direttiva 96/92/CE, è stata gradualmente liberalizzata.

Con d.lgs. n. 79/1999[5], l'attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono state liberalizzate, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico, mentre vengono vincolate al regime di concessione le attività di trasmissione, dispacciamento e distribuzione[6].

Conseguentemente l'attività di produzione dell'energia elettrica, è stata subordinata all'adozione di un atto ampliativo come peraltro confermato dalla legge n. 239/2004 (c.d. legge Marzano)[7], utilizzandolo anche nel settore delle energie rinnovabili.

Oggi, la disciplina in materia di fonti di energia rinnovabili è rinvenibile nel D.lgs. n. 387/2003[8] e nel d.lgs. n. 28/ 2011, rispettivamente di attuazione della direttiva

---

[4] La prima definizione di energia risale al 1930, ossia all'anno di redazione del codice penale italiano (cd. Codice Rocco), che al suo art. 624, comma secondo - disposizione dedicata al reato di furto - stabilisce che "Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico" dove con cautela il legislatore non è qualificata come cosa mobile in senso stretto ma è solo "considerata" come tale ai fini di una sua tutela penalistica. Altra definizione di energia la si riviene nel codice civile del 1942 che all'art. 814 c.c. afferma che "Si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico". cfr. cfr. F. CARNELUTTI, *Precedenti storici del diritto dell'energia,* in Riv. Dir. Civile, 1960, I, p. 121; Sulla qualificazione dell'energia come materia cfr. G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia, in Atomo, Petrolio, Elettricità*, 1961; G. GENTILE GIOVANNI, P. GONNELLI, *Manuale di diritto dell'energia*, Giuffré, 1994, p. 2.

[5] D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

[6] D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

[7] L. 23 agosto 2004, n. 239, "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia".

[8] D.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, "Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità" (in Suppl. ordinario n. 17 alla Gazz. Uff., 31 gennaio, n. 25). il d. lgs. n. 387 del 2003 ha subito altre modifiche. Trattasi del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (in SO n.18, relativo alla G.U. 24/01/2012, n.19), convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27 (in S.O. n. 53, relativo alla G.U. 24/03/2012, n. 71) che ha disposto (con l'art. 65) l'abrogazione dei commi 4, 5 e 6 dell'articolo 10 e la non applicazione del comma agli impianti solari fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole che hanno conseguito il titolo abilitativo entro la data di entrata in vigore del presente decreto o per i quali sia stata presentata richiesta per il conseguimento del titolo entro la medesima data; il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 46 (in SO n.27, relativo alla G.U. 27/03/2014, n.72) che ha disposto (con l'art. 31, comma 1) la modifica dell'art. 12, comma 3 e il decreto legge 24 giugno 2014, n. 91 (in G.U. 24/06/2014, n.144), convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 116 (in S.O. n. 72, relativo

2001/77/CE e della direttiva 2009/28/CE.

Il D.lgs. n. 387/ 2003, così come modificato più volte a partire dal d.lgs. n. 28/2011[9], costituisce la normativa fondamentale emanata dallo Stato nell'esercizio della suddetta potestà legislativa concorrente, mira a promuovere l'utilizzo di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e a sviluppare impianti, sia di piccole che di grandi dimensioni, anche in zone non facilmente accessibili, prevedendo un costante monitoraggio dello stato di diffusione degli impianti e dei risultati raggiunti in materia di utilizzo delle energie rinnovabili.

Il d.lgs. n. 387 del 2003 contiene anche disposizioni specifiche per la valorizzazione energetica delle biomasse quale fonte, nel contesto italiano, più idonea al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione Europea stabiliti oltre ad estendere a tutti gli impianti con potenza nominale non superiore a 20 kw la disciplina dello scambio sul posto.

Da evidenziare l'originaria previsione di tariffe di incentivazione, cd. "in conto energia", per la produzione di energia fotovoltaica in sostituzione dei precedenti contributi in conto capitale che finanziavano una quota compresa fra il 50% e il 75% del costo totale dell'investimento erogati dalle Regioni, dalla Unione Europea e dal Ministero dell'Ambiente sotto diverse forme e modalità.

Il sistema di incentivazione inaugurato dal decreto n. 387, si basava su criteri demandati a decreti ministeriali e mirava a diffondere l'energia prodotta da impianti fotovoltaici tramite la certezza del finanziamento e l'omogeneità delle regole per la concessione degli incentivi[10]. Purtroppo non ebbe successo per una serie di incoerenze emerse in sede di applicazione [11].

---

alla G.U. 20/8/2014, n. 192) e che, nell'introdurre gli artt. 7-bis 3 8 bis al d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 (in S.O. n. 81 relativo alla G.U. 28/03/2011 n. 71), ha conseguentemente disposto (con l'art. 30, comma 2) la modifica dell'art. 12, comma 4-bis.

[9] Il d. lgs. n. 387 del 2003 ha subito altre modifiche. Trattasi del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (in SO n.18, relativo alla G.U. 24/01/2012, n.19), convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27 (in S.O. n. 53, relativo alla G.U. 24/03/2012, n. 71) che ha disposto (con l'art. 65) l'abrogazione dei commi 4, 5 e 6 dell'articolo 10 e la non applicazione del comma agli impianti solari fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole che hanno conseguito il titolo abilitativo entro la data di entrata in vigore del presente decreto o per i quali sia stata presentata richiesta per il conseguimento del titolo entro la medesima data; il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 46 (in SO n.27, relativo alla G.U. 27/03/2014, n.72) che ha disposto (con l'art. 31, comma 1) la modifica dell'art. 12, comma 3 e il decreto legge 24 giugno 2014, n. 91 (in G.U. 24/06/2014, n.144), convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 116 (in S.O. n. 72, relativo alla G.U. 20/8/2014, n. 192) e che, nell'introdurre gli artt. 7-bis 3 8 bis al d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 (in S.O. n. 81 relativo alla G.U. 28/03/2011 n. 71), ha conseguentemente disposto (con l'art. 30, comma 2) la modifica dell'art. 12, comma 4-bis.

[10] Nella sua versione originale il decreto, con l'art. 4 poi abrogato dal D.lgs. 28/2011, introduceva il meccanismo dell'aumento della quota di obbligo percentuale di elettricità prodotta da impianti alimentati da FER a carico di produttori e importatori di energia ai sensi del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 con previsione di misure sanzionatorie per i soggetti inadempienti.

[11] In particolare al convegno A.P.E.R., Lettura commentata del decreto 29 dicembre 2003, n. 387, Milano, 24 marzo 2004, 24 e ss. Si rilevò che l'incentivazione in conto capitale presentava numerosi limiti, lacune e svantaggi quali "costi di gestione elevati ed alto carico di lavoro per le amministrazioni pubbliche per la selezione dei progetti; andamento discontinuo e a singhiozzo del mercato (stop & go); disinteresse nelle prestazioni degli impianti nel lungo termine; incertezza circa la disponibilità di fondi

Di estrema importanza, è l'art. 12 rubricato *"Razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative*", secondo cui le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili sono di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti, determina il cd. "procedimento unico" per la costruzione e l'esercizio di siffatti impianti affidato alla Regione o a soggetto dalla stessa delegato e incentrato sulla convocazione della Conferenza dei Servizi e sul rilascio di un'autorizzazione cd. unica, precisando al comma 6 che siffatta autorizzazione non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione a favore delle Regioni e delle Province.

Altrettanto rilevante è il comma 10 dell'art. 12 sull'approvazione, in Conferenza unificata, delle linee guida per il corretto inserimento degli impianti nel paesaggio.

Fatta questa generica premessa normativa, appaiono di fondamentale importanza per la presente trattazione: il comma 10 dell'art. 12 sulle linee guida nazionali per l'installazione degli impianti, e i commi 3 e 4 del richiamato art. 12 sulle procedure di autorizzazione applicabili agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

3. Le linee guida nazionali di cui al D.m.10 settembre 2010: linee non proprio rette

L'adozione delle Linee guida nazionali ha rappresentato uno strumento di fondamentale importanza per l'istallazione degli impianti de quo, la stessa Corte Costituzionale ha attribuito alle stesse la qualificazione di "norma interposta", la cui violazione determina un'indiretta lesione della legge statale di principio[12].

È il comma 10 dell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 che ha ad oggetto le linee guida nazionali sulle modalità amministrative e i criteri per l'installazione degli impianti e stabilisce che: *"in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento relativo alla costruzione di impianti di produzione di*

negli anni a venire; attenzione posta sull'aspetto formale della potenza nominale del sistema e non sulla reale capacità di produrre energia durante 30 anni; impossibilità da parte dell'industria di poter pianificare gli investimenti a lungo termine". Questi svantaggi, accanto alla farraginosità delle procedure burocratiche, ai numerosi rigetti delle domande avanzate e alla diversità dei bandi regionali hanno disincentivato lo sviluppo del fotovoltaico.

[12] Corte costituzionale n. 11 del 15 gennaio 2014 in *www.cortecostituzionale.it*, con tale decisione la Consulta, così come già fatto con la sentenza n. 275 del 2011, aveva ravvisato quegli indici sostanziali che la costante giurisprudenza costituzionale assume a base della qualificazione degli atti come "regolamenti". Nel caso delle Linee Guida in esame, la Corte da un lato attribuisce alle stesse valore regolamentare, superando il dall'altro ne rileva i caratteri distintivi della "generalità" ed "astrattezza. Con riferimento al D.lgs. 387-2003 afferma che le stesse costituiscono: "*un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico, le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo".*

energia alternativa" e che "*tali linee guida sono volte ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio*", per poi precisare che, una volta che tali linee guida nazionali abbiano avuto attuazione, le Regioni possono procedere all'indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti, adeguando le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida nazionali.

Orbene, l'attribuzione alla Conferenza unificata della competenza ad approvare le linee guida in materia di fonti energetiche rinnovabili appare soluzione formalmente corretta, in quanto esprime la consapevolezza del fatto che sulla materia insistono interessi contrapposti di cui sono portatori diversi livelli di governo, pertanto il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi ambientali e paesaggistici impone una preventiva ponderazione procedimentale concertata in ossequio al principio di leale cooperazione.[13]

Tornando alle linee guida ed evidenziando come l'emanazione delle stesse sia arrivata con forte ritardo, con il d. m. 10 settembre 2010,[14] meritano attenzione il paragrafo 16 e 17.

In particolare, in linea con la disposizione di principio, il paragrafo 16 delle Linee guida indica i requisiti la cui sussistenza va valutata positivamente ai fini della valutazione positiva dei progetti di inserimento nel paesaggio e sul territorio degli impianti in esame, fornendo così indicazioni per il bilanciamento tra l'interesse energetico e quello ambientale-paesaggistico[15].

---

[13] Così Corte cost. n. 275 del 2011 in giurcost.org

[14] Decreto ministeriale n. 47987 del 10 settembre 2010, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18 settembre 2010, n. 2019.

[15] Il par. 16 indica i requisiti necessari per una valutazione positiva dei progetti: a) la buona progettazione degli impianti, comprovata con l'adesione del progettista ai sistemi di gestione della qualità (ISO 9000) e ai sistemi di gestione ambientale (ISO14000 e/o EMAS); b) la valorizzazione dei potenziali energetici delle diverse risorse rinnovabili presenti nel territorio nonché della loro capacità di sostituzione delle fonti fossili per la produzione di energia alimentati da fonti non rinnovabili (es. carbone); c) il ricorso a criteri progettuali volti ad ottenere il minor consumo possibile del territorio, sfruttando al meglio le risorse energetiche disponibili; d) il riutilizzo di aree già degradate da attività antropiche, pregresse o in atto (brownfield), tra cui siti industriali, cave, discariche e siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del d. lgs. n. 152 del 2006, consentendo la minimizzazione di interferenze dirette e indirette sull'ambiente legate all'occupazione del suolo ed alla modificazione del suo utilizzo a scopi produttivi, con particolare riferimento ai territori non coperti da superfici artificiali o *greenfield* e la minimizzazione delle interferenze derivanti dalle nuove infrastrutture funzionali all'impianto mediante lo sfruttamento di infrastrutture esistenti e, dove necessari, la bonifica e il ripristino ambientale dei suoli e/o delle acque sotterranee; e) una progettazione legata alle specificità dell'area in cui viene realizzato l'intervento; con riguardo alla localizzazione in aree agricole, assume rilevanza l'integrazione dell'impianto nel contesto delle tradizioni agroalimentari locali e del paesaggio rurale, sia per quanto attiene alla sua realizzazione che al suo esercizio; f) la ricerca e la sperimentazione di soluzioni progettuali e componenti tecnologici innovativi, volti ad ottenere una maggiore sostenibilità degli impianti e delle opere connesse da un punto di vista dell'armonizzazione e del migliore inserimento degli impianti stessi nel contesto storico, naturale e paesaggistico; g) il coinvolgimento dei cittadini in un processo di comunicazione e informazione preliminare all'autorizzazione e alla realizzazione degli impianti o di formazione per personale e maestranze future; h) l'effettiva valorizzazione del recupero di energia termica prodotta nei processi di cogenerazione in impianti alimentati da biomasse.

Il paragrafo 17 (Parte IV, "Inserimento degli impianti nel paesaggio e nel territorio", rubricato "aree non idonee") stabilisce, invece, che le Regioni e le Province autonome possono indicare aree e siti non idonei all'installazione di specificate tipologie di impianti.

La dichiarazione di inidoneità, però, deve risultare quale provvedimento finale di un'istruttoria adeguata volta a prendere in considerazione tutta una serie di interessi coinvolti e cioè la tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico-artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale.

Inoltre, continua la disposizione, gli esiti dell'istruttoria dovranno contenere, in riferimento a ciascuna area individuata come non idonea in relazione a specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, la descrizione delle incompatibilità riscontrate con gli obiettivi di protezione ambientale e con riferimento alle aree agricole la lett.c) del paragrafo de quo prevede espressamente che : *"le zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici non possono essere genericamente considerate aree e siti non idonei"*.

A ciò si aggiunge l'obbligo per le Regioni di individuare le aree non idonee attraverso atti di programmazione congruenti con gli obiettivi di *burden sharing*[16] di cui all'art. 8 bis, legge n. 13/2009[17] e funzionali a "conciliare le politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili assicurando uno sviluppo equilibrato delle diverse fonti"[18].

La ratio dell'individuazione di aree e siti non idonei la si rinviene nell'allegato 3 del citato par. 17 ossia l'accelerazione del procedimento di realizzazione degli impianti così da *"offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento ed orientamento per la localizzazione dei progetti*"[19].

---

[16] Il Decreto 15 marzo 2012 del Ministero dello Sviluppo Economico (c.d. Decreto Burden Sharing), emanato in attuazione dell'articolo 37 del d. lgs. n. 28/2011, definiva gli obiettivi finali e intermedi (2012, 2014, 2016, 2018) che ciascuna Regione e Provincia autonoma deve raggiungere per contribuire al raggiungimento dell'obiettivo nazionale in termini di quota dei consumi finali lordi di energia coperta da fonti rinnovabili. Tale decreto è attuazione della direttiva 2009/28/CE che fissava tale quota al 17% per il 2020.

[17] Legge n. 13 del 27 febbraio 2009 di conversione del Decreto Legge n. 208 del 30 dicembre 2008.

[18] B. ROSSI, Aree e siti non idonei: spunti di riflessione sulla normazione regionale in tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili, in Giur. merito, 2012, 10, pp. 2004 ss

[19] La previsione normativa indica i principi e i criteri guida per le Regioni nella individuazione delle aree inidonee alla localizzazione degli impianti e una dettagliata casistica di siti protetti ove vige il divieto di installazione . Ai sensi dell'all. 3, par. 17, del d. m. 10 settembre 2010, l'individuazione delle aree non idonee dovrà essere effettuata dalle Regioni con propri provvedimenti (..) secondo le modalità indicate al paragrafo 17 e sulla base dei seguenti principi e criteri:
a) criteri tecnici oggettivi legati ad aspetti di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio artistico - culturale connessi alle caratteristiche intrinseche del territorio e del sito;
b) differenziazione con specifico riguardo alle diverse fonti rinnovabili ed alle diverse taglie di impianto;
c) indicazione di porzioni non significative del territorio;
d) divieto di accludere nei siti non idonei zone classificate come agricole dai vigenti piani urbanistici, ovvero genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio, e del patrimonio storico – artistico;
e) divieto di identificazione di fasce di rispetto di dimensioni non giustificate da specifiche e motivate esigenze di tutela;

Appare evidente la complessità espositiva delle disposizioni che si infrange con la natura stessa di "guida" del decreto ministeriale del 2010 che avrebbe dovuto indirizzare le Regioni ed anche gli enti locali, che ricordiamo sono enti esponenziali della comunità stanziata sul territorio[20], fornendo indicazioni più lineari quale strumento fondamentale per un adeguato contemperamento tra le esigenze di sviluppo e valorizzazione del settore energetico da un lato e la tutela dell'ambiente, del paesaggio e dell'agricoltura, dall'altro.

Di fatto le predette previsioni riassumono solo sommariamente ed in modo tortuoso, le indicazioni a mezzo delle quali le Regioni dovrebbero effettuare quest'opera di bilanciamento.

Analogamente i criteri per la valutazione positiva del progetto e il conseguente rilascio della autorizzazione elencati all'art. 16 sono estremamente generici e, per certi versi, scontati.

In particolare, date le caratteristiche del territorio nazionale in termini di ambiente e soprattutto con riferimento all'importanza che il settore agricolo riveste per l'economia, il decreto avrebbe dovuto contenere indicazioni più precise, dirette alle Regioni ed agli enti locali, per la localizzazione degli impianti ad energia rinnovabile anche in zone di particolare pregio da un punto di vista ambientale e paesaggistico vista la trasversalità delle materie e delle competenze connesse all'uso fonti energetiche alternative.

4. I procedimenti per il rilascio dei titoli abilitativi all'installazione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Il d.lgs. n. 387 del 2003, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 28 del 2011, in un'ottica di semplificazione delle procedure di rilascio dei titoli abilitativi in materia di FER. a fronte della loro importanza per la tutela ambientale, ha previsto tre moduli procedimentali per la costruzione, installazione e esercizio degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili: a) il modello dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, come modificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2011 e, di recente, dall'art. 31 del d.lgs. n. 46 del 2014; b) la procedura abilitativa semplificata (PAS) di cui all'art. 6, commi da 1 a 10, del d.lgs. n. 28 del 2011 e c) la comunicazione relativa alle attività in edilizia libera di cui all'artt. 5 e 6, comma 11, del d.lgs. n. 28 del 2011 .

---

f) grado di concentrazione di impianti nella medesima area prescelta per la localizzazione, nonché livello di interazione con altri piani, programmi e progetti posti in essere;
g) particolare vulnerabilità e/o sensibilità delle aree alle trasformazioni territoriali o del paesaggio. Questi criteri e principi sono ricordati anche da B. ROSSI, Aree e siti non idonei, cit. pp. 2006 ss.

[20] Cfr artt 3, comma 2 e 13 del DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali a norma dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265 in (G.U. n. 227 del 28 settembre 2000, s.o. n. 162/L)

L'autorizzazione unica, opera quale modulo procedimentale generale e residuale rispetto all'utilizzo della PAS e della comunicazione, come si evince dall'art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2011 ai sensi del quale "Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 6 e 7" - che, per disciplinano rispettivamente la procedura abilitativa semplificata e la comunicazione per gli impianti alimentati da energia rinnovabile (art. 6 d.lgs 28/2011) e i regimi di autorizzazione per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili (art. 7 d.lgs 28/2011) - "*la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti, nonché le modifiche sostanziali degli impianti stessi, sono soggetti all'autorizzazione unica di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387* …".

L'art. 12, comma 3, del d.lgs. 387/2003 prevede che "*la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, interventi di modifica, potenzialmente, rifacimento totale parziale di attivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica*[21]*, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico*"[22]..

[21] Sull'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. 387/2003 si v. A. MARZANTI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili,* in Riv. giur. amb., 2012, 499 ss.; F. ARECCO, *Autorizzazione di impianti di produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili,* in F. ARECCO – G. DALL'Ò (a cura di), *Energia sostenibile e fonti rinnovabili,* Milano, 2012, 355 ss.; F. DI DIO, *D.Lgs. 28/2011: il nuovo regime «speciale» delle autorizzazioni per impianti da fonti rinnovabili,* in Amb.&Svil., 2011, 564 ss.; C. VIVIANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili,* in Urb. e app., 2011, 775 ss.; G. PIZZANELLI, *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del principio di integrazione,* C. BUZZACCHI (a cura di), I*l prisma energia. Integrazione di interessi e competenze,* Milano, 2010, 85 ss.; F. NICOLETTI, *Lo sviluppo e la promozione dell'energia elettrica prodotta fa foni rinnovabili alla luce del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387,* in Dir. ed econ., 2004, 367 ss. Il modello dell'autorizzazione unica è previsto in molti settori dell'ordinamento, e nello stesso settore energetico è previsto per la costruzione e l'esercizio, nonché per le modifiche e il ripotenziamento degli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 330 MW ai sensi dell'art. 1 del d.l. 7/2002 (c.d. «Sblocca centrali»). Ad essa si aggiunge l'autorizzazione unica prevista dall'art. 1- sexies, d.l. 239/2003, per la costruzione e l'esercizio degli elettrodotti facenti parte della rete nazionale di trasporto, l'autorizzazione prevista dall'art. 208 del d.lgs. 152/2004 per la realizzazione e gestione di nuovi impianti di smaltimento e di recupero di rifiuti, nonché la recente Autorizzazione unica ambientale (A.U.A.), prevista dal d.p.r. 59/2013.

[22] Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 28/2011 a tale titolo abilitativo sono assoggettati tutti gli impianti che, per tipologia e caratteristiche, non sono riconducibili alla Procedura abilitativi semplificata o all'attività di edilizia libera (sulle quali v. infra): l'autorizzazione unica ha quindi valenza residuale ed è necessaria per tutti gli impianti potenza superiore a:
- 50 kW per l'eolico;
- 20 kW per il solare fotovoltaico;
- 100 kW per l'idraulica;
- 200 kW per le biomasse;
- 250 kW per i gasi di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas

Ai sensi delle citate linee guida di cui al d.m. 10 settembre 2010, inoltre, è assoggettata all'autorizzazione unica anche la realizzazione di centrali ibride e di impianti che utilizzano, anche parzialmente, la combustione di rifiuti, in tale ultimo caso a prescindere dalla potenza installata.

L'autorizzazione è definita unica in quanto essa sostituisce e tiene luogo di una pluralità di atti abilitativi che sarebbero altrimenti necessari individuati, dall'Allegato 2 delle Linee guida[23].

Sempre il comma 3 dell'art. 12 del d.lgs. 387/2003 prevede che il rilascio dell'autorizzazione comporta altresì, ove necessario, gli effetti della variante urbanistica e l'automatica dichiarazione di pubblica utilità delle opere da eseguire, con conseguente apposizione del vincolo preordinato all'esproprio sui terreni interessati. È evidente che l'importanza degli impianti è tale per il legislatore che il comma 7 della predetta disposizione prevede espressamente la possibilità di collocare gli impianti in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici.

Tutte le previsioni rispondono ad una volontà di favorire il massimo sfruttamento possibile delle fonti rinnovabili[24]: l'autorizzazione unica, infatti, è ispirata al duplice

[23] Si tratta dell'autorizzazione integrata ambientale; dell'autorizzazione paesaggistica; della valutazione di impatto ambientale; dell'autorizzazione alle emissioni in atmosfera; dell'autorizzazione alla gestione dei rifiuti; del permesso di costruire; del parere di conformità del progetto alla normativa di prevenzione incendi; del nulla osta delle Forze Armate per le servitù militari e per la sicurezza del volo a bassa quota; del nulla osta idrogeologico; del nulla osta sismico; del nulla osta per la sicurezza del volo; del mutamento temporaneo di destinazione dei terreni destinati a uso civico; dell'autorizzazione al taglio degli alberi; della verifica di coerenza con i limiti alle emissioni sonore; del nulla osta previsto dall'art. 95 del Codice delle comunicazioni (d.lgs. 259/2003); dell'autorizzazione all'attraversamento e all'uso delle strade ai sensi del Codice della strada; dell'autorizzazione agli scarichi rilasciata ai sensi del Codice dell'ambiente; del nulla osta minerario ai sensi dell'art. 120 del r.d. 1775/1933. Cfr v. F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. CROSETTI – R. FERRARA – F. FRACCHIA – N. OLIVETTI RASON (a cura di), Diritto dell'ambiente, Roma-Bari, 2008, 221; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A.SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 1274. Tra i titoli assoggettati a termine figura in primo luogo l'autorizzazione integrata ambientale nonché il permesso di costruire, il quale decade ove i lavori non siano iniziati nel termine di un anno.

[24] In tal senso si è espressa in numerose occasioni la Corte costituzionale e tra le tante decisioni si rimanda alla sent. n. 192 del 15 giugno 2011 in *www.giurcost.org*, alla sent. n. 168 del 6 maggio 2010 in *www.giurcost.org*, e recentemente Corte cost. Sent.,(ud. 07/07/2021) 30/07/2021, n.177 in *www.cortecostituzionale.it* secondo cui: "il procedimento di cui all'art. 12, comma 4, del D.Lgs. n. 387 del 2003 è ispirato alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità ed è volto a garantire, in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo, in linea con il particolare favor riconosciuto alle fonti energetiche rinnovabili dalla disciplina interna e sovranazionale. Tale procedimento consente di contemperare vari interessi, costituzionalmente rilevanti, attraverso l'incrocio di diverse tipologie di verifica, il cui coordinamento – in sede di conferenza dei servizi. Sul tema, cfr anche in chiave critica, S. AMOROSINO, "*Nobiltà" (dei proclami politici) e "miseria" (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili*, in Riv. giur. ed., 2020, 497 ss. Di recente, tuttavia, il Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2983, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha ritenuto legittima la valutazione posta in essere dalla Regione per l'installazione degli impianti di energia rinnovabile che ha superato il dissenso del Ministero, ritenendo che "la determinazione conclusiva ed il rilascio dell'autorizzazione unica sono infatti il frutto (...) di "una valutazione più ampia degli interessi

obiettivo di razionalizzare l'iter autorizzativo assicurando al contempo l'effettiva ponderazione dei vari interessi coinvolti[25], mediante un sistema di regole certe, trasparenti ed uniformi.

Se da un lato, pertanto, l'art. 12 impone la partecipazione di tutte le amministrazioni interessante, comprese quelle locali, dall'altro lato l'effettiva considerazione di tali interessi è rimessa alle scelte e alle valutazioni dell'amministrazione procedente ed alla conferenza di servizi la cui applicazione pratica, sino ad oggi non appare aver dato i frutti sperati, specialmente tenuto conto delle varie modifiche legislative intervenute in ordine al suo funzionamento che, invero, hanno complicato le modalità di adozione delle decisioni e tenuto conto che la conferenza di servizi nasce e si sviluppa come strumento di semplificazione, il fenomeno potrebbe divenire paradossale[26].

La Procedura abilitativa semplificata (cd PAS) che opera per la realizzazione di impianti ritenuti poco invasivi sotto il profilo paesaggistico-territoriale, prevede la presentazione al Comune di una dichiarazione almeno 30 giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, accompagnata dagli opportuni elaborati progettuali e da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato, che asseveri il progetto e dichiari la non contrarietà agli strumenti urbanistici, nonché il rispetto delle norme di sicurezza

---

coinvolti", e, segnatamente, del bilanciamento tra tutela del territorio e il particolare favor riconosciuto alle fonti energetiche rinnovabili dalla disciplina interna e sovranazionale".

[25] Cfr. C. Cost. 11 novembre 2010, n. 313 e 24 luglio 2009, n. 2009; in *www.giurcost.org* cfr. anche Cons. Stato, Sez.V, 1020/2010 e Sez. VI 3039/2012 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si veda altresì E. ORLANDO, *Il sistema giuridico italiano in materia di energie rinnovabili*, in CORTESE F.- GUELLA F.- POSTAL G. (a cura di), *La regolamentazione deproduzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale*, Padova, 2013, ss.; G. DE GIORGI, *Le procedure integrate*, in S. GRASSI – M.A. SANDULLI (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente. Vol. II: *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, 191 ss. Si veda anche Cfr. C. Cost. 6 dicembre 2012, n. 275 in giurcost.org.

[26] Già nel 2006 l'istituto era stato oggetto di critiche cfr : di G.GARDINI, *La conferenza di servizi: la complicata esistenza di un istituto di semplificazione*, Testo della relazione presentata al convegno "L*e riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato",* Urbino, 18-19 maggio 2006. La letteratura in proposito è sterminata ma per i commenti più recenti si veda, E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra pluralismo e unilateralismo costituzionalmente orientato (a proposito di Corte cost. n. 9/2019),* in www.federalismi.it, 2019, 17, 11, parla di "irrisolta tensione tra semplificazione e coordinamento"; G.FIORILLO, *La Conferenza di servizi*, in Filodiritto.it. Per i commenti ante riforma del 2016 cfr F.BASSANINI,L.CARBONE, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi*, in V.CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*. Saggi ordinati in sistema, Torino, 2006, 173; G.F CARTEI, *Servizi (conferenza di), in* Digesto delle discipline pubblicistiche, XIV, Torino, 1999, 65; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Conferenza di servizi (diritto amministrativo*), ad vocem, in Enciclopedia del diritto, Annali II, Milano 2007, 276; G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano 1996;; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino,2002; P. FORTE, *La conferenza di servizi*, Padova, 2000; G. GARDINI, *La conferenza di servizi: natura e scopi. L'evoluzione dell'istituto dalla legge 241/90 al regolamento dello sportello unico,* in Istituzioni del Federalismo, 1999, 6, 1275; ID., *La conferenza di servizi, in Giornale di diritto amministrativo,* 2005, 5, 488; G. MANFREDI, *Strumenti collegiali e strumenti procedimentali di coordinamento,* in Le Regioni, 1994, 1635; G. PASTORI, *Conferenza di servizi e principio pluralistico,* in Le Regioni, 1993, 1572;F. G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi,* in Diritto amministrativo, 1999, 255; G. SORICELLI, *Contributo in tema di conferenza di servizi*, Napoli, 2000.

e di quelle igienico sanitarie.

Trascorsi 30 giorni senza che il Comune abbia negato il suo assenso o abbia richiesto integrazioni necessarie della documentazione, l'opera si intende assentita. Se occorrono altre autorizzazioni (per esempio quella paesaggistica) che non sono allegate alla richiesta, il Comune convoca una conferenza di servizi, cui partecipano le amministrazioni delegate agli assensi e il termine di 30 giorni è sospeso, secondo i consueti meccanismi previsti dalla legge n. 241/1990[27].

Infine, la comunicazione per le attività di edilizia libera, opera invece nei casi stabiliti dall'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 e dagli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. n. 28 del 2011 quali, a titolo esemplificativo, gli interventi di installazione di impianti solari termici.

In particolare, il proprietario dell'immobile o chi abbia la disponibilità degli immobili interessati dall'impianto e dalle opere connesse presenta al Comune, mediante mezzo cartaceo in via informatica, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, una dichiarazione accompagnata da una dettagliata relazione, firmata da un progettista abilitato, e dagli opportuni elaborati progettuali, che attesti la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico sanitarie. Inoltre alla dichiarazione sono allegati gli elaborati tecnici per la connessione redatti dal gestore della rete.

Dal quadro appena ricostruito si evince come il legislatore, introducendo strumenti abilitativi tanto più semplificati quanto minore risulti l'impatto paesaggistico - territoriale degli impianti oggetto di abilitazione, abbia "concepito un principio di semplificazione a geometria variabile che opera in modo inversamente proporzionale al grado di lesività paesaggistico-territoriale dei medesimi impianti e, quindi, in modo direttamente proporzionale alla tutela del paesaggio e del territorio" qualificando l'attività di produzione e vendita dell'energia, sia elettrica che rinnovabile, quale "attività economica completamente liberalizzata (…)" disciplinata ex art. 41 Cost.

[27] Il decorso dei 30 giorni non impedisce che, nel limite di un termine ragionevole, il Comune possa procedere in via di autotutela ad annullare il titolo, così come previsto per la Dia edilizia ai sensi dell'art. 38, comma 2 bis del D.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990. Il Comune che intervenga in tal senso è tenuto a bilanciare la tutela dell'interesse pubblico con l'affidamento formatosi nel privato (che sulla base della PAS ha legittimamente iniziato a investire nel progetto) e dunque potrà procedere all'annullamento solo in presenza di motivi di interesse pubblico aggiuntivi a quello della mera ricostituzione della legittimità violata dal progetto. Alla fine dell'intervento il progettista o il tecnico abilitato rilascia il certificato di collaudo. I lavori devono essere conclusi entro tre anni dal perfezionamento della PAS e per la parte non ultimata in tempo è necessaria una nuova PAS. E' altresì necessario protocollare la comunicazione di fine dei lavori, alla quale devono essere allegati il certificato di collaudo finale di conformità dell'opera al progetto e la ricevuta dell'avvenuta presentazione della variazione catastale.

5. Impianti FER entro i 20 Mw e zone agricole tra conformità urbanistica e compatibilità con la destinazione d'uso

Come sopra indicato la realizzazione degli impianti di energia rinnovabile è possibile a condizione che si rispettino le "normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico" (come dispone l'art. 12, co. 3 del d.lgs. n. 387/2003), rimane però qualche perplessità in ordine alle disposizioni in materia di pianificazione territoriale.

Dall'interpretazione dell'art 4 d.lgs. 28/2011, nel disciplinare in base al principio di proporzionalità degli impianti in funzione delle caratteristiche dimensionali e di potenza, emerge che la conformità urbanistica è sempre necessaria. Infatti se da un lato alcuni impianti di minore impatto vengono annoverati nell'"edilizia libera" con conseguente conformità alla pianificazione urbanistica perché non incidenti sulla stessa (cfr artt. 6-bis, 7, 7-bis d.lgs.28/11), altri vengono invece sottoposti alla procedura abilitativa semplificata per la quale è comunque richiesta la conformità urbanistico-edilizia (paragrafo 12 delle Linee Guida del d.m. 10.09.2010).

Per quelli ricadenti nel procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica, il punto 7 dell'Allegato I delle linee guida prevede che alla documentazione minima della richiesta di autorizzazione unica deve essere allegato il certificato di destinazione urbanistica (p.to 13.1 lett. g)) e che il permesso di costruire "confluisce" nell'autorizzazione unica.

Ciò detto, appare consolidata l'idea secondo la quale le disposizioni poste a tutela del paesaggio e l'ambiente non sono derogabili e vanno rispettate, di contro quelle relative alla pianificazione urbanistica possono essere derogate.

A supporto di ciò si pone quanto già indicato in precedenza, infatti il d.lgs. 387/2003 statuisce infatti che per gli impianti di maggiore impatto soggetti ad autorizzazione unica (art. 12, comma 3 d.lgs. 387/2003) – ove non sussista la conformità urbanistica – è possibile acquisirla "in variante" in quella sede.

La conformità urbanistica è dunque requisito essenziale per l'insediamento dell'impianto e deve essere preventivamente posseduta oppure ottenuta successivamente, tramite "variante" in seno alla Conferenza di Servizi attraverso il procedimento per il rilascio dell'Autorizzazione Unica[28] .

Il problema vero, però, si pone per gli impianti di cui all'articolo 6, comma 9-bis del D.lgs 28/2011, introdotto nel 2021 con il d.l. n. 77[29], che prevede la procedura semplificata per l'attività di costruzione ed esercizio di impianti fotovoltaici di potenza

[28] A differenza dei requisiti di compatibilità ambientale, paesaggistica e storico artistica non possono essere "aggirati".

[29] Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 129 del 31 maggio 2021 - Edizione straordinaria), convertito con modifiche con la legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108 recante: *"Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure."* (21A04731) (GU Serie Generale n.181 del 30-07-2021 - Suppl. Ordinario n. 26).

sino a 20 MW localizzati in area a destinazione industriale, produttiva o commerciale, sottraendoli così all'"autorizzazione unica".

Dalla lettura della disposizione appare sussistente una vera e propria conformità urbanistica, prevista direttamente dalla legge, laddove gli impianti siano "localizzati in area a destinazione industriale, produttiva o commerciale".[30]

Ricordiamo anche, il comma 7 dell'art 12 d.lgs. 387/2003 che prevede : " *Gli impianti di produzione di energia elettrica, di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e c)* (tra cui quelli fotovoltaici n.d.a.), *possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici*".

Dal combinato disposto delle predette previsioni, emerge che in generale è possibile insediare tali tipi di impianti anche in zona agricola (comma 7), che necessita la conformità urbanistica e che, "*ove occorra*" (comma 3 art 12 D.lgs 387/2003), può essere attribuita in sede di autorizzazione unica (comma 3).

Il mosaico, già complesso, però non è completo in quanto si devono considerare altre due differenti "tessere regolamentari".

In primo luogo l'art. 5, comma 9, d.m.19.02.2007[31], tassativamente afferma che "*gli impianti fotovoltaici possono essere realizzati in aree classificate agricole dai vigenti piani urbanistici*" aggiungendo però: "*senza la necessità di effettuare la variazione di destinazione d'uso dei siti di ubicazione dei medesimi impianti fotovoltaici*"[32].

La predetta disposizione, e qui veniamo alla seconda tessera, è richiamata dal d.m. 10.09.2010 che, come detto in precedenza, contiene le "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" .

Orbene, il punto 15.3 dell'Allegato, riferito ai contenuti essenziali dell'autorizzazione unica ribadisce che l'autorizzazione unica costituisce di per sé variante allo strumento urbanistico ma aggiunge che *"Gli impianti possono essere ubicati in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici, nel qual caso l'autorizzazione unica non dispone la variante allo strumento urbanistico*".

A parere di chi scrive non disporre la variante significa che l'insediamento dell'impianto in zona agricola non muta la destinazione di uso e quindi è conforme alla zona e compatibile con la destinazione d'uso.

Se così è, allora siamo in presenza di un'interpretazione estensiva delle previsioni

[30] Se da un lato tale previsione appare opportuna per semplificare i procedimenti volti alla costruzione di tali impianti, specialmente nel caso in cui la strumentazione urbanistica comunale non preveda espressamente questi impianti, dall'altro non appare corretta la localizzazione di tali impianti in area commerciale, tant'è che l'art 23 ter, comma 1, del DPR 380/01 dedicato al mutamento di destinazione d'uso indica differenti categorie funzionali distinguendo nettamente e logicamente tra produttiva (lett. b) e commerciale (lett. c).

[31] Decreto interministeriale del 19-2-2007 recante i criteri e modalità per incentivare la produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, in attuazione dell'articolo 7 del D.Lgs.29 dicembre 2003, n. 387., in Gazz. Uff. 23 febbraio 2007, n. 45.

[32] Ciò configurerebbe un'ipotesi dell'istallazione di un impianto FER come forma alternativa di coltivazione del fondo.

di cui al d.lgs. 387/2003 ed al D.lgs 28/2011, in base alla quale si prevede l'ammissibilità in zona agricola in assenza di variante urbanistica di tutti gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili previsti dall'articolo 2, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs.387/2003 (tra i quali rientrano eolici e fotovoltaici).

6. Gli impianti FER, zone agricole e il ruolo degli enti locali :. "si può fare a condizione che…"

Se quanto sopra asserito è corretto, la disposizione prescrive, in via generale, anche la normale compatibilità degli impianti da fonti rinnovabili con le destinazioni agricole che, per definizione, sono tutte le zone della pianificazione non destinate alla trasformazione edilizia (residenziale o meno) dalla regolazione comunale.

Le disposizioni in commento sembrano prevedere quindi una vera e propria conformità urbanistica legislativa, ma anche una possibile compatibilità di tali impianti con l'uso prevalente del terreno agricolo cui corrisponde un margine di apprezzamento discrezionale dell'amministrazione attraverso il quale consentire di consentire anche utilizzazioni diverse non rientranti "logicamente" nella "destinazione d'uso" principale[33].

La stessa giurisprudenza amministrativa ha già affermato l'illegittimità degli atti amministrativi che vietassero l'ubicazione, ad esempio, di impianti eolici in zone contermini ad aree ad uso industriale e produttivo ovvero in zone tout court classificate agricole dai vigenti piani urbanistici[34].

La previsione generale di compatibilità con la destinazione agricola però non attribuisce la possibilità di indiscriminata localizzazione, posto che, nell'ambito delle generali destinazioni agricole, esistono quelle per cui tale destinazione resta obbligata ed imprescindibile, in ragione piuttosto di peculiarità intrinseche del suolo che di scelte discrezionali dell'Amministrazione.

A tal proposito lo stesso art. 12, comma 7 all'ultimo periodo precisa : "*Nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla legge 5 marzo 2001, n. 57, articoli 7 e 8, nonché del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, articolo 14* ".

Ciò implica che la destinazione agricola, che implica l'uso non trasformativo del

[33] Le amministrazioni locali spesso indicano gli usi compatibili con le destinazioni principali dello zoning disciplinato dalle Norme di Attuazione del Piano Regolatore, in tale ambito, invece, è il Legislatore stesso che oggettivamente aggira la libertà pianificatoria comunale definendo gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili definiti di pubblica utilità (art. 12, co. 1, d.lgs. 387/2003).

[34] cfr. TAR Sardegna, sez.II, 9 aprile 2010, n.673 in *www.giustizia-amministrativa.it* ; TAR Puglia, Bari, sez.I, 24 giugno 2010, n.2637 *www.giustizia-amministrativa.it*; Lecce, Sez.I, 29 gennaio 2009, n.127 *www.giustizia-amministrativa.it*).

territorio, potrebbe anche risultare l'unica effettivamente compatibile con il territorio medesimo, tenuto conto della contestuale rilevabilità di indici di particolare fragilità dell'area derivanti o dalla compresenza di vincoli di diversa origine e natura o, prescindendo ancora dalla imposizione di vincoli, dalla comunque peculiare conformazione o ubicazione dell'area de qua.

Da qui la possibile distinzione tra zone agricole esclusive e residuali la cui corretta gestione non può che dipendere proprio dall'adozione di un atto regolamentare che ne disciplini l'uso in modo analitico [35].

La possibile utilizzazione del suolo agricolo per la localizzazione di impianti di energia rinnovabile non si sottrae a tale essenziale distinzione, principio in base al quale è stato pure affermato che le amministrazioni comunali conservano comunque, a dispetto della sopra evidenziata generale previsione di localizzabilità in zona agricola, un certo potere discrezionale, teso a disciplinare, se del caso anche mediante atti regolamentari a carattere generale, la realizzazione degli impianti nel rispetto dei fondamentali valori della tradizione agroalimentare locale e del paesaggio rurale[36].

Certamente l'elemento imprescindibile per nuove valutazioni circa l'occupazione di suolo agricolo con impianti FER e specialmente quelli fotovoltaici, che come notato da attenta dottrina assume natura polisemica[37], è quello di un suo uso attento, in quanto risorsa preziosa per l'agricoltura e per la società, coerente con gli obiettivi di sviluppo sostenibile e con le specificità territoriali.

7. Conclusioni: impianti FER e agricoltura: un binomio "sostenibile"

Alla luce delle predette considerazioni e nell'ottica delle predette interpretazioni relative all'insediamento degli impianti FER nelle zone agricole, si ritiene che la localizzazione di un impianto non possa essere esclusivamente figlia di un automatismo legislativo, ma debba anche costituire espressione e risultato di un'operazione di

[35] Ricordiamo che l'art 2 Decreto ministeriale 02/04/1968, n. 1444, classifica le zone agricole come "zone omogenee E", nel tempo ciò ha definito anche le "zone residuali" in cui si può tollerare l'insediamento di attività non perfettamente conformi all'utilizzo rurale. La stessa giurisprudenza ha affermato :" La destinazione agricola del suolo non deve rispondere necessariamente all'esigenza di promuovere specifiche attività di coltivazione, e quindi essere funzionale ad un uso strettamente agricolo del terreno, potendo essere volta a sottrarre parti del territorio comunale a nuove edificazioni, ovvero a garantire ai cittadini l'equilibrio delle condizioni di vivibilità, assicurando loro quella quota di valori naturalistici e ambientali necessaria a compensare gli effetti dell'espansione urbana." (cfr T.A.R. Marche Ancona, Sez. I, 06/06/2018, n. 419 in). Cfr P. LOMBARDI, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale*, in Riv. Giur. Edilizia, 2007, 6, pp. 1653 ss.

[36] cfr. TAR Puglia, Lecce, sez.I, 29 gennaio 2009, n.118, in *Ambientediritto.it.*

[37] M.BROCCA, *La polisemia della "zona agricola" (nota a Consiglio di Stato, sez. II, 6 ottobre 2020, n. 5917)* in giustizia insieme.it.

bilanciamento di differenti interessi[38].

Tale bilanciamento non può che risolversi mediante l'esercizio in concreto della discrezionalità amministrativa esercitata in due modi.

Il primo attraverso l'emanazione ex ante di atti generali, di tipo regolamentare, che effettuino le valutazioni del caso in astratto e prima che si ponga l'esigenza di delibare la concreta localizzabilità di un impianto in una certa zona, alla stregua di criteri di autovincolo e limite della futura ed eventuale attività amministrativa.

Il secondo, laddove manchi l'atto regolamentare, ponendo in essere una valutazione del caso concreto che attraverso le pur complesse disposizioni procedimentali possa ponderare con la dovuta attenzione (e completezza) gli elementi di fatto e giuridici coinvolti.

Ciò, se da un lato può giustificare l'inserimento degli impianti FER nel suolo agricolo attraverso un'adeguata valutazione, presuppone anche la necessità di riconoscere che il suolo possa essere modificato per coniugare le peculiarità agricole con la necessità di rendere fruibile un territorio, dove è presente una comunità locale, alla quale vanno forniti servizi ed energia pulita anche attraverso l'autoconsumo collettivo nelle sue diverse declinazioni previste dalle Direttive europee, in particolare per quelle relative alle comunità di energia rinnovabili.

Tale sistema, se supportato da normative e procedimenti adeguati, grazie soprattutto al coinvolgimento attivo degli enti locali e dei cittadini, potrà favorire anche lo sviluppo della capacità fotovoltaica anche nelle zone agricole ritenute idonee la cui scelta dipenderà dall'effetto di diversi fattori quali le condizioni fisiche e chimiche del terreno, le dimensioni dell'area adeguate alla capacità da installare, l'assenza di ombreggiamenti e soprattutto il rispetto delle normative vigenti che tutelano il paesaggio, i beni architettonici, ambientali e storici.

L'ulteriore sviluppo del fotovoltaico in agricoltura, dove sussistono diverse tipologie di superfici utilizzabili, può rappresentare un elemento di crescita, sia economica sostenibile, molto importante per il settore agricolo, per i territori e le comunità locali, laddove opportunamente inserito in un contesto regolamentare chiaro ed incentrato sulla certezza delle disposizioni, dei progetti economici agro-energetici e di sviluppo, specifici per i diversi contesti rurali.

---

[38] Ricordiamo che le fonti energetiche alternative da un lato hanno effetti benefici, quali la diminuzione dell'anidride carbonica e la diminuzione della dipendenza energetica dell'Italia dagli altri paesi, dall'altro possono produrre effetti negativi sull'ambiente, sul paesaggio e sull'agricoltura (es. il deturpamento del paesaggio e il livello antropico per l'agricoltura). Cfr. A. MAESTRONI, *La questione della localizzazione di impianti di produzione di energie rinnovabili a valle delle linee guida ministeriali. Corte Costituzionale e Corte di giustizia arbitri tra esigenze di tutela paesistica e di sviluppo economico*, in Riv. Giur. Ambiente, 2012, 5, pp. 569 ss. Secondo cui *"L'Ente territoriale è inoltre stato chiamato a compiere un'operazione che, in base alle più recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di ambiente, non gli spetterebbe nemmeno, operazione in ogni caso complessa e delicata, di ponderazione di due esigenze per certi versi opposte: da un lato la tutela dell'ambiente, inteso come contesto naturale e paesistico, dall'altro il rispetto di obiettivi di politica energetica stabiliti a livello sovranazionale, da cui non ci si può sottrarre".*

Ricordiamo che con la Comunicazione del 29.11.2017, la Commissione europea sottolinea che la Politica Agricola Comunitaria deve sfruttare il potenziale dell'economia circolare e della bioeconomia, rafforzando contestualmente la tutela dell'ambiente e la lotta e l'adattamento ai cambiamenti climatici e, grazie alle innovazioni disponibili, fra cui quelle tecnologiche, favorire la multifunzionalità dei sistemi agricoli, anche per assicurare alle aziende agricole un'adeguata redditività e gli strumenti per rispondere alle diverse sfide dell'economia in termini di migliore sostenibilità ambientale[39].

Per realizzare l'obiettivo di neutralità climatica, peraltro, è necessario costruire connessioni tra le diverse filiere della green economy, ridisegnando gli attuali modelli produttivi, in coerenza con gli obiettivi economici, ambientali e sociali: l'integrazione fra produzione di energia rinnovabile e produzione agricola se correttamente supportata da adeguate previsioni normative, può divenire elemento qualificante per la decarbonizzazione del settore agricolo, energetico e dei territori.

Un nuovo sviluppo degli impianti da fonti di energia rinnovabile in agricoltura potrà quindi essere lo strumento con cui si potrà mantenere o migliorare la sostenibilità delle produzioni agricole e la gestione del suolo, riportando, ove ne ricorrano le condizioni, ad attività agro pastorale anche terreni marginali. Potrà anche essere un'occasione di valorizzazione energetica dei terreni abbandonati o non idonei alla produzione agricola che, in assenza di specifici interventi, sono destinati al totale disfacimento.

[39] Cfr Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *"Il futuro dell'alimentazione e dell'agricoltura*", Bruxelles, 29.11.2017 COM(2017) 713. Nella Comunicazione viene ribadita l'esigenza di recuperare quanto le trasformazioni introdotte in agricoltura nel secolo scorso hanno fatto perdere per strada, cioè due delle tre gambe sulle quali si reggeva l'economia agricola: oltre alla produzione (oltre tutto diversificata) di alimenti, quelle di energia e di fibre. Un ritorno alla multifunzionalità perduta, utilizzando però le più aggiornate conoscenze scientifiche e tecnologiche.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La risposta alla crisi migratoria degli Stati membri UE nel quadro dell'apparente immobile Trattato di Dublino

di Fabio Ratto Trabucco*

29 settembre 2021

Sommario: 1. Introduzione: flussi migratori ed Unione Europea. – 2. Le politiche UE tra populismo sovranista e liberalismo globalista. – 2.1. Le politiche UE tra populismo sovranista e liberalismo globalista. – 2.2. Segue: la politica di accoglienza italiana tra porti aperti ovvero chiusi. – 3. La posizione dell'Italia nel quadro migratorio europeo. – 4. Le direttrici migratorie in UE a confronto delle politiche nazionali.

1. Introduzione: flussi migratori ed Unione Europea

Le politiche sull'immigrazione sono una parte importante dell'agenda post-2015 per l'Europa. Tuttavia, la crisi migratoria ha messo in luce una serie di sfide già esistenti all'interno dell'Unione europea (UE) e fra le politiche nazionali europee. Questioni come povertà, instabilità nei Paesi di origine, catastrofi naturali e conflitti armati continueranno a spingere le persone a cercare sicurezza. Ciò significa che persisterà il flusso migratorio nelle aree attorno all'UE con persone in continuo movimento che cercano di migliorare le proprie condizioni di vita dal punto di vista economico-sociale.

Inoltre, ci si sforza sempre più di dare una risposta unita al fenomeno poiché le definizioni di immigrazione ed asilo sono diventate una parte importante della narrativa all'interno della società europea[1]. Negli ultimi anni, s'è sviluppata una percezione negativa, unita ad una reazione anche violenta, circa l'immigrazione di massa con distorsioni del quadro politico che hanno alimentato la formazione di partiti estremisti ovvero anti-sistema. A loro volta i movimenti tradizionali hanno sovente attivato politiche di disimpegno dalla loro base ideologica tradizionale per virare verso politiche antimmigrazione[2].

---

* Professore a contratto in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Padova.

[1] Cfr. G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (cur.), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, 365 ss.

[2] Cfr. P. BEVELANDER, B. PETERSSON (cur.), *Crisis and Migration: Implications of the Eurozone Crisis for Perceptions, Politics, and Policies of Migration*, Lund, 2014.

L'articolo in esame si propone un breve ma deliberato tentativo di coinvolgere non solo la comunità accademica ma il pubblico più ampio su vari aspetti dei flussi migratori. A tal fine possiamo vedere alcuni correttivi in tema di prospettive nazionali sull'immigrazione.

In particolare ci appare che i Paesi UE Nord-occidentali affrontino sì la questione ma anche ammettano limiti e problemi posti dalle capacità nazionali. Nonostante generosi proclami, l'attuazione pratica delle misure è spesso molto diversa dalla teoria. Il tema dell'immigrazione diventa strumento politico per perseguire i propri interessi nazionali. D'altro canto, i Paesi dell'Europa centro-orientale hanno dimostrato un approccio molto pragmatico e prudente nei confronti degli arrivi. Alcuni di essi erano del tutto chiusi, con una comunicazione politica infarcita di critiche in assenza di qualsivoglia approccio costruttivo e pragmatico. Soprattutto i Paesi del Gruppo di Visegrád (V4) detengono l'immagine di Stati che difettano del tutto di solidarietà intra-UE in materia migratoria. Ciononostante, pur a fronte di un numero inferiore di migranti, la posizione dei Paesi UE Nord-occidentali sta lentamente muovendosi verso i Paesi Centro-orientale più critici[3].

L'UE nella sua storia ha sempre saputo fare la scelta giusta per affrontare le varie crisi che si sono prospettate. A tal fine si confida che la crisi migratoria iniziata nel 2015 contribuirà nel lungo termine ad una maggiore unità rispetto alla frammentazione ed all'indebolimento del progetto dell'UE che è in tal modo fortemente posto in discussione[4]. Il dibattito sull'immigrazione non sarà per certo mai facile, ma può diventare meno tendenzioso e più risolvibile con determinazioni consensuali. Una migliore cooperazione e dialogo devono essere l'obiettivo e questa è l'idea che il lettore dovrebbe acquisire dal presente articolo. L'era dell'azzeramento della fiducia pubblica nei confronti dei *leaders*, dei governi sfiduciati e degli obiettivi politici mancati è ben possibile, ed in alcuni casi si è già realizzata.

Tuttavia, le forze demografiche, la globalizzazione ed il degrado ambientale, uniti ai conflitti settari ed ai conflitti armati determino che le pressioni migratorie attraverso i confini aumenteranno probabilmente nei prossimi decenni (si veda anche quanto accade in Centro-America al confine USA-Messico con il flusso ispanico che preme onde raggiungere gli Stati Uniti)[5].

A tal fine, l'UE deve affrontare un momento di scelta. Una migliore cooperazione ed un dialogo fra gli Stati membri possono verificarsi come è ben probabile che si

[3] Cfr. P. MORILLAS (cur.), *Illiberal Democracies in the EU: The Visegrád Group and the Risk of Disintegration*, Barcelona, 2017, *passim* e S. CARRERA, *et al.* (cur.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2019.

[4] Cfr. F. CHERUBINI (cur.), *Le migrazioni in Europa: UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015.

[5] Cfr.: J. BHABHA, *Can we Solve the Migration Crisis?*, Cambridge, 2018; S.G. ROTELLA (cur.), *The Challenges of Migration in North America and Europe: Comparing Policies and Models of Reception*, Stony Brook, 2018; M. SUÁREZ-OROZCO (cur.), *Humanitarianism and Mass Migration: Confronting the World Crisis*, Oakland, 2019.

verifichino[6]. E l'intervento politico, se gestito in modo saggio e responsabile, può proteggere i diritti dei migranti, attingere i relativi benefici economici, sociali ed umani dal fenomeno migratori, sopprimendo gli elementi interni negativi e reattivi, nonché al tempo stesso rispettare ed onorare le tradizioni ed i valori della società europea[7].

Dal punto di vista della ricerca in questo articolo c'è una domanda principale e cioè qual'è stata la risposta degli Stati membri UE alla crisi migratoria del 2015 e degli anni seguenti? Tale domanda di ricerca è importante poiché le prospettive nazionali portano spesso a una comprensione limitata della crisi. E inoltre: è vero che i Paesi UE Nord-occidentali cercano di fare il più possibile mentre i Paesi dell'UE Centro-orientale sono ritardatari, passivi e rumorosamente critici?

La crisi dell'immigrazione, a partire dal 2015, ha colpito l'UE nel processo di elaborazione di norme comuni in materia d'immigrazione ed asilo. All'inizio degli anni Novanta furono adottate in materia molte misure che si svilupparono lentamente sotto l'egida della giustizia e degli affari interni. Pertanto ci si chiede se l'UE potrebbe essere meglio preparata per la crisi? Onde rispondere a questa domanda è necessario avere una comprensione complessa di diverse questioni correlate. L'immigrazione è sovente interpretata a mezzo dei fattori *push and pull* che non sempre ci aiutano a comprendere le cause stesse del movimento della popolazione. Esiste anche una questione di protezione delle frontiere, di politica migratoria e delle norme in materia di asilo. Inoltre l'immigrazione è quantomeno indirettamente connessa anche alla criminalità, micro ovvero organizzata, laddove il sistema dell'accoglienza e dell'integrazione è sovente deficitario e rimesso anche ad attori extraistituzionali[8] difettando una strutturata sociologia dell'accoglienza[9]. Tutto ciò costituisce l'*humus* ambientale in cui avviene il flusso migratorio e deve essere rivelato per una comprensione più profonda[10].

Dal punto di vista metodologico l'articolo potrebbe essere considerato come un caso di studio esplorativo che affronta la crisi migratoria ed esplora il suo complesso ambiente politico in cui è emersa la crisi migratoria. Inoltre analizza anche gli atteggiamenti dei singoli Stati membri dell'UE.

L'autore spera che per il lettore, le informazioni e le ricerche presentate in questo articolo abbiano un valore esplorativo e intrinseco. Inoltre, è auspicabile che l'autore fornisca un sia pur minimo contributo alla discussione pendente in UE sul tema dell'immigrazione e in particolare della crisi migratoria. Per questi motivi ci si permette di augurare che il presente lavoro sia apprezzato non solo dal mondo accademico in

[6] Cfr. F. PASTORE, *Beyond the Migration and Asylum Crisis: Options and Lessons for Europe*, Roma, 2017, *passim*.
[7] Cfr. D. THYM, *The Refugee Crisis as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2016, 6, 1545 ss.
[8] Cfr. M. AMBROSINI, *Irregular Immigration and Invisible Welfare*, Basingstoke, 2013.
[9] Cfr. M. OMIZZOLO, *Essere migranti in Italia. Per una sociologia dell'accoglienza*, Milano, 2019.
[10] Cfr. M. DUHAÂ, *Europe at a Crossroads: the EU Migration Crisis, a Governance Test for the Future of the Union*, Venezia, 2017.

generale ma anche da un pubblico più vasto avente particolare interesse al tema dell'immigrazione.

2. Le politiche UE tra populismo sovranista e liberalismo globalista

Appare lapalissiano che l'Europa intesa come Unione europea (UE), organizzazione sovranazionale regionale, sta affrontando una generale crisi di democrazia. Le posizioni anti-pluraliste, il razzismo (o presunto tale) e la disuguaglianza sociale sono in aumento, registrando sovente nell'accademia e nei *media* il richiamo ad una sorta di grande regressione continentale.

La crisi è ulteriormente rafforzata dal fatto che l'*establishment*, sia dell'Unione, che dei singoli Paesi membri, faticare a trovare risposte a questi fenomeni, e figuriamoci serie strategie, per affrontarli, stante la presenza di un'architettura europea calata dall'alto che si perpetua alla stregua di mera burocrazia ad ogni rinnovo del Parlamento europeo, mero simulacro di democrazia.

Inoltre, i decisori sembrano non essere in grado di far sufficientemente fronte ad un mondo globalizzato, al rigore neoliberista e alla «paura» dei «cittadini» – o almeno non in grado di trasmettere all'elettorato che vi stanno effettivamente facendo fronte.

Al contrario, al fine della conservazione del potere, i *leaders* europei si rivolgono sempre più ai partner nazionalisti della coalizione di Paesi e sposano la stessa retorica anti-migranti per combattere il cd. «inforestieramento» del Continente per riprendere un corretto in uso agli svizzeri italofoni del Cantone Ticino. Termini come questo evocano peraltro concetti ed ideologie avulsi dal mero dibattito scientifico senza una problematizzazione del nesso tra emigrazione e immigrazione, o delle asimmetrie globali e delle relazioni centro-periferia, con una realtà migratoria approcciata unicamente dalla prospettiva *push-pull*, ampiamente superata da decenni.

Al riguardo si rinvia anche al concetto gramsciano d'interregno come metafora dello stato attuale dell'Europa e dell'UE e come punto di partenza per pensare al futuro del continente. Quindi, lo stato attuale dell'Europa quale punto d'inizio per elaborare quello che può essere «il nuovo» per l'Europa. Pensare oltre l'interregno, verso una futura architettura politica, sociale, legale ed economica per l'Europa.

Con particolare attenzione al tema dell'immigrazione clandestina in Europa, in massima parte peraltro costituita da veri e propri meri migranti economici, quindi di fatto in punto di diritto non destinatari del beneficio dell'asilo politico, si pone attenzione al tema del cd. blocco degli Stati anti-immigrazione ad oggi composto da almeno otto Paesi (i quattro di Visegrád – ossia Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia ed Ungheria, – oltre Austria, Italia [sino al dimissionario Governo Conte-I], Romania e Slovenia). E dunque evidenziare in che modo gli attori della società civile che assistono migranti e rifugiati nel corso della «crisi europea dei rifugiati», attiva ormai dall'anno 2014, hanno subìto, e combattuto, aspetti dell'agenda anti-contrabbando

dell'UE e dei suoi Stati membri in chiave denigratoria. Il riferimento è al fenomeno dei cd. "taxi del mare", neologismo giornalistico teso ad additare negativamente l'attività delle imbarcazioni di buona parte delle ONG operanti nel Mediterraneo impegnate a "recuperare" i migranti al limite delle acque territoriali libiche nel canale di Sicilia onde trasferirli sistematicamente in territorio italiano e così anche bypassando Malta quale primo "porto sicuro".

In questa sede s'intende analizzare la tensione esistente tra la logica comunitaria della deterrenza e dell'esclusione esposta dalle istituzioni dell'UE durante la crisi, da un lato, e la volontà di assistere ed includere i migranti in una parte significativa della società civile europea, dall'altro. Tale dicotomia può essere intesa come parte di una tensione fondamentale nella grande democrazia liberale a livello europeo[11].

In questo quadro s'inserisce la critica al malcelato «progetto» nordeuropeo di bloccare il flusso nei Paesi di prima accoglienza, sfruttando il regolamento di Dublino, col fine inconfessato di trasformare Grecia ed Italia in una sorta di «magazzino» d'anime. Il tutto dissimulando i principi di solidarietà intracomunitaria vieppiù a fronte del fallimento dei piani di *relocation* e *resettlement* stabiliti nel 2015 nonché della chiusura delle frontiere interne ai clandestini, come di fatto avviene ai sigillati confini italo-francesi, elvetici ed austriaci, con i pedissequi respingimenti anche in violazione delle regole di sovranità italiana come nei reiterati casi della polizia transalpina apparendo labili e claudicanti sia le risposte diplomatiche che le iniziative giudiziarie delle competenti Procure.

A sua volta, il nodo del rifiuto dei programmi di *relocation* e *resettlement* da Grecia ed Italia invita alla riflessione sulla particolare avversione alla questione degli immigrati particolarmente nei Paesi dell'Europa centrale e orientale con attenzione ai quattro del Gruppo di Visegrád.

Orbene, è vero che la questione migratoria è stata a lungo trattata in UE come un'emergenza, soprattutto con la crisi migratoria del 2015 che ha rivelato delle tanto evidenti quanto ineluttabili cesure fra i Paesi UE. Si sono infatti formate diverse posizioni che riflettono altrettante ideologie. Da un lato, i Paesi mediterranei che sono stati letteralmente travolti dai flussi migratori e con l'accordo di Dublino si sono trovati in una situazione all'evidenza scomoda. Dall'altro lato, i Paesi del gruppo di Visegrád che hanno rigettato *de plano* il principio delle quote di redistribuzione degli immigrati imposte da Bruxelles. Il tutto mentre il pacchetto di modifiche al sistema comune europeo di asilo è di fatto arenato, anche a fronte della sopravvenienza pandemica e discendente emergenza gestionale. Ma del resto non é certo radicato un *consensus* sulla proposta d'introdurre un meccanismo correttivo in base a una quota limite calcolata in

[11] Cfr. J. ALLSOPP, *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Dir., immigr. cittad.*, 2017, 3, 1 ss.

relazione alle dimensioni ed alla ricchezza del Paese membro[12], né risulta accolto il principio della libera circolazione dei migranti[13].

In tema appare anche utile riflettere incidentalmente sulla particolare avversione alla questione migratoria da parte dei Paesi del V4. Questa repulsione – a prescindere dalle logiche politiche intrinseche al singolo Paese – sembra derivare dal fatto che l'Europa centro-orientale *ex* socialista non ha partecipato alla colonizzazione del XIX secolo e per l'effetto, storicamente, aveva avuto meno contatti con l'"altro", il che rende la popolazione maggiormente "timorosa" dello straniero, ricordando quindi il significato letterale del termine xenofobia, quale paura della differenza. A questo s'aggiunga il passato comunista che avrebbe reso le società della regione di Visegrád più ostili agli stranieri[14]. Durante la Guerra Fredda e gli anni Novanta, l'Europa occidentale ha cumulato una lunga esperienza d'immigrazione che non ha riguardato, invece, l'altra sponda della Cortina di Ferro. Si pensi al flusso di nordafricani in Francia, turchi in Germania, indiani e pakistani in Inghilterra, nordafricani e sub-sahariani in Italia, *etc*. Niente di tutto questo è accaduto nell'Europa centro-orientale. Al riguardo basti rammentare come la svolta politica ungherese a destra ha financo portato nel 2016 ad un *referendum*, dai connotati tipicamente manipolativi[15], sull'approvazione sistema delle quote UE per la ricollocazione dei migranti, al cui formale esito nullo per mancato raggiungimento del *quorum* di partecipazione[16] ha fatto da contraltare l'elevato valore di sfida politica a Bruxelles. Tale iniziativa è stata anche inquadrata da alcuni commentatori, da un lato come la prima sfida *post-Brexit* dell'Unione[17], e dall'altro lato – col senno di poi, erroneamente – quale sorta di primo passo verso l'uscita magiara dall'UE (la cosiddetta *Huxit*)[18].

Tuttavia, se il retaggio comunista può spiegare l'assenza di un retroterra culturale sui diritti ovvero di una tradizione democratica post-bellica come in Germania, con una diversa reazione dei partiti conservatori, il collante centrale del V4 appare la questione della sicurezza che è declinata nel settore dell'immigrazione per rispondere a fattori geopolitici e richieste dei cittadini e dei partiti dell'estrema destra. A fronte di fattori

[12] Cfr. G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2016.
[13] Cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e di richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 3, 701-747.
[14] Cfr. M. SZALAI, Z. CSRNAI, N. GRAI, *V4 Migration Policy: Conflicting Narratives and Interpretative Frameworks*, Barcelona, CIBOD, 2017, 26.
[15] Cfr. F. RATTO TRABUCCO, *The Evolution of Referendum Experience in Hungary*, in *The Journal of Comparative Law*, 2017, 1, 192-197.
[16] Il *referendum* sul rigetto delle quote migratorie è stato approvato con il 98,36% dei voti ma con un'affluenza alle urne insufficiente, quale pari al 41,32% dei voti validi.
[17] Cfr. G. SZAKACS, *Hungary's Migrant Referendum Shows Europe's Post-Brexit Challenge*, in *Reuters.com*, 1º luglio 2016.
[18] Cfr. L. BERSHIDSKY, *Hungary's Manipulative Referendum*, in *Bloomberg.com*, 5 luglio 2016.

geopolitici ed aumento delle forze populiste, la difesa delle frontiere UE dai flussi migratori diventa quindi per il V4 il target di riferimento[19].

Infine, emerge l'aspetto sanzionatorio, poiché come dichiarato dalla Commissione UE, mentre buona parte degli Stati membri hanno, quantomeno in parte, ricollocato e preso impegni in tema di *relocation* e *resettlement*, circa i quattro di Visegrád[20]: l'Ungheria non ha mai intrapreso alcuna azione[21]; la Polonia non ha ricollocato alcuno e non ha preso impegni sin dal dicembre 2015; la Repubblica Ceca non ha redistribuito nessuno dall'agosto 2016 e non ha preso alcun impegno successivo[22].

Dal canto suo e, paradossalmente, a dimostrazione della scarsa capacità concreta di Bruxelles in materia, per la Slovacchia è stato sufficiente attivare l'accoglienza a titolo volontario di un limitatissimo numero di rifugiati provenienti dalle zone di conflitto in Siria ed Iraq, peraltro poi in buona parte rientrati nei loro Paesi trattandosi soprattutto di soggetti anziani[23].

La Commissione ha quindi avviato nei confronti dei tre ridetti Paesi una procedura di infrazione nel giugno 2016, procedura che è poi passata alla fase successiva del deferimento alla Corte di giustizia. Polonia, Repubblica Ceca ed Ungheria hanno infatti pacificamente violato i loro obblighi giuridici circa il meccanismo di ricollocazione dei migranti in base agli impegni assunti dall'UE nel luglio e settembre 2015, quando presa coscienza della crisi umanitaria nel Mediterraneo si è chiesto agli stati membri uno sforzo di solidarietà nei confronti di Grecia ed Italia.

2.1. Segue: i vani tentativi di riforma degli accordi di Dublino

Infine, come non rammentare che un tema strettamente connesso è la riforma di Dublino III e cioè il sistema d'asilo dell'UE, in via di aggiornamento per distribuire «in maniera più equa» il carico migratorio fra i vari Paesi UE.

Il «Dublino III» (Reg. 604/2013) è il regolamento europeo che disciplina l'accoglienza dei richiedenti asilo in Europa, figlio di un precedente testo, il «Dublino II», entrato in vigore nel 2003 ed sua volta ispirato dalla convenzione firmata a Dublino

[19] Cfr. E. DIODATO, *Il Gruppo di Visegrád e la politica estera migratoria nell'UE*, in V. DE CESARIS, E. DIODATO (cur.), *Il confine mediterraneo. L'Europa di fronte agli sbarchi dei migranti*, Roma, Carocci, 2018, 67.
[20] Cfr. M. DI FILIPPO, *The Strange Procedural Fate of The Actions for Annulment of the EU Relocation Scheme*, in *EuroJus*, 4 marzo 2017.
[21] Cfr. M. VARJU, *Veronika Czina Hitting where it Hurts the Most: Hungary's Legal Challenge Against the EU's Refugee Quota System*, in *verfassungblog.de*, 17 febbraio 2016 (consultato il 20 gennaio 2021).
[22] Cfr. A. BAKONYI, H. FRANKOVÁ, M. GÓRCZYŃSKA, M. NABERGOJ, G. VOYNOV, *Pushed Back at the Door: Denial of Access to Asylum in Eastern EU Member States*, in *refworld.org*, 25 gennaio 2017 (consultato il 20 gennaio 2021).
[23] Cfr. Z. VIKARSKA, *The Slovak Challenge to the Asylum-Seekers' Relocation Decision: A Balancing Act Tuesday*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 29 dicembre 2015 (consultato il 20 gennaio 2021).

il 15 giugno 1990. Come noto, il regolamento stabilisce, fra le altre cose, che la richiesta di asilo debba essere gestita nel Paese di primo arrivo: un principio diventato insostenibile negli anni di picchi dei flussi migratori, soprattutto per i Paesi più esposti alle rotte del Mediterraneo come Grecia ed Italia, di fatto pacificamente discriminati in sede di equa distribuzione dei migranti. Da qui il tentativo di riforma verso un regolamento aggiornato, il «Dublino IV», presentato per la prima volta nel 2016[24] ma di fatto ad oggi insabbiato nelle secche dei veti incrociati fra Paesi nordici/centro-orientali, da un lato, e meridionali, dall'altro.

Infatti, da allora sono passati tre anni e sei presidenze del Consiglio Ue, ma i negoziati non riescono a sbloccarsi. C'è stato il «sì» dell'Europarlamento ormai scaduto, ma il Consiglio UE è rimasto sempre troppo frammentato. La proposta della Presidenza bulgara del I semestre 2018 ha tentato di offrire un compromesso aumentando il grado di responsabilità dei Paesi (obbligati a gestire un richiedente asilo per almeno otto anni), salvo alleggerire di molto la solidarietà (gli altri Paesi si dovrebbero prendere in carico i migranti solo quando altrove si è raggiunto un «sovraccarico» del 180%, pagando una penale di 30mila euro per ogni richiedente asilo respinto). Tuttavia, cinque Paesi mediterranei (Cipro, Grecia, Italia, Malta e Spagna) hanno risposto con un *paper* che contestava tale proposta, chiedendo ad esempio di abbreviare il periodo di responsabilità da otto a due anni. La bocciatura della proposta bulgara non ha poi avuto seguito nel corso delle successive presidenze austriaca e romena notoriamente contrarie.

Da ultimo, a giugno 2018 sette Paesi (Austria, Italia, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna ed Ungheria) hanno espressamente respinto la proposta. In tre (Estonia, Polonia, Regno Unito) si sono astenuti. I restanti diciotto hanno lasciato aperti spiragli di negoziazione, con qualche sorpresa: nell'elenco compaiono anche Cipro, Grecia e Malta, con una scelta di campo che rischia seriamente di spaccare il «fronte mediterraneo» di opposizione alle politiche migratorie UE. Al pari per Polonia e Repubblica Ceca del Gruppo di Visegrád che non si sono accodati ai restanti due membri al fine di rigettare la proposta.

Di fatto, più recentemente possono solo menzionarsi i documenti del Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo e le proposte di riforme legislative annesse (*Pre-Screening Regulation*) adottato il 23 settembre 2020 onde sviluppare i criteri di Dublino che definiscono quando lo Stato membro è responsabile dell'esame della domanda di asilo in quanto primo Paese di arrivo).

In parallelo basti richiamare la recente giurisprudenza in materia laddove le Corti di Lussemburgo e Strasburgo continuano ad avere frequenti occasioni di ritornare sulle criticità del "sistema Dublino" chiaramente penalizzante per i Paesi mediterranei e così anche rigettando i reiterati ricorsi dei Paesi del Gruppo di Visegrád in ordine ai vincoli

[24] Cfr. G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di «Paese di primo ingresso» per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in *Gli stranieri*, 2011, 3, 45 ss.

di *relocation* e *resettlement*[25]. Per converso é stata ormai sancita l'insuperabilità del meccanismo di Dublino anche a fronte della prassi degli Stati membri di primo ingresso di tollerare il transito sul proprio territorio dei richiedenti asilo intenzionati ad avanzare istanza in altro Paese UE, poiché tale forma di movimento non corrisponde in alcun modo ad un visto[26]. Vieppiù, a seguito della Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, meglio nota come Accordo sui rifugiati UE-Turchia[27], che di fatto – almeno apparentemente – tutela la sola Grecia e per converso consolida la via d'accesso del Canale di Sicilia a detrimento d'Italia e Malta, restando più residuale il transito navale Marocco-Spagna ovvero l'ingresso terrestre via *exclaves* iberiche di Ceuta e Melilla[28].

In origine si parlava di un muro contro muro fra Europa del Nord ed Europa del Sud. Da un lato Germania, Paesi Bassi e Paesi scandinavi, favorevoli alla riforma di Dublino e, in generale, alle politiche migratorie UE. Dall'altro Grecia, Italia e «colleghi» del Sud Europa, penalizzati da un sistema che pacificamente ne sovraccarica i confini.

Nel frattempo, però, l'ascesa dei populismi e del blocco dell'Est Europa ha rimescolato le carte in tavola, fino a provocare nel corso del 2018 una divisione in due fazioni più articolate: *a*) un'asse dell'Europa centro-orientale che respinge in blocco il disegno di Dublino, capeggiata da Austria (Kurz), Ungheria (Orban) e Italia (Conte-I, o meglio, Salvini), accanto ai *leaders* di Romania (Dăncilă), Slovacchia (Pellegrini) e Slovenia (Šarec); *b*) l'asse dei Paesi dell'Europa del Centro-nord, disponibile al negoziato, con l'adesione a sorpresa di Cipro, Grecia e Malta. In questo caso il timone avrebbe dovuto essere nelle mani della Germania, ma la posizione di Berlino è sfumata fino a diventare più titubante che aperta alla riforma. La decisione è da ultimo passata al presidente del Consiglio UE ma con il termine della legislatura europea le trattative si sono arenate.

Appare peraltro impensabile che si pervenga ad una soluzione nel breve termine anche da parte della nuova Commissione a guida von der Leyen. Peraltro, da parte italiana, con la nascita del Governo Conte-II a diversa trazione politica, dopo l'abbandono della forza sovranista, appare stagliarsi all'orizzonte un riposizionamento sulla classica posizione pragmatica e di equilibrio filoeuropeista italiana, peraltro non certo sempre salutare per gli interessi del nostro Paese in particolare in punto di politiche migratorie. Infatti, appare tornarsi a meramente invocare una forte risposta europea, anche attraverso la definizione di una normativa che persegua la lotta al traffico illegale di persone ed all'immigrazione clandestina, ed ad un tempo affronti

[25] Corte di Giustizia UE, C-715/17, *Commissione v. Polonia*, C-718/17 *Commissione v. Ungheria* e C-719/17 *Commissione v. Repubblica Ceca*, 2 aprile 2020 e C-643/15 e C-647/15, *Ungheria e Slovacchia v. Consiglio*, 6 settembre 2017.
[26] Corte di giustizia UE, C-646/16, 26 luglio 2017, *Jafari v. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*.
[27] Cfr. G. ÖZERIM, E. ÇETIN, *Conseguenze della crisi dei rifugiati" per la Turchia*, in V. DE CESARIS, E. DIODATO (cur.), *Il confine mediterraneo. L'Europa di fronte agli sbarchi dei migranti*, Roma, Carocci, 2018, 80-81.
[28] Cfr. A. SAGNELLA, *Le coste e le enclave. La particolarità del caso spagnolo*, *ivi*, 85-99.

anche i temi dell'integrazione. Trattasi del solito catalogo di buone intenzioni che appare riporre più fiducia nella buona volontà negli altri *leaders* europei onde ripartire migranti rispetto ad un'autonoma e forte visione italiana che rigetta lo sbarco sistematico sulle coste italiane. Tuttavia, permanendo una forza populista all'interno dell'esecutivo – peraltro a fianco di forze dichiaratamente europeiste, per una convivenza che non si annuncia comunque facile, soprattutto nel lungo periodo – la questione migratoria permarrà una delle priorità della politica estera del nuovo governo. L'obiettivo sarà quello di operare per una maggiore responsabilizzazione dell'UE con un contestuale superamento del regolamento di Dublino, ipotesi che però appare ancora lungi dal realizzarsi.

2.2. Segue: la politica di accoglienza italiana tra porti aperti ovvero chiusi

In termini di solidarietà europea circa rifugiati e migranti, risulta pacifico che l'Italia è stata lasciata sola dall'Europa. Rispetto agli enormi costi sostenuti, il nostro Paese (e per esso i tre Governi succeduti nella XVII legislatura (Letta, Renzi e Gentiloni) si è accontentato di ben poco: stando ai dati forniti dalla Commissione UE, tra il 2014 e il 2020 all'Italia sono stati destinati finora 847 milioni di euro, di cui 653 provengono dal Fondo per l'asilo e 193 come assistenza d'emergenza. Cifre comunque contenute rispetto a quanto il nostro Paese dichiara di spendere in questo settore tra accoglienza e assistenza: nel 2017, il Ministero dell'Economia ha certificato spese per 4,3 miliardi. Il contributo UE, secondo i calcoli dello stesso Ministero, ammonta a 77 milioni: si tratta di mere briciole.

In cambio i governi della sinistra italiana che hanno sostenuto una visione aperta al flusso migratorio, anche per svariati interessi clientelari connessi al principale partito dell'area, hanno ottenuto una certa flessibilità sui conti. Ossia, hanno potuto non conteggiare i miliardi spesi per i migranti nel calcolo del *deficit* di bilancio, avendo così maggiori margini di manovra per altri investimenti senza venire meno alle regole del deleterio «Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance» quale conosciuto con il nome di *Fiscal Compact*. La responsabilità politica italiana risulta tuttavia evidente nei confronti dell'abbandono europeo in punto d'immigrazione. A ciò s'aggiunga una non infrequente claudicante e discutibile capacità diplomatica ed internazionale del nostro Paese.

Gli arrivi migratori cui stiamo da anni assistendo in Italia hanno due evidenti colpevoli. *In primis* l'*establishment* europeo guidato dai Paesi nordici e centro-orientali. A seguire le politiche italiane nei cinque lunghi anni che – a partire dall'operazione, tanto unilaterale quanto demagogica, *Mare Nostrum*, varata dal Governo Letta nel 2013 – hanno trasformato i confini marini italiani in un porto delle sirene. Tale contingenza è stata adeguatamente sfruttata non solo e non tanto dagli sbarchi minori con mezzi di fortuna dei clandestini, ma anche dalle navi di ONG che,

pur legalmente, operano spesso in assenza di trasparenza alcuna circa il loro finanziamento da parte d'imprecisate *lobbies* finanziarie ovvero riconducibili a Paesi che in tal modo supportano il trasferimento dei clandestini in Italia anziché nei medesimi (*in primis* Malta ma anche Francia e Germania). Mentre, sia le indagini delle Procure siciliane che uno studio *ad hoc*, non hanno rivelato alcuna correlazione tra gli sbarchi e le attività di soccorso in mare da parte delle navi umanitarie, tale per cui i primi sarebbero direttamente proporzionali alle seconde[29].

Del resto, la presenza nelle stanze dell'esecutivo italiano di posizioni filo-migratorie in assenza della definitiva fissazione del principio per cui chi sbarca in Italia, sbarca in Europa, non consente per certo di assicurare una ferrea politica di "porti chiusi" o similare, quale unica opzione rimasta per controbilanciare l'indifferenza dei restanti Paesi UE, dalla Francia sino agli scandinavi, passando per la Germania che da ultimo ha annunciato il rafforzamento dei controlli a campione alle frontiere.

Così, merita notazione il vertice a cinque di Malta del settembre 2019 che s'è rilevato l'ennesima dichiarazione d'intenti in tema di redistribuzione automatica su base volontaria, privo di valore vincolante alcuno, non solo e non tanto per i restanti ventitré Paesi dell'Unione ma financo per gli stessi partecipanti[30]. Se infatti il meccanismo varrà solo per gli sbarchi in Italia e Malta, approdi della rotta del Mediterraneo centrale, e non anche per Grecia e Spagna, sarà tuttavia applicabile solo per i migranti portati a terra da navi delle ONG o mezzi militari e coinvolgerà non solo persone che otterranno lo status di rifugiato, ma anche migranti economici, sovvertendo così le regole basilari di protezione internazionale. Solo il principio della rotazione dei porti di sbarco appare, sul mero piano politico, un punto a vantaggio per l'Italia, Paese che più di altri ha insistito sul fatto di essere stata lasciata per anni sola dall'Europa ad accogliere i naufraghi nei suoi porti, quale sorta di apertura europea verso il neo Governo Conte-II.

Ecco dunque che combattere il cd. "inforestieramento" nei confronti dell'immigrazione clandestina per finalità economiche è un dovere per ogni Paese, a maggior ragione laddove siano azzerati gli obblighi di solidarietà europea, che appaiono valere solo per versare fondi di sviluppo agli illiberali Paesi dell'Europa centro-orientale, proprio quelli che per primi sono venuti meno ai doveri di *relocation*. Al contrario per l'*establishment* europeo ed il liberalismo globalista, italiano o internazionale che sia, che hanno seguitato ad accusare in chiave razzista l'*ex* governo italiano Conte-I per la sua capacità di subordinare l'accesso ai porti siciliani al previo riparto intraUE dei migranti in arrivo.

Lungi dal voler essere apparso qui troppo irridente ovvero poco rispettoso delle posizioni altrui aventi carattere aperturista ovvero liberal-globalista, né assertivo al

[29] Cfr. E. CUSUMANO, M. VILLA, *Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, in «Policy Briefs», 2019, 22, 1-11.
[30] Cfr. L. BAGNOLI, *Accordo migranti: a Malta si avanza su redistribuzione, ma resta il nodo Libia*, in *Osservatoriodiritti.it*, 25 settembre 2019 (consultato il 20 gennaio 2021).

punto tale d'esprimere affermazioni nette – posti gli evidenti limiti degli approfondimenti che il presente lavoro ovviamente e legittimamente non può contenere – s'è inteso assicurare il «minimo sindacale» per una discussione serena tra menti libere, *sine ira et studio*, a peculiare favore del populismo sovranista ed avverso il lento «sgocciolio» indiscriminato del Continente africano in Europa e particolarmente in Italia. Peraltro, ed al contrario, la letteratura dal forte stile assertivo, quasi mai argomentativo e problematico, e dunque tesa a dissimulare quella continua dialettica, dirimente requisito del dibattito accademico, si registra fra i sostenitori del diritto costituzionale indiscriminato all'accoglienza ed al conseguente asilo politico a prescindere dalla situazione di conflitto del Paese d'origine dei clandestini. Il tutto agitando insussistenti spauracchi discriminatori e così pure artatamente falsando il dibattito sulla dicotomia migranti politici aventi diritto all'asilo *versus* migranti economici privi di alcun diritto alla permanenza sul territorio nazionale e legittimamente rimpatriati al Paese d'origine.

3. La posizione dell'Italia nel quadro migratorio europeo

Fra gli Stati meridionali dell'UE, l'Italia è tradizionalmente uno fra quelli più esposti all'afflusso d'immigrati. Questo è particolarmente dovuto alla sua posizione geografica rispetto a Tunisia, Algeria e Libia, un autentico *hub* centrale della rotta del Mediterraneo. Tuttavia, l'Italia è un Paese *target* anche per i migranti dall'Egitto e, via Grecia, dai Paesi del Vicino e Medio Oriente quali Afghanistan, Bangladesh, Pakistan e Siria. A tal fine, a parte Lampedusa, i porti siciliani di Augusta, Catania, Messina, Palermo e Pozzallo, sono fra i più tristemente noti per gli sbarchi in Italia[31]. Ma non mancano arrivi, soprattutto a mezzo barchini e velieri, sulle coste calabresi e sarde.

Tuttavia, è importante notare che a partire dall'agosto 2017 s'è registrata una diminuzione degli arrivi migratori in Italia. Peraltro, si badi come la loro composizione è principalmente quella dei migranti economici[32]. Dalle statistiche è vieppiù evidente che la rotta del Mediterraneo meridionale ha acquisito maggiore importanza dopo la chiusura della rotta dei Balcani grazie al discusso accordo fra l'UE e la Turchia[33].

L'Italia è stata ed è ancora il Paese di destinazione, ma principalmente di transito per molti migranti che si recano in Europa e che hanno cercato un passaggio sicuro da Sud a Nord del Paese, che è la parte più sviluppata economicamente ed inizialmente

[31] Il numero di arrivi via mare nel 2014 è stato di 170.100, che in seguito è rimasto pressoché stabile con 153.842 nel 2015, 181.436 n 2016 e 119.369 nel 2017. Cfr. UNHCR Operational Portal, in *data2.unhcr.org*, 2018 (consultato il 20 gennaio 2021).
[32] La maggioranza è composta da cittadini di Nigeria (15,5%), Guinea (8,3%), Costa d'Avorio (8,1%), Bangladesh (7,6%) ed Eritrea (7,2%). Cfr. *ivi.*
[33] Cfr. G. CAGGIANO, *Are you Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, 2, 7 ss.

difettavano anche controlli alle frontiere con Austria e Svizzera. Infatti, a causa delle migliori opportunità economiche i migranti non rimangono nel Sud ma migrano verso il Nord oppure provano a passare in Svizzera, in Austria o in Germania. Tuttavia, nonostante ciò, e dopo la Germania, l'Italia permane il Paese con il maggior numero di domande di asilo[34].

Peraltro, se confrontiamo i dati di Eurostat e dell'UNHCR del 2018, possiamo scoprire che nel 2017 in Italia sono state presentate 8 mila domande di asilo in più rispetto al numero di arrivi via mare. Tale discrepanza nei dati può essere causata da tre diversi fattori. Innanzitutto, non sono stati conteggiati tutti gli arrivi marini e quindi il numero di domande potrebbe essere molto più elevato. In secondo luogo, potrebbe esserci un ritardo fra l'arrivo ed il deposito domanda di asilo. In terzo luogo, dobbiamo considerare i soggetti rimpatriati da altri Paesi UE e rinviati in Italia in forza del regolamento di Dublino.

In materia, è importante notare che l'Italia è stata fortemente criticata per l'approccio lassista che ha connotato negli anni le autorità statali nel prevenire l'immigrazione ed il processo di registrazione degli extracomunitari. Questa critica è stata espressa anche a livello dell'UE e particolarmente nel corso della XVII legislatura italiana con i tre governi di Letta, Renzi e Gentiloni. Ad esempio, nel luglio del 2017, il Ministro degli Esteri austriaco Kurz ha avuto modo di dichiarare al suo omologo italiano Alfano a Vienna che l'Italia dovrebbe impedire ai migranti illegali di raggiungere la terraferma, poiché a questo punto è l'Italia stessa che consente loro di migrare ulteriormente verso l'Europa divenendo connivente con i flussi clandestini dei *boat peoples*[35]. Non a caso gli immigrati illegali che sono nel corso degli anni sono entrati in Austria hanno causato tensioni fra il governo italiano e quello austriaco di Kurz che ha affermato come le operazioni di salvataggio nel Mediterraneo «non dovrebbero essere un biglietto per l'Europa centrale» ventilando anche la possibilità di schierare truppe militari al valico di frontiera del Brennero[36], opzione peraltro mai concretizzata e molto frequente nel periodo pre-elettorale austriaco.

Anche le stesse relazioni multilaterali sono estremamente risultate complicate. A livello UE, l'Italia è stata solitamente un alleato stretto della Germania che ha fatto innalzare le quote di redistribuzione nonché la riforma del sistema di Dublino. Questa posizione non ha però soddisfatto le aspettative dei quattro Stati del Gruppo di Visegrád (V4) che erano contrari a qualsiasi ipotesi di trasferimento dei migranti in altri Paesi UE. A tal fine, l'*ex Premier* italiano Gentiloni – ma lo stesso vale in realtà anche per

[34] Ad esempio, per 198.000 richiedenti registrati nel 2017, la Germania rappresentava il 31% e l'Italia il 20% (circa 127.000 candidati), seguita da Francia (14% o 91.000), Grecia (9% o 57.000), Regno Unito (5 % o 33.000) e Spagna con 30.000 candidati pari a circa il 5%. Cfr. Eurostat Asylum Statistics, in *ec.europa.eu*, 2018 (consultato il 20 gennaio 2021).
[35] Cfr. *Austria Warns Italy Over Influx of Migrants*, in *euronews.com*, 21 luglio 2017 (consultato il 20 gennaio 2021).
[36] Cfr. *Migranti, Kurz ad Alfano: «Tenerli a Lampedusa. Stop flusso verso Nord o chiuderemo confini»*, in *larepubblica.it*, 20 luglio 2017 (consultato il 20 gennaio 2021).

l'attuale Conte –, ha affermato che era giunto il tempo che si manifestasse la «solidarietà» intra-UE esprimendo la fiducia che ci sia spazio per un buon compromesso sul regime di Dublino[37]. Le posizioni di Gentiloni e Conte sono pienamente razionali poiché l'Italia ha dovuto affrontare un flusso migratorio senza precedenti a causa della posizione geografica sfavorevole e delle regole di Dublino sull'ammissibilità delle procedure di asilo fondate sul primo paese Schengen raggiunto dai migranti. L'impostazione del sistema UE di gestione dei flussi migratori, unitamente ai numeri senza precedenti degli arrivi, ha messo in discussione anche la stessa credibilità del governo della XVII legislatura.

L'Italia può essere a ragione considerata come uno dei tanti Paesi in cui l'immigrazione ha avuto un impatto importante sull'aumento dell'*appeal* elettorale dei partiti populisti, anti-UE ovvero in generale anti-immigrazione. Così, per esempio, il movimento populista Cinque Stelle sotto la guida del *leader* Di Maio è stato il vero vincitore delle elezioni politiche italiane tenutesi a marzo 2018. Tuttavia, non si può dimenticare che anche altri partiti anti-immigrazione quali Lega e Fratelli d'Italia (FdI)[38], sino ai movimenti più radicali come il neofascista CasaPound Italia (CPI), hanno ottenuto un notevole successo. Se sono ben noti i successi elettorali leghisti e della formazione della destra sociale italiana, molto meno per il ridetto movimento xenofobo. Infatti, quest'ultimo, significativamente, per quanto nel 2018 non sia arrivato all'elezione di alcun componente alla Camera dei deputati, è riuscito a ottenere 310.793 voti (circa lo 0,94%) rispetto ai soli 47.691 voti (circa lo 0,14%) durante le elezioni del 2013. In ogni caso, la posizione rafforzata del Movimento Cinque Stelle, unitamente a quella dei partiti di centrodestra euroscettici e tipicamente anti-immigrazione, può quindi influenzare negativamente le relazioni con l'UE e contribuire a politiche a carattere più nazionale.

Come sottolineato da *Politico.eu*, l'Italia è rimasta del tutto sola a gestire la crisi migratoria e ha dovuto risolverla in tre distinte fasi. In primo luogo, rivendicare la titolarità del processo di riconciliazione e stabilizzazione della Libia; in secondo luogo, avviare un programma sistematico di rimpatrio forzato per i migranti economici[39]; in terzo luogo, negoziare con gli Stati nordafricani e subsahariani degli accordi in materia di aiuti e creazione di posti di lavoro in cambio dell'impegno a combattere l'immigrazione clandestina nel Paese di origine ovvero di transito[40]. Senonché, tutte le soluzioni presentate, presentano alcuni limiti poiché la stabilizzazione della Libia è molto costosa, richiedendo un coinvolgimento diretto con capacità considerevoli. Anche il rimpatrio forzato è dispendioso nonché impegnativo in termini di

[37] Cfr. *Germany, Italy to Insist on Refugee Redistribution Across EU Members: Merkel*, in *dailyfinland.fi*, 16 febbraio 2018 (consultato il 20 gennaio 2021).
[38] Rispettivamente 17,35% e 4,35% alla Camera dei deputati rapportati al 4,09% e 1,96% del 2013.
[39] Cfr. B.M. QUEIROZ, *Illegally Staying in the EU: an Analysis of Illegality in EU Migration Law*, Oxford, 2018.
[40] Cfr. *The EU Can't Solve Italy's Migration Crisis*, in *politico.eu*, 29 luglio 2017 (consultato il 20 gennaio 2021).

amministrazione e logistica mentre la rinegoziazione degli accordi di sviluppo con gli Stati africani coinvolti nella crisi migratoria richiede tempo oltre, eventualmente, anche il consenso dei restanti Paesi UE.

Dai dati raccolti dall'Eurostat e dall'UNHCR risulta evidente un calo significativo degli arrivi via mare in Italia a partire dall'estate 2017 e quantomeno sino all'estate 2019 con la caduta del governo Conte-I ed il termine del mandato del Ministro dell'Interno Salvini. Tale calo appare multifattoriale. Anzitutto a causa della guerra libica in corso, alcuni gruppi di trafficanti hanno dovuto rinviare ovvero razionalizzare le loro attività in quanto costretti a lasciare le città costiere che sono state prese dalle milizie locali. Come sottolineato dal *New York Times*, questo è anche l'esempio della Guardia Nazionale o *Sabratha Branch* legata al governo libico riconosciuto a livello internazionale che molto probabilmente ha contribuito a interrompere le attività dei trafficanti[41]. Tuttavia, questo è solo uno dei molti fattori. È anche importante notare che l'Italia fornisce assistenza e addestramento alla guardia costiera libica ed ha impedito alle navi gestite da varie ONG di condurre operazioni di salvataggio al largo della costa libica[42] vieppiù sotto il mandato ministeriale salviniano. Tuttavia, è ben possibile che il flusso dell'immigrazione sia influenzato anche da altre cause, tra cui la diffusione dell'esperienza negativa delle domande di asilo rigettate ovvero, più semplicemente, delle modifiche alle rotte migratorie.

4. Le direttrici migratorie in UE a confronto delle politiche nazionali

La risposta dell'Europa «meridionale», e particolarmente dell'Italia, alla crisi migratoria evidenzia una posizione a sé per ogni Paese dimostrando una prospettiva leggermente diversa rispetto a quella dei Paesi del Centro-Nord Europa. Questo perché i Paesi del Sud Europa non sono generalmente visti dai migranti come Paesi di destinazione, bensì fungono da mera «porta» verso l'Europa quali autentici Paesi di transito. Ad esempio, la posizione della Grecia è unica per l'atteggiamento accogliente e generoso nei confronti dei migranti che, tuttavia, hanno ben pochi motivi per rimanere in tale Paese. Questo è dovuto alla situazione problematica sul mercato del lavoro, alla mancanza di comunità significative al di fuori delle principali città greche ed alla scarsa conoscenza del Paese in generale. La difficile situazione del mercato del lavoro è un problema anche per la Spagna che ha già registrato alcuni forti picchi migratori nelle Isole Canarie nonché nelle *enclaves* africane di Ceuta e Melilla.

Una posizione molto più complicata è invece proprio quella dell'Italia che viene utilizzata principalmente come porta di accesso al Nord attraverso l'Austria, la Francia e la Svizzera. Analogamente nella penisola iberica, il mercato del lavoro nel Sud del

[41] Cfr. *Flow of Migrants to Italy Slows, but Nobody Knows Why*, in *NYTimes.com*, 18 agosto 2017 (consultato il 20 gennaio 2021).
[42] *Ivi.*

Paese deve affrontare sfide importanti e, poiché la situazione economica è migliore nel Nord, il Paese offre un importante fattore per la migrazione anche al suo interno. A sua volta Malta si trova una posizione speciale laddove ha registrato un numero relativamente ridotto di afflusso migratorio, ma a causa delle dimensioni del Paese è da lungo tempo uno dei maggiori Paesi con rifugiati pro-capite e la sua politica migratoria restrittiva connotata da un lungo periodo di detenzione è stata utilizzata come potente strumento all'interno della politica estera verso l'UE e l'Italia. Tuttavia, i quattro ridetti Paesi (Grecia, Italia, Malta e Spagna) hanno qualcosa in comune in quanto sono parte della rotta del Mediterraneo che è ancora oggi utilizzata principalmente dai giovani immigrati di sesso maschile provenienti da tutta l'Africa che migrano per trovare una vita migliore in Europa.

La situazione di Malta è a sua volta molto diversa da quella dell'altra isola UE del Mediterraneo e cioè Cipro che è da lungo tempo un Paese bersaglio non prospettico a causa di una situazione economica sfavorevole nonché un Paese di transito inadeguato in quanto ha una posizione geografica distante dalla terraferma dell'UE né è parte dell'area Schengen. Inoltre, è lontano anche dalla costa siriana che rende il Paese insulare meglio protetto dal naviglio di scadente qualità o improvvisato. Tuttavia, anche a Cipro osserviamo alcuni cambiamenti nell'ultimo biennio. Questo può attribuirsi alla stretta sulla rotta dei Balcani grazie all'accordo tra l'UE e la Turchia in cui Cipro ha svolto il suo ruolo naturale e ha perseguito il suo interesse nazionale nei confronti della Turchia, che occupa ancora la parte settentrionale dell'isola. Un territorio da cui arrivano anche migranti.

Fra tutti i paesi dell'UE, possiamo ricordare che la situazione in Croazia è diversa in quanto la storia della sua crisi migratoria è legata esclusivamente alla rotta dei Balcani. La Croazia è stata pienamente colpita nell'autunno del 2016 e nella primavera del 2017 quando ha dovuto affrontare flussi migratori senza precedenti. Tuttavia, nonostante i problemi iniziali, la Croazia è riuscita a gestire l'immigrazione di massa senza fallimenti significativi né compromettendo i valori europei.

Al contrario, il Nord Europa e gli Stati baltici hanno visto arrivare migranti esclusivamente quale frutto dei piani di reinsediamento e ricollocazione. Tuttavia, questi migranti non scelgono in genere queste Nazioni dell'UE, ad eccezione della Svezia e forse della Danimarca, preferendo Germania e Francia, per cui il fallimento dell'accordo di Dublino ha portato a una nuova ampia politica dell'UE in materia di quote migratorie, con i relativi piani del 2015 in tema *relocation* e *resettlement* che hanno formalmente coinvolto tutti i Paesi comunitari per quanto il Gruppo di Visegrád si é autoescluso.

Tuttavia, come nel caso della crisi del debito sovrano, gli interessi nazionali hanno costantemente battuto la risposta europea comune a questo afflusso di migranti. Il clima politico sempre più polarizzato, in cui molti partiti nazionalisti ed anti-immigrati sono sorti o si sono sviluppati, è in parte responsabile della mutata risposta

umanitaria di alcuni Stati[43]. Ciò può essere osservato nel Paesi nordici e baltici, dove la difficoltà principale consiste nell'integrare le minoranze nel *mainstream* sociale.

A sua volta, molti di questi immigrati provengono da Paesi islamici ed il rapporto tra le comunità musulmane immigrate e la maggioranza delle popolazioni non è sempre positivo il che fa il paio con l'irrompere dell'islamofobia ovvero razzismo anti-musulmano a livello europeo e mondiale[44]. Se le politiche di apertura della Svezia in tema d'immigrazione possono avere un senso dal punto di vista delle ricadute economiche, stante una traiettoria demografica connotata dal netto calo dei tassi di natalità e d'invecchiamento della popolazione, il contrario avviene in Lettonia e Lituania dove l'apertura ai flussi migratori, particolarmente islamici, é vista con estremo sospetto.

In definitiva può essere utile riflettere sulla particolare avversione per la questione degli immigrati dai Paesi dell'Europa centrale e orientale, in particolare i quattro del Gruppo Visegrád. Questa "repulsione" – a prescindere dalle logiche di politica interna d'ogni Paese – appare derivare dal fatto che l'area europea *ex* socialista non ha partecipato alla colonizzazione e dunque, storicamente, ha avuto meno contatti con l'"altro", il che rende la popolazione timorosa dello straniero, ricordando quindi il significato letterale di xenofobia, come paura della differenza. Al contrario, durante la Guerra Fredda ed ancora negli anni Novanta, l'Europa occidentale ha avuto una vasta esperienza migratoria che non ha riguardato l'altro lato della Cortina di Ferro, tra cui nordafricani in Francia, turchi in Germania, indiani e pakistani in Inghilterra, nord e sub-sahariani in Italia: niente di tutto questo è successo nell'Europa centrale o orientale. Semmai occorrerebbe indagare i motivi alla radice di una possibile differenza di politiche migratorie tra i quattro Paesi dell'area Visegrád con i restanti *ex* socialisti, peraltro solo in apparenza maggiormente disposti a politiche d'accoglienza, ma non è certo questa la sede.

Per l'effetto, mentre l'area UE centro-orientale *ex* socialista si muove su direttrici sovraniste ovvero pseudo-tali anche sulla scorta di politiche pragmatiche tese ad evitare frizioni con Bruxelles, i Paesi occidentali nordici seguono dichiarazioni di principio sulla solidarietà intraUE solo in punto di riparto dei migranti laddove espressamente imposto dal Paese d'arrivo quale condizione di sbarco, come nel caso del peculiare periodo salviniano italiano del 2018-2019.

Ne discende come, nel complesso, lo *status quo* derivante dal nucleo centrale dell'accordo di Dublino in punto di Paese di primo arrivo, appare estremamente

---

[43] Cfr. F. MOLTENI, *Anti-immigration Attitudes in Europe, 2002-2016 a Longitudinal Test of the Group Conflict Theory*, in *Polis: ricerche e studi su società e politica in Italia*, 2019, 2, 215 ss.

[44] In tema, cfr.: I. KALMAR, *The East is Just Like the West, Only More So: Islamophobia and Populism in Eastern Germany and the East of the European Union*, in «Journal of Contemporary European Studies», 2020, 1, 15-29; B. WEBER, *Islamophobia East-West and the Politics of Hospitality in Contemporary Germany*, in «Journal of Contemporary European Studies», 2020, 1, 44-56; M. BOBAKO, *The Palestinian Knot: The "New Anti-Semitism", Islamophobia and the Question of Postcolonial Europe*, in «Theory, Culture & Society», 2018, 3, 99-120; S. SAYYID, *Islamophobia and the Europeanness of the Other Europe*, in «Patterns of Prejudice», 2018, 5, 420-435.

conveniente per i paesi nordici centro-orientali dell'UE, che mantengono così la pressione migratoria sulla sola area mediterranea e particolarmente su quattro soli Paesi, quali Grecia, Italia, Malta e Spagna, chiamati ad una notevole resilienza in punto d'accoglienza ed asilo[45]. Il tutto nella melina della politica migratoria europea incapace negli anni di generare una nuova sintesi normativa equa, bilanciata e di alto compromesso fra gli interessi di tutti i Ventisette. La stessa difficoltà dei Paesi mediterranei, e particolarmente l'Italia, di porre il tema al centro dei vertici europei conferma il generale atteggiamento dilatorio ed ostruzionistico dei Paesi nordici, a prescindere da qualsivoglia cortesia istituzionale o diplomatica, attraverso lo sterile e continuo rinvio di concrete decisioni modificative degli accordi di Dublino.

Si badi tuttavia come quanto sopra enucleato evidenzia anche un altro aspetto stante il riflesso generato dall'ignavia europea a pervenire ad un superamento delle regole di Dublino circa le annose problematiche relative ai centri di detenzione in Turchia e Libia ed i centri d'accoglienza per stranieri in Italia e dunque tutto ciò che questo comporta in materia di diritti umani. Il richiamo non può che essere allo spirito con cui Federico II fece scolpire sulla porta di Capua, sotto il busto di Pier delle Vigne e di Taddeo da Sessa, il motto *Intrent securi qui quaerunt vivere puri* (Entrino sicuri coloro che intendono vivere onestamente): questa è la politica dell'immigrazione e dell'integrazione che servirebbe!

[45] Cfr. E. CUSUMANO, S. HOFMAIER, *Projecting Resilience Across the Mediterranean*, Cham, 2020.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il procedimento di approvazione del piano educativo individualizzato dopo la nota ministeriale n. 2044 del 17 settembre 2021

di Ennio Codini e Maria Cristina Tebaldi*

1° ottobre 2021

Sommario: 1. Rilevanza del piano educativo individualizzato e del relativo procedimento. – 2. L'evoluzione della disciplina. – 3. Annualità del PEI e doverosità della sua adozione. – 4. L'apertura del procedimento. – 5. Il termine. – 6. L'istruttoria. – 7. La partecipazione. – 8. L'approvazione. – 9. Il piano provvisorio. – 10. Conclusioni.

1. Rilevanza del piano educativo individualizzato e del relativo procedimento

Negli ultimi anni, la rilevanza dei piani educativi individualizzati, ovvero dei PEI per usare l'acronimo corrente, e dei relativi procedimenti è stata notevole e sempre maggiore. Ciò è dipeso anzitutto dall'elevato e crescente numero degli alunni e degli studenti *handicappati*, secondo la terminologia della legge n. 104 del 1992[1], ovvero *con disabilità*, usando invece la terminologia di cui al decreto legislativo n. 66 del 2017[2].

Questi, stando ai periodici report dell'ISTAT, erano circa 270mila nell'anno scolastico 2017-2018 (in percentuale: il 3,1% degli iscritti) e il loro numero, secondo un trend in atto da tempo, è poi aumentato costantemente fino a sfiorare quota 300mila nel 2019-2020 (in percentuale: il 3,5% degli iscritti)[3]. Se si considera che, come si metterà in evidenza più avanti, per gli alunni e gli studenti con disabilità l'adozione del

---

* Ennio Codini è docente di Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Scienze politiche e sociali dell'Università cattolica di Milano. Maria Cristina Tebaldi è docente di sostegno nella scuola secondaria di secondo grado. Sebbene il saggio sia l'esito di una riflessione comune i paragrafi 1, 2, 3, 4, 5 vanno attribuiti a Maria Cristina Tebaldi mentre i paragrafi 6, 7, 8, 9 vanno attribuiti a Ennio Codini.

[1] Legge 5 febbraio 1992, n. 104, "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate".

[2] Decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66, contenente "Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità".

[3] Cfr. Istat, Report "Anno scolastico 2017-2018. L'inclusione scolastica: accessibilità, qualità dell'offerta e caratteristiche degli alunni con sostegno" (3 gennaio 2019), www.istat.it; id., Report "L'inclusione scolastica degli alunni con disabilità – a. s. 2019-2020. Con la didattica a distanza diminuisce la partecipazione degli alunni con disabilità" (9 dicembre 2020), www.istat.it. I dati riguardano tutto il sistema scolastico, dalla scuola dell'infanzia alla secondaria di secondo grado.

PEI è obbligatoria e per ogni anno scolastico va adottato il relativo piano appare allora chiara la grande e crescente rilevanza quantitativa del "fenomeno PEI" pensando all'insieme degli atti e dei relativi procedimenti.

La rilevanza di tale fenomeno non è peraltro meramente quantitativa. Perché i PEI sono atti che vanno a incidere non poco sullo svolgersi dell'attività scolastica. Invero, in misura variabile nei diversi casi ma per lo più notevole col PEI si va a definire una sorta di regime speciale per l'alunno o lo studente interessato (quanto agli obbiettivi, agli strumenti, alle modalità di verifica ecc.[4])[5], di carattere vincolante[6]. E va considerato anche che si tratta di un regime rispetto al quale le norme lasciano ampio spazio alla discrezionalità dell'amministrazione attraverso la quale ciascun piano viene disegnato come una sorta di abito su misura rispetto alle caratteristiche della persona e del contesto. Perciò i relativi procedimenti coinvolgono molteplici interessi e soggetti dando luogo a complesse azioni e interazioni.

Va osservato, infine, che negli ultimi anni l'attenzione per l'*integrazione*, stando alla già citata legge n. 104, ovvero l'*inclusione*, stando al già citato decreto n. 66, degli alunni e degli studenti con disabilità è stata notevole e crescente[7] e questo non ha potuto

[4] Il PEI "individua obiettivi educativi e didattici, strumenti strategie e modalità per realizzare un ambiente di apprendimento … esplicita le modalità di sostegno didattico, compresa la proposta del numero di ore di sostegno alla classe, le modalità di verifica, i criteri di valutazione … nonché gli interventi di assistenza …" (art. 7, comma 2, lettere c) e d), del decreto legislativo n. 66 del 2017).

[5] Rispetto a tale sottolineatura può colpire il fatto che la definizione del PEI quale *atto amministrativo* contenuta nella bozza di quello che sarebbe divenuto il decreto interministeriale n. 182 del 2020 sia stata omessa nel testo definitivo su richiesta del Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione (cfr. il parere approvato nella seduta plenaria n. 46 del 7 settembre 2020). Ma se si considerano le ragioni addotte dal Consiglio per tale richiesta – "Considerare il PEI un atto amministrativo lo riduce ad un adempimento formale con possibili conseguenze di contenzioso anche sugli aspetti tecnici legati alle scelte pedagogiche didattiche" – al di là di ogni valutazione delle stesse emerge chiaramente che non si mette in discussione il fatto che con il PEI si va a definire un regime speciale – da cui scaturiscono specifiche posizioni giuridiche attive e passive – attraverso un atto regolato dal diritto amministrativo e di natura autoritativa (si noti, tra l'altro, circa quest'ultimo aspetto che, se è vero che, come era ricordato nelle *Linee guida* ministeriali approvate col decreto n. 182 cit., l'adozione col PEI di una "programmazione differenziata richiede una formale proposta del Consiglio di classe ai genitori … [che] possono rifiutarla" (p. 38), questo vale solo per tale tipo di programmazione).

[6] A riguardo la giurisprudenza è costante (cfr., da ultimo, CGA, sentenza n. 482 del 20 maggio 2020, e TAR Toscana, sentenza n. 559 del 19 maggio 2021). È emersa in proposito qualche incertezza solo per quel che riguarda l'aspetto particolare dell'assegnazione delle ore di sostegno (cfr. Cassazione, SS.UU, sentenza n. 25011 del 25 novembre 2014 e, più di recente, id. ordinanza n. 25101 dell'8 ottobre 2019 nel senso della vincolatività ma, da ultimo, TAR Lazio, Sez. III *bis*, n. 3084/2021, in senso contrario). Da tutto ciò consegue, tra l'altro, che il PEI è impugnabile come un ordinario atto amministrativo lesivo di interessi.

[7] Se le formule *persona handicappata* e *persona con disabilità* indicano senza dubbio lo stesso fenomeno – semplicemente la prima ponendo l'enfasi sullo svantaggio (handicap) e la seconda sulla mancanza di alcune abilità standard – lo stesso non può dirsi per i termini *integrazione* e *inclusione*. Questi ultimi corrispondono a due modi in parte diversi di configurare il percorso dell'alunno / studente nella scuola, come si è messo in evidenza in un articolo pubblicato su questa rivista (E. Codini, *I disabili nella scuola tra mera inclusione ed eguaglianza sostanziale dopo il decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66*, 25 febbraio 2018). Tuttavia, in questo studio li si utilizzerà come sinonimi con un significato che è quello del primo, secondo una possibilità-opportunità che si è messa in evidenza nello studio citato.

non riverberarsi sull'importanza di un atto, il PEI, centrale in tale prospettiva e del relativo procedimento.

2. L'evoluzione della disciplina

Alla rilevanza notevole e crescente del PEI e del relativo procedimento ha corrisposto in questi anni un susseguirsi di interventi legislativi che hanno reso tra l'altro la relativa disciplina sempre più articolata e complessa.

Lo strumento del piano educativo individualizzato è stato introdotto nell'ordinamento dal quinto comma dell'art. 12 della già citata legge n. 104.

Venticinque anni dopo, l'originario disposto di tale quinto comma è stato sostituito con la formulazione di cui alla lettera b) del secondo comma dell'art. 5 del già citato decreto legislativo n. 66, senza che peraltro ne venissero alterati i tratti essenziali per quanto qui interessa. L'art. 7 del decreto n. 66 ha anche posto ulteriori disposizioni concernenti il PEI quanto ai profili sostanziali e anche quanto al procedimento di approvazione.

Successivamente, con l'art. 4 del decreto legislativo n. 96 del 2019[8] il disposto del quinto comma dell'art. 12 citato è stato nuovamente sostituito; anche in questo caso, peraltro, senza che ne venissero alterati i tratti essenziali per quanto qui interessa. L'art. 6 del decreto n. 96 ha poi anche modificato le disposizioni sul PEI di cui all'art. 7 del decreto n. 66 introducendo in questo caso rilevanti elementi di novità a partire dall'istituzione del Gruppo di lavoro operativo per l'inclusione, ovvero GLO per usare l'acronimo corrente.

Poi, col decreto interministeriale n. 182 del 2020[9], adottato sulla base della delega di cui al comma 2-*ter* dell'art. 7 del decreto n. 66 come modificato dall'art. 6 del decreto n. 96, sono state introdotte ulteriori disposizioni sul PEI e sono state adottate *Linee guida* relative all'applicazione della disciplina inerente ai piani, compresi gli aspetti procedurali.

Tale decreto, peraltro, è stato annullato dal TAR per il Lazio[10] per il suo proporre "contenuti esorbitanti rispetto alla delega".

Alla pronuncia del TAR ha fatto seguito la nota ministeriale n. 2044 del 17 settembre 2021[11]. Con tale *nota* il Ministero nell'invitare le scuole ad attenersi a quanto disposto dal tribunale ha precisato che esse dovranno comunque procedere alla redazione e all'approvazione dei PEI secondo le disposizioni di legge preesistenti

[8] Decreto legislativo 7 agosto 2019, n. 96, contenente "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66".
[9] Decreto interministeriale n. 182 del 29 dicembre 2020 di "Adozione del modello nazionale di piano educativo individualizzato e delle correlate linee guida".
[10] Sez. III *bis*, sentenza n. 9795 del 19 luglio 2021.
[11] Avente ad oggetto "Indicazioni operative per la redazione dei PEI" dopo la sentenza n. 9795/2021 del TAR Lazio.

rispetto al decreto n. 182 non essendo la loro applicazione subordinata all'adozione di tale decreto.

A seguito della tratteggiata evoluzione, la disciplina del PEI da assai scarna qual era in origine è ora divenuta, malgrado l'annullamento del decreto n. 182, decisamente complessa. E questo è vero anche per quel che riguarda il procedimento. A proposito di quest'ultimo va poi osservato che tale disciplina, comunque la si interpreti, propone oggi un modello connotato da un'elevata specialità sostanziale rispetto alle soluzioni di cui alla legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo; anzitutto, ma non certo esclusivamente, con riguardo al tema della partecipazione.

Da ciò e dalla rilevanza nei fatti del "fenomeno PEI" di cui si è detto nel precedente paragrafo, in un contesto nel quale il tema non è stato oggetto di sistematica attenzione da un punto di vista giuridico deriva, si ritiene, l'interesse per uno studio quale questo sul procedimento di approvazione del PEI.

Nel prosieguo, salvo diversa indicazione, si farà riferimento agli articoli di legge nel loro disposto oggi vigente. Si farà qualche riferimento anche alle indicazioni di cui al decreto n. 182, pur annullato, in quanto espressione di orientamenti interpretativo-applicativi comunque significativi e anche condivisibili.

3. Annualità del PEI e doverosità della sua adozione

Prima di sviluppare la riflessione sul procedimento, peraltro, vi sono almeno due questioni da considerare.

La prima è quella della periodicità del PEI legata, come si vedrà, alla questione del *quando* dell'avvio del procedimento.

Parlando della rilevanza del PEI e del relativo procedimento si è detto che per ogni anno scolastico va adottato il relativo piano.

A riguardo, nel secondo comma dell'art. 7 del decreto n. 66 prima della riformulazione dello stesso col decreto n. 96 si trovava una chiara indicazione a favore dell'annualità disponendosi che il PEI "è redatto all'inizio di ogni anno scolastico di riferimento, a partire dalla scuola dell'infanzia ed è aggiornato in presenza di nuove e sopravvenute condizioni di funzionamento della persona".

Nel testo del secondo comma dell'art. 7 del decreto n. 66 successivo al decreto n. 96, però, l'indicazione nel segno dell'annualità del PEI può apparire di primo acchito meno netta disponendosi che il PEI "è redatto in via provvisoria entro giugno e in via definitiva, di norma, non oltre il mese di ottobre … è redatto a partire dalla scuola dell'infanzia ed è aggiornato in presenza di nuove e sopravvenute condizioni di funzionamento della persona". Nella riformulazione non si fa più cenno all'anno scolastico *di riferimento*, e allora si potrebbe essere indotti a ragionare in termini di adozione del PEI a seguito della trasmissione alla scuola dell'accertamento della condizione di disabilità e poi col passare degli anni di meri aggiornamenti "in presenza

di nuove e sopravvenute condizioni di funzionamento della persona", secondo un'indicazione sempre contenuta nel secondo comma dell'art. 7.

Va tuttavia osservato, anzitutto, che anche nell'attuale formulazione la legge certo non esclude un'interpretazione nel segno dell'annualità del PEI. Va poi tenuto presente che ai sensi sempre dell'art. 7, comma 2, del decreto n. 66 il PEI "è elaborato e approvato dal Gruppo di Lavoro Operativo per l'inclusione" e che tale gruppo, ai sensi dell'art. 15, comma 10, della legge n. 104, è composto anzitutto "dal team dei docenti contitolari o dal consiglio di classe". E allora, poiché i componenti del team / consiglio possono variare da un anno all'altro, a immaginare una durata ultrannuale del PEI avremmo una discrepanza tra chi lo approva e chi lo attua difficilmente pensabile nel contesto come voluta dal legislatore e ragionevole. Più in generale, va poi ulteriormente osservato che il contenuto del PEI ragionevolmente in buona misura non può che riferirsi a uno specifico anno scolastico – si pensi a come può essere impostata la questioni degli obbiettivi disciplinari – e che nelle *Linee guida* approvate col decreto interministeriale n. 182 si parlava di "PEI valido per l'anno in corso" (p. 11) e il modello nazionale approvato col medesimo decreto era stato disegnato per un PEI annuale. Nel senso dell'annualità del PEI è, invero, anche la prassi.

L'altra questione da affrontare preliminarmente è quella della doverosità dell'adozione del PEI, chiaramente rilevante anzitutto quanto alla fase d'iniziativa.

Invero, non ci sono nelle norme procedimentali indicazioni esplicite nel segno della sussistenza di una tale doverosità. La formula *è elaborato e approvato* potrebbe anche ritenersi riferibile a una modalità eventuale piuttosto che ad un dovere.

Però, a un attento e sistematico esame delle disposizioni rilevanti emergono invece ragioni prevalenti a favore della doverosità dell'adozione del PEI da parte della scuola.

La legge, infatti, considera il PEI uno strumento *necessario* per l'integrazione dell'alunno / studente con disabilità. Molto netto è in tal senso l'art. 2 del decreto n. 66: "L'inclusione scolastica è attuata attraverso la definizione e la condivisione del Piano Educativo Individualizzato". E d'altra parte non si potrebbero altrimenti prevedere in modo organico le misure ad hoc per l'alunno o lo studente con disabilità non esistendo, e non potendo esistere per l'estrema eterogeneità dei casi, un adeguato insieme di misure comunque applicabili. È evidente, ad esempio, che non solo molte delle misure adeguate per uno studente autistico sarebbero del tutto inadeguate per uno studente con sindrome d'Asperger, e viceversa, ma che *ogni* studente autistico come *ogni* studente con sindrome d'Asperger come *ogni* studente con un qualsiasi altro handicap ha bisogno di un *suo* PEI legato alla *sua* particolare condizione comprensiva del contesto di vita. Significativo il fatto che persino per i casi di bisogni educativi speciali diversi dalla disabilità certificata, per i quali non c'è un piano specificamente previsto dalla legge, le indicazioni ministeriali sono nel senso dell'adozione, comunque, di un piano

didattico personalizzato (PDP) o atto equivalente[12] (che, d'altra parte, in caso di disabilità certificata non può essere un'alternativa al PEI essendo quest'ultimo lo strumento specificamente previsto dalla legge per tale situazione[13]). Nel senso dell'obbligatorietà dell'adozione del PEI al ricorrere dei presupposti di legge è sempre stata anche la prassi così come la giurisprudenza[14].

4. L'apertura del procedimento

Venendo ora a considerare specificamente il procedimento d'approvazione del PEI, va anzitutto osservato che nessuna disposizione individua con precisione la fattispecie d'apertura di tale procedimento.

Il già più volte citato quinto comma dell'art. 12 della legge n. 104, che può tutt'ora considerarsi la disposizione base della disciplina del PEI, propone però una sequenza di atti che richiede attenzione anche sul piano procedurale: "l'accertamento dalla condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica … è propedeutico alla redazione del profilo di funzionamento, predisposto … ai fini della formulazione del piano educativo individualizzato".

Davanti a tale sequenza, per individuare la fattispecie d'apertura del procedimento d'approvazione del PEI è necessario anzitutto stabilire se l'accertamento della condizione di disabilità e il profilo di funzionamento si pongano a monte rispetto a tale procedimento o all'interno di esso[15].

A questo proposito va osservato che: a) si tratta di atti adottati da autorità diverse da quella che approva il PEI e addirittura estranee al settore scuola[16]; b) il profilo di

[12] Cfr. le *Linee guida per il diritto allo studio degli alunni e degli studenti con disturbi specifici di apprendimento* (punto 3.1) e la direttiva 27 dicembre 2012 concernente i BES (punto 1.5).

[13] Lo si precisa anche a fronte dell'emergere di casi nei quali la famiglia presenta la certificazione alla scuola ma poi esprime il desiderio di avere un PDP in luogo di un PEI (preferendo in proposito il regime proprio degli studenti con bisogni educativi speciali, ad esempio perché ritenuto meno stigmatizzante).

[14] Cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, n. 651/2019; TAR Lazio, Roma, Sez. III *bis*, n. 14625/2019.

[15] Si segnala che in questo studio si farà costantemente riferimento al *profilo di funzionamento* – che ricomprende la diagnosi funzionale e il profilo dinamico-funzionale (art. 5, comma 3, del decreto n. 66) – seguendo i testi normativi, fermo restando che il sesto comma dell'art. 5 del decreto n. 66 prevede per il profilo di funzionamento apposite *Linee guida* concernenti "i criteri, i contenuti e le modalità di redazione" che avrebbero dovuto essere adottate con decreto interministeriale entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto n. 66, per poi essere aggiornate con cadenza almeno triennale (art. 5 cit., commi 6 e 6 bis), ma non sono state però ad oggi ancora adottate e che, a fronte di tale mancanza, gli organi competenti – ossia le unità di valutazione multidisciplinare, operanti nell'ambito del SSN, di cui al terzo comma dell'art. 5 cit. – non hanno ancora iniziato ad adottare sistematicamente i profili. Perciò, di fatto, oggi siamo ancora in una fase transitoria nella quale non essendo "disponibile il Profilo di funzionamento, le informazioni necessarie dalla redazione del PEI sono desunte dalla Diagnosi funzionale e dal Profilo Dinamico Funzionale" (secondo un'indicazione corretta che si ritrovava nell'art. 5, comma 3, del decreto interministeriale n. 182).

[16] "La domanda per l'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica … è presentata all'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), che vi da riscontro non oltre 30 giorni dalla data di presentazione" (art. 5 del decreto n. 66, comma 1). "Il profilo di

funzionamento non è predisposto solo ai fini della formulazione del PEI essendo che anche il progetto individuale di cui alla legge n. 328 del 2000[17] è redatto sulla base di tale profilo (art. 6 del decreto n. 66); c) nessuna disposizione prevede la trasmissione d'ufficio dell'accertamento e del profilo alla scuola, sono i genitori a presentarli a quest'ultima; d) per espressa previsione di legge l'accertamento fa seguito a una specifica istanza dei genitori indirizzata all'INPS[18] (ad esso solo riferita e della quale la scuola non ha notizia); e) la rubrica del capo III del decreto n. 66 riguardante l'accertamento e il profilo parla al plurale di "procedure di certificazione e documentazione per l'inclusione scolastica"; f) non si ravvisa, infine, nella disciplina specifica alcuna disposizione che a livello di definizioni o anche solo di termini impiegati oppure prevedendo l'applicazione di questa o quella regola configuri la sequenza di cui al quinto comma dell'art. 12 come un unico procedimento. Tali elementi inducono a concludere che l'accertamento e il profilo si pongono a monte del procedimento d'approvazione del PEI, non ne fanno parte. Il quinto comma dell'art. 12 della legge n. 104 si riferisce a più procedimenti connessi sul piano della finalità e del rapporto tra gli atti.

Ciò stabilito, per definire la fattispecie d'apertura del procedimento d'approvazione del PEI va in primis tenuto presente che nella disciplina non si parla di un'istanza dei genitori per avviare tale procedimento; mentre invece la stessa legislazione inerente al PEI parla a proposito del progetto individuale del suo essere "redatto … su richiesta … dei genitori" (art. 6 del decreto n. 66), così come parla di una "domanda per l'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica" (art. 5, comma 1, del decreto n. 66). E d'altra parte in tale disciplina, e in particolare nel già citato quinto comma dell'art. 12 della legge n. 104, si considerano invece, come si è visto, gli atti che sono presupposti per l'avvio del procedimento, ossia l'accertamento e il profilo di funzionamento.

In un tale contesto normativo, l'interprete è indotto a concludere che all'assenza della previsione di un'istanza per l'adozione del PEI si deve far corrispondere una configurazione del procedimento come non a istanza di parte bensì a iniziativa d'ufficio a seguito della trasmissione alla scuola dell'accertamento e del profilo. In tal senso, invero, è anche la prassi che vede i genitori trasmettere alla scuola tali atti e la scuola poi avviare ogni anno il procedimento d'approvazione del PEI senza richiedere alcuna istanza bensì appunto d'ufficio.

La soluzione, si noti, appare tra l'altro coerente con quanto detto a proposito della doverosità dell'adozione del PEI, perché il configurare invece il procedimento come a istanza di parte aprirebbe la strada alla possibilità per la famiglia di presentare

funzionamento … è redatto da una unità di valutazione multidisciplinare, nell'ambito del SSN" (art. 5 cit., comma 3).

[17] Legge 8 novembre 2000, n. 328, "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

[18] Cfr. nota 17.

l'accertamento e il profilo per poi "rinunciare" al PEI, non facendo istanza, e chiedere una tutela in forme diverse (con riferimento a quelle previste per gli alunni / studenti con altri bisogni educativi speciali).

Tutto ciò fermo restando che l'avvio d'ufficio è subordinato alla scelta della famiglia di richiedere l'accertamento e il profilo e poi, al conseguimento di tali atti, trasmetterli alla scuola, e in questo senso, pur aprendosi il procedimento formalmente d'ufficio, emerge un'analogia con le situazioni d'apertura a iniziativa di parte. In mancanza della richiesta e della trasmissione di cui sopra, l'alunno / studente, ancorché sul piano sostanziale in situazione di disabilità, non beneficerà delle forme di tutela previste dalla legge per gli handicappati (ma eventualmente di quelle previste per gli alunni / studenti con bisogni educativi speciali), ferma restando la possibilità per la scuola di sollecitare la famiglia ad attivarsi per acquisire e, o far pervenire l'accertamento e il profilo.

A questo punto, peraltro, la fattispecie d'apertura del procedimento potrebbe apparire non ancora del tutto adeguatamente definita. Il procedimento si sviluppa d'ufficio. Esso, inoltre, per quanto detto sopra a proposito dell'obbligatorietà del PEI, deve svilupparsi d'ufficio sul presupposto dell'avere la scuola ricevuto l'accertamento e il profilo, ossia i due atti presupposti indicati dalla legge. Però resta indeterminato il *quando* dell'apertura.

Nel silenzio della legge, considerata la rilevanza che il citato quinto comma dell'art. 12 attribuisce all'accertamento e al profilo la soluzione preferibile potrebbe sembrare quella di ritenere che il procedimento debba avviarsi d'ufficio subito dopo la trasmissione alla scuola di tali atti.

Ma si tratta di atti che non vengono certo adottati ogni anno, laddove invece il PEI è annuale. A proposito dell'accertamento la legge nulla dispone circa l'efficacia temporale e di conseguenza, considerato anche il fatto che si tratta di soggetti *in età evolutiva*, è l'autorità competente a definirla potendo prevedere una durata sine die – in concreto, data la finalità dell'accertamento, *fino al termine degli studi* (questa è la formula usata negli atti) – oppure temporalmente limitata ipotizzandosi un'evoluzione dello scenario (secondo uno schema che vale in generale per tutte siffatte certificazioni). A proposito del profilo, d'altra parte, la legge prevede, come si è visto, che esso segue all'accertamento e poi va "aggiornato" ma solo "al passaggio di ogni grado di istruzione, a partire dalla scuola dell'infanzia, nonché in presenza di nuove e sopravvenute condizioni di funzionamento della persona" (art. 5, comma 4, del decreto n. 66).

Peraltro, la legge non dà alcun'altra indicazione cui ci si possa riferire per cercare di determinare il *quando* dell'apertura del procedimento.

Va però osservato che la questione appare relativamente poco importante. Ciò per due motivi. Il legislatore ha attribuito, e per valide ragioni come si vedrà, rilevanza essenziale alla data, che ha indicato, entro la quale il PEI deve essere approvato; di conseguenza, è ragionevole ritenere che la scuola debba semplicemente calibrare i

tempi dell'attività istruttoria e decisoria in modo coerente con le modalità istruttorie e con l'obbiettivo dell'approvazione entro tale data (fermo restando quanto si dirà più avanti a proposito del PEI provvisorio). Il legislatore, inoltre, come si vedrà ha disegnato la partecipazione in un modo sui generis tale per cui la comunicazione d'avvio del procedimento come regolata dalla legge n. 241 non appare necessaria.

5. Il termine

Nella legislazione non è indicato un termine di durata del procedimento di approvazione del PEI, né esso risulta indicato da disposizioni regolamentari.

Non bisogna però per questo pensare che a riguardo si debba guardare al di là di tale normativa. Perché, invero, in essa emerge sul punto una soluzione nel segno della specialità. Infatti, nella legge come già accennato è indicata la data entro la quale il PEI deve essere approvato. Più precisamente, secondo quanto stabilisce l'art. 7 del decreto legislativo n. 66 al comma 2 lettera g) il PEI "è redatto … in via definitiva, di norma, non oltre il mese di ottobre".

La non indicazione di un termine di durata del procedimento e l'indicazione invece della data entro la quale deve intervenire *di norma* l'approvazione, e la scelta a riguardo del 31 ottobre sono, invero, coerenti con la funzione del PEI e con le esigenze istruttorie.

Se il PEI deve definire per un dato anno scolastico un complesso regime speciale per l'alunno o lo studente con disabilità è evidente che è essenziale stabilire il momento entro il quale deve intervenire la sua adozione, così come è evidente che tale momento deve essere il più possibile collocato all'inizio dell'anno di riferimento. Perciò il legislatore ha indicato una precisa data limite per l'approvazione. E la scelta del 31 ottobre, e non di una qualche data successiva, si lega all'esigenza di avere un PEI che affettivamente vada a regolare l'attività nell'anno di riferimento. La scelta del 31 ottobre e non di una qualche data precedente che in linea di principio sarebbe stata preferibile per la funzione del PEI di definire un regime speciale riferito all'anno scolastico si lega, d'altra parte, alle modalità previste per l'istruttoria e la partecipazione di cui si dirà nei paragrafi che seguono.

La rilevanza del termine stabilito per l'adozione può, invero, apparire in contrasto con quel *di norma* ad esso riferito che ritroviamo, come si è visto, nell'art. 7 del decreto n. 66.

Ma appare soddisfacente l'interpretazione restrittiva che era proposta a riguardo dalle *Linee guida* di cui al decreto n. 182: "Il limite temporale indicato … dovrebbe rappresentare la scadenza massima … per ridurre al minimo il periodo di lavoro svolto senza progettazione … salvo situazioni particolari … ad esempio ritardi … nella nomina degli insegnanti, non solo di sostegno, o frequenza irregolare dell'alunno/a nel primo periodo" (p. 11).

Non solo così si rafforza formalmente il valore del termine col riferimento al fatto che solo *situazioni particolari* legittimano il superamento della data prevista ma, nell'indicare, seppur asserendo che lo si fa come mera esemplificazione, siffatte situazioni si fa emergere una ratio per il superamento che risulta, insieme, ragionevole e ben delimitante la possibilità. Date le caratteristiche dell'attività istruttoria, di cui si dirà, la frequenza irregolare dell'alunno o dello studente nel primo periodo dell'anno ne ostacola lo sviluppo; e d'altra parte se sono gli insegnanti a essere chiamati ad approvare il PEI e ad attuarlo, l'approvazione ragionevolmente dovrebbe presupporre che siano stati nominati in un tempo precedente tale da consentire loro di valutare il caso e decidere. La ratio che emerge è quella per cui il superamento del termine deve ricollegarsi all'esistenza di fattori extra procedimentali tali da rendere opportuno uno slittamento dell'approvazione. E, si noti: è difficile individuarne altri adeguati al di là di quelli menzionati dalle *Linee guida*.

In questo modo si limita anche il possibile ritardo ricollegandolo a situazioni comunque temporalmente delimitate. Resta certo il problema costituito dal fatto che il *di norma* può determinare qualche incertezza in ordine all'azione contro l'inerzia dell'amministrazione di cui all'art. 31 del Codice del processo amministrativo, ma sulle relative questioni, in quanto di carattere generale, non è dato soffermarsi in questa sede.

In caso di persistenza nel tempo delle situazioni di cui sopra non per qualche settimana ma più a lungo al di là della data del 31 ottobre dovrà poi esservi un attento bilanciamento degli interessi in gioco che porti alla soluzione migliore tenendo conto adeguatamente dell'esigenza di chiudere il procedimento a seguito di una fase istruttoria e decisoria sostanzialmente adeguate e di quella di avere il PEI in tempo utile per fare sì che tale atto effettivamente sia di riferimento per l'anno scolastico. A questo proposito va tenuto presente anche che ai sensi dell'art. 7, comma 2, lettera h), del decreto n. 66 il PEI "è soggetto a verifiche periodiche nel corso dell'anno scolastico al fine di accertare il raggiungimento degli obiettivi e apportare eventuali modifiche e integrazioni". Perciò, ove ad esempio la nomina del docente di sostegno (come è avvenuto in non pochi casi in questi anni) dovesse tardare al di là del 31 ottobre sarebbe comunque possibile e a un certo punto opportuno procedere in ogni caso, anche in assenza di tale docente, all'elaborazione-approvazione del PEI, per poi integrarlo.

6. L'istruttoria

Quanto agli elementi da acquisire attraverso l'istruttoria, la normativa dà indicazioni importanti che consentono di individuare i due insiemi fondamentali.

Abbiamo, anzitutto, elementi di base documentale. Come già si è messo in evidenza, ai sensi del quinto comma dell'art. 12 della legge n. 104 "l'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica … è propedeutico alla redazione del profilo di funzionamento, predisposto … ai fini della formulazione del Piano Educativo Individualizzato (PEI)". La rilevanza sostanziale

dell'accertamento e del profilo è specificamente poi considerata dall'art. 7 del decreto n. 66 ai sensi del quale il PEI "tiene conto dell'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica … e del Profilo di funzionamento" (comma 2, lettera b)). Tale *tener conto*, si noti, dato il contenuto dell'accertamento e del profilo che definiscono fondamentalmente la situazione di difficoltà dell'alunno / studente è propriamente un *prendere le mosse da*. Perciò nell'art. 5 del decreto interministeriale n. 182 si indicava come "opportuno che il GLO, oltre a prendere visione del Profilo di Funzionamento, ne fornisca una sintesi che metta in evidenza le informazioni relative alle dimensioni rispetto alle quali è necessaria un'analisi puntuale, seguita dalla progettazione di interventi specifici".

Sempre sul piano documentale, il decreto n. 182 attribuiva espressamente rilevanza anche al progetto individuale di cui alla legge n. 328, ove esistente o comunque richiesto. Tale rilevanza, peraltro, deriva direttamente dal disposto dell'art. 2 del decreto n. 66 che addirittura considera il PEI "parte integrante del progetto individuale". Perciò, come indicava il decreto n. 182, se un tale progetto esiste, "al momento della predisposizione del PEI è necessario riportare una sintesi dei contenuti e aggiungere informazioni sulle modalità di coordinamento e interazione con il PEI" (art. 6, comma 2); se, invece, il progetto individuale è "stato richiesto ma non ancora redatto", al momento della predisposizione del PEI "è opportuno raccogliere indicazioni utili per la [sua] redazione" (art. 6, comma 3).

Sul piano documentale, dunque, la legge richiede un'attenta considerazione in sede istruttoria dell'accertamento, del profilo e, ove esista, del progetto individuale. Tale considerazione deve avvenire nel corso dei lavori del GLO; opportunamente però dovrebbe svilupparsi anche prima, con un ruolo importante a riguardo del docente o dei docenti di sostegno in rapporto con l'unità di valutazione multidisciplinare di cui si dirà infra e amplius con gli altri componenti del GLO o comunque partecipanti ai suoi lavori, così che il gruppo di lavoro quando si riunisce si ritrovi a disporre in proposito di un'attività di riflessione di base già svolta.

L'altro aspetto essenziale dell'attività istruttoria è quello della *attività di osservazione*. Disponeva a riguardo, dando un'indicazione ragionevole, l'art. 8 del decreto n. 182: "la progettazione è preceduta da attività di osservazione sistematica" dell'alunno o dello studente, un "compito affidato a tutti i docenti"; rispetto a tale attività la definizione del piano era correttamente definita come "conseguente".

Dalle indicazioni di cui sopra si possono trarre elementi anche circa il *quando* dell'attività istruttoria.

L'osservazione, infatti, per sua natura non può che svolgersi nelle prime settimane di lezione. E questo, si noti, giustifica la fissazione al 31 ottobre e non in una qualche data precedente del termine entro la quale va approvato il PEI, considerati i tempi richiesti (che, si noti, sono tali per cui l'approvazione del PEI non potrà comunque intervenire molto prima della data limite stabilita). L'analisi dei documenti, invece, di per sé non ha un riferimento temporale intrinseco. Ma, come già si è messo

in evidenza, il PEI deve essere di norma approvato entro il mese di ottobre. Dunque, l'analisi dovrà svilupparsi in tempo utile rispetto a tale scadenza. Il decreto n. 182, invero, come si sarà notato sembrava immaginare che l'attività dovesse essere in toto svolta dal GLO ma, come già accennato, è invece ragionevole, e in tale senso è anche la prassi, che alcuni componenti del GLO, e in particolare il docente o i docenti di sostegno, propongano al gruppo una loro analisi previamente sviluppata a riguardo.

7. La partecipazione

La parte della disciplina del procedimento d'approvazione del PEI che ha conosciuto la maggiore evoluzione al susseguirsi degli atti normativi di cui sopra è stata probabilmente quella concernente la partecipazione. E si tratta anche, non casualmente, di una delle parti più discusse.

Nella sua formulazione iniziale, l'art. 7 del decreto n. 66, confermando sostanzialmente la disciplina e le prassi preesistenti, alla lettera a) del comma 2 così disponeva: "Il PEI … è elaborato e approvato dai docenti contitolari o dal consiglio di classe, con la partecipazione dei genitori … delle figure professionali specifiche interne ed esterne all'istituzione scolastica che interagiscono con la classe e con … [l'alunno / lo studente] con disabilità, nonché con il supporto dell'unità di valutazione interdisciplinare".

Poi, con l'art. 8 del decreto n. 96 il disposto dell'art. 7 è stato riscritto allo scopo di migliorare la partecipazione migliorandone i modi di sviluppo. Il testo attuale prevede che: "Il PEI … è elaborato e approvato dal Gruppo di Lavoro Operativo per l'inclusione di cui all'articolo 9". A proposito di tale "gruppo", ovvero del GLO, all'art. 9 del decreto n. 66, come modificato dal decreto n. 96, si prevede che "presso ogni istituzione scolastica sono costituiti i Gruppi di Lavoro Operativo per l'inclusione dei singoli alunni [o studenti] con accertata condizione di disabilità ai fini dell'inclusione scolastica. Ogni Gruppo … è composto dal team dei docenti contitolari o dal consiglio di classe, con la partecipazione dei genitori [dell'alunno / studente] … delle figure professionali specifiche, interne ed esterne all'istituzione scolastica che interagiscono con la classe e con [l'alunno / studente] … nonché con il necessario supporto dell'unità di valutazione multidisciplinare … All'interno del Gruppo … è assicurata la partecipazione degli studenti con accertata condizione di disabilità".

La formulazione attuale dell'art. 9 appare invero per quanto qui interessa linguisticamente infelice: *è composto dal … con la partecipazione dei … nonché con il supporto del*. Ma in ogni caso tutta una serie di elementi inducono l'interprete a concludere che si deve distinguere tra *componenti* dell'organismo e soggetti che *partecipano* ai suoi lavori:

a) è in tal senso la lettera della legge che comunque distingue tra *componenti* e *partecipanti* (e d'altra parte, ove non si fosse voluta una tale distinzione sarebbe stato agevole far seguire semplicemente al *è composto* l'elenco di tutti i soggetti);

b) in tale senso era anche l'art. 3 del decreto n. 182 laddove in commi diversi indicava la *composizione* del gruppo – "Il GLO è composto dal team dei docenti contitolari o dal consiglio di classe" (comma 1) – e coloro che *partecipano*: "Partecipano al GLO i genitori dell'alunno [o studente] … le figure professionali specifiche … [lo] studente … nonché, ai fini del necessario supporto, l'unità di valutazione multidisciplinare" (commi 2 e 4)[19];
c) in tal senso era anche, ulteriormente, l'art. 3 del decreto n. 182 laddove al comma 9 distingueva i ruoli quanto all'approvazione: "Il GLO … approva il PEI tenendo in massima considerazione ogni apporto fornito da coloro che … sono ammessi alla partecipazione dei suoi lavori, motivando le decisioni adottate in particolare quando esse si discostano dalle proposte formulate dai soggetti partecipanti";
d) la distinzione appare ragionevole, dal momento che, altrimenti, l'approvazione del PEI sarebbe affidata a un collegio assai eterogeneo quanto alle caratteristiche dei soggetti e agli interessi di riferimento, con poi il bizzarro effetto per cui la componente "docenti" sarebbe in maggioranza nel caso del consiglio di classe e invece in minoranza nel caso del team dei docenti contitolari, soluzione quest'ultima oltretutto in radicale contrasto con l'assetto in generale degli organi collegiali, il che richiederebbe per lo meno una chiara indicazione in tale senso da parte del legislatore (come sopra messo in evidenza, ove si fosse voluta escludere ogni distinzione del tipo componenti-partecipanti sarebbe stato agevole nell'art. 9 citato far seguire semplicemente al *è composto* l'elenco di tutti i soggetti).

L'idea di una posizione paritaria dei diversi soggetti nel PEI, superandosi dunque la distinzione tra componenti e partecipanti, con la costruzione di un organo collegiale nel quale poi le diverse "parti" contro ogni logica di maggioranza dovrebbero avere una sorta di potere di veto, è caldeggiata da una parte almeno delle associazioni e degli esperti che si pongono come rappresentanti degli interessi dei disabili e delle loro famiglie[20], ma non appare de iure condito sostenibile.

Non osta, si noti, all'interpretazione proposta la considerazione della volontà chiara del legislatore di innovare col decreto n. 96 rispetto alla precedente disciplina, dove già come si è visto la competenza all'approvazione era in capo al team dei docenti contitolari o al consiglio di classe, perché l'innovazione comunque sussiste essendo che quella che prima era una partecipazione che meramente si sviluppava secondo le regole della legge n. 241 e quelle generali dell'ordinamento scolastico diventa anzitutto partecipazione ai lavori di un *gruppo di lavoro* che, tra l'altro, come si vedrà, ha una propria formalizzazione.

Ciò premesso, va messo in evidenza che nella definizione dei soggetti legittimati a partecipare al procedimento attraverso la peculiare modalità della partecipazione al GLO il legislatore ha proceduto in modo chiaro e ragionevole ben individuando gli

[19] Nello stesso senso erano anche le *Linee guida*: "Il GLO è composto dal team dei docenti contitolari o dal consiglio di classe", gli altri soggetti sono definiti "partecipanti" (p. 9).
[20] Cfr. S. Nocera, *Continui il dialogo sui nuovi Piani Educativi Individualizzati*, superando.it, 9 febbraio 2021; FISH, *Considerazioni della FISH sulla bozza di linee guida per la compilazione del nuovo PEI*, 31 agosto 2020.

interlocutori rilevanti sul piano delle competenze e, o degli interessi. In dettaglio, sulla base anzitutto di quanto indicato dall'art. 9 del decreto n. 66, essi sono:

- i genitori, o chi comunque "esercita la responsabilità genitoriale";
- lo studente con accertata condizione di disabilità. A proposito di questa previsione va osservato che il riferimento allo *studente* indica che, ragionevolmente, la partecipazione è riservata a chi frequenta la secondaria di secondo grado (ossia è *studente* e non *alunno* secondo una distinzione terminologica in uso nella disciplina scolastica che era richiamata anche nell'art. 1, comma 3, del decreto n. 182) e che il riferimento a una partecipazione insieme dei genitori e dello studente – senza eccezioni – indica, tra l'altro, che la partecipazione dei primi è prevista anche se il figlio è maggiorenne;
- le "figure professionali specifiche, interne ed esterne all'istituzione scolastica, che interagiscono con la classe e con [l'alunno o lo studente]". A questo proposito, al quinto, sesto e settimo comma dell'art. 3 del decreto n. 182 si precisava che per "figura professionale esterna" si deve intendere, anzitutto, "l'assistente all'autonomia ed alla comunicazione" (beninteso ove tale figura sia presente, essendo la sua nomina eventuale a seconda di quanto previsto in sede di profilo di funzionamento), ferma restando la possibile partecipazione anche di "un esperto indicato dalla famiglia", mentre per "figura professionale interna" si deve intendere "ove esistente, lo psicopedagogista" e poi eventualmente anche il docente "referent[e] per le attività d'inclusione";

Nell'art. 9 si parla poi, come già emerso, del "necessario supporto dell'unità di valutazione multidisciplinare" che, si ricordi, è competente per la redazione del profilo di funzionamento. A questo proposito, nel decreto n. 182 si precisava che tale unità "partecipa a pieno titolo ai lavori del GLO tramite un rappresentante designato dal Direttore sanitario [dell'ASL]" (art. 3, comma 3). Con questa indicazione, in sostanza, si voleva escludere che la formula "con il supporto" venisse intesa come tale da contemplare la possibilità di una partecipazione *senza* la presenza agli incontri del gruppo di lavoro (ossia limitata alla presentazione di atti e documenti e, o alla partecipazione a incontri al di fuori del GLO)[21].

Data la complessità strutturale del "gruppo", l'ottavo comma dell'art. 3 del decreto n. 182 prevedeva che fosse "il Dirigente scolastico, a inizio dell'anno scolastico … [a] defini[re] la configurazione del GLO".

Una volta definita tale configurazione, ai fini dell'elaborazione-approvazione del PEI il GLO, data la previsione di cui si è detto di un'approvazione di regola del PEI

[21] Nelle *Linee guida* si diceva che il rappresentante dell'unità di valutazione multidisciplinare parteciperebbe "con diritto di voto". Non si ritiene che tale ipotesi interpretativo-applicativa fosse corretta perché nella legge non c'è alcuna indicazione che attribuisca a tale rappresentante una posizione così diversa da quella degli altri partecipanti che in quanto tali non hanno diritto di voto (addirittura per l'unità si parla di un ruolo di "supporto"). Tra l'altro, la previsione di una partecipazione "con diritto di voto" dell'unità di valutazione era presente in una prima versione del testo di quello che sarebbe divenuto il decreto n. 182 ma poi fu espunta su richiesta del Consiglio superiore della pubblica istruzione nel parere citato alla nota 6. Si veda anche quanto si dice più avanti nel testo a proposito dell'approvazione del PEI.

entro il 31 ottobre, dovrebbe riunirsi almeno una volta entro tale data, come precisava l'art. 4 del decreto n. 182 aggiungendo, in applicazione degli ordinari criteri, che il GLO è convocato dal "Dirigente scolastico o da suo delegato" e che "di ciascuna riunione è redatto apposito verbale, firmato da chi la presiede e da un segretario verbalizzante, di volta in volta individuato tra i presenti".

Attraverso il GLO la partecipazione dovrebbe portare a un maggior coinvolgimento nel processo di elaborazione-approvazione del PEI.

Una volta considerate nei tratti essenziali le disposizioni in tema di partecipazione specificamente dettate dalla disciplina di settore ci si può chiedere se, ad di là di quanto da esse previsto, siano applicabili anche le regole generali dettate a questo proposito dalla legge n. 241.

A riguardo va anzitutto osservato che non emergono soggetti o organismi interessati ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241 al di là dell'insieme di quelli per i quali è prevista dalla specifica disciplina la possibilità di partecipare al GLO. Ciò premesso, alcune delle disposizioni della legge n. 241 sulla partecipazione, invero, non paiono poter trovare ragionevolmente spazio d'applicazione nel procedimento riguardante il PEI. È il caso di quelle di cui agli artt. 8 e 9 sulla comunicazione di avvio, essendo che nel contesto scolastico atti come quello di definizione della composizione del PEI o quello di sua convocazione appaiono equipollenti ai fini della tutela degli interessi in gioco. Analogamente non pare applicabile l'art. 11 essendovi nella disciplina di settore un "luogo" specifico di confronto in vista del consenso, ossia il GLO.

Qualche dubbio può sorgere invece a proposito dell'applicabilità dell'art. 10-bis. L'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è, come indica la sua stessa denominazione e come espressamente previsto dal disposto dell'articolo, riferito ai procedimenti a istanza di parte. Tuttavia, come sopra accennato, il procedimento di approvazione del PEI pur avviandosi formalmente d'ufficio ha il tratto peculiare dell'avviarsi, comunque, a seguito della trasmissione da parte della famiglia alla scuola dell'accertamento della condizione di disabilità e del profilo di funzionamento, e va anche messo in evidenza che la famiglia ha uno specifico interesse tutelato dalla legge all'approvazione del PEI. Emerge allora, come già accennato, una qualche analogia con il procedimento a istanza di parte che porta a chiedersi se non sarebbe opportuno, a fronte di una sorta di *eadem ratio*, ritenere applicabile l'art. 10-bis anche al procedimento d'approvazione del PEI (si pensi, in particolare, al caso in cui la scuola ritenesse di dover addivenire a un diniego del piano per una qualche inadeguatezza della documentazione presentata dai genitori). La questione, peraltro, ricollegandosi a temi di carattere più generale non può essere sviluppata in questa sede.

Sicuramente applicabile al procedimento d'approvazione del PEI deve ritenersi, infine, l'art. 10 della legge n. 241. In particolare, va riconosciuto ai partecipanti il diritto "di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento". La normativa specifica riguardante il procedimento d'approvazione del PEI non fa cenno all'applicabilità di

una tale disposizione, ma essa ben si lega alle specifiche esigenze del procedimento in questione. Va infatti osservato che la partecipazione in forma orale attraverso l'istituto del GLO è certamente importante ma può rivelarsi di per sé sola insufficiente in un contesto nel quale le questioni delicate sono molteplici e spesso complesse – si pensi ai motivi che possono indurre la famiglia o la "parte medica" a ritenere più o meno adeguata una specifica modalità didattica rispetto alle caratteristiche-esigenze dell'alunno / studente – il che può rendere decisamente opportuno il ricorso a "memorie scritte e documenti" per i quali il regime non può che essere quello previsto dalla legge n. 241.

8. L'approvazione

Come già si è messo in evidenza, ai sensi dell'art. 7 del decreto n. 66 il PEI "è … approvato dal Gruppo di Lavoro Operativo per l'inclusione".

L'indicazione appare di per sé chiara. E tuttavia può suscitare qualche perplessità dopo quanto si è detto a proposito della partecipazione.

Se è vero che, come si è sostenuto, bisogna distinguere nettamente tra *componenti* del PEI e meri *partecipanti* ai suoi lavori e per individuare i componenti bisogna guardare esclusivamente, secondo l'ordine di scuola, al team dei docenti contitolari o al consiglio di classe, allora risulta chiaro che in sostanza sono i docenti contitolari o il consiglio di classe ad approvare il PEI, esattamente come prevedeva l'art. 7 del decreto n. 66 prima delle modifiche apportate dal decreto n. 96, il che può anche portare a dubitare del fatto che il GLO sia un vero e proprio organo[22].

Però resta accettabile l'indicazione per cui non sono il team o il consiglio a approvare ma il GLO. Quest'ultimo, infatti, appare una sorta di team o di consiglio non solo allargato alla partecipazione di una molteplicità di soggetti ma con un modus operandi di conseguenza particolare, il che giustifica una denominazione ad hoc.

Questione particolare in tema di approvazione è quella del PEI cosiddetto differenziato, specificamente rilevante nella scuola secondaria di secondo grado. In questo caso, poiché a tale programmazione non corrisponde il conseguimento del titolo la sua previsione nel piano educativo presuppone, come si leggeva nelle *Linee guida*, "una formale proposta del Consiglio di classe ai genitori", che "possono rifiutarla" con

[22] Nel parere del Consiglio superiore citato nella nota 6 troviamo tra l'altro la richiesta, poi accolta in sede di definizione finale del testo del decreto n. 182, di non qualificare il GLO come *organo*. A rigore la richiesta appare non corretta dal momento che la legge n. 66 indica chiaramente che il GLO è competente per l'approvazione del PEI. Ma, senza chiamare in causa l'idea erronea secondo cui il PEI non sarebbe un atto amministrativo pur evocata dal consiglio (sul punto si rinvia a quanto detto sopra nel testo e nella nota 6), si può comprendere la richiesta di cui al parere di togliere la qualificazione del GLO come organo considerando che in sostanza sono i docenti contitolari o il consiglio di classe ad approvare il PEI.

la conseguenza che essa non verrà adottata nel PEI (p. 38)[23]. Rispetto a questa ipotesi il potere del GLO – nel cui contesto potrà anche svilupparsi il confronto a riguardo essendo che i soggetti coinvolti sono anche componenti del GLO o partecipanti ai suoi lavori – è dunque subordinato alla volontà dei genitori.

Al di là dell'indicazione di cui sopra circa la competenza del GLO, le norme specifiche dettate per il procedimento concernente il PEI non dicono altro quanto all'approvazione, sicché saranno da applicarsi le regole generali, salvo che con riferimento a un punto: la rilevanza di eventuali orientamenti contrari espressi da soggetti partecipanti.

Invero, la costruzione del gruppo di lavoro appare chiaramente orientata ad addivenire a un PEI condiviso da tutti gli interessati. Tuttavia, è possibile – e del resto talora si riscontra nella prassi – che alla fine del confronto alcuni dei partecipanti non condividano in tutto o in parte l'impianto del piano approvato. A questo proposito l'art. 3 del decreto n. 182 al comma 9, impregiudicata la soluzione particolare di cui si è detto da applicarsi in caso di PEI differenziato, precisava, come già accennato, che "Il GLO … approva il PEI tenendo in massima considerazione ogni apporto fornito da coloro che … sono ammessi alla partecipazione dei suoi lavori, motivando le decisioni adottate in particolare quando esse si discostano dalle proposte formulate dai soggetti partecipanti". Un'indicazione che può apparire superflua, nel senso che la soluzione già deriva dall'applicazione dei principi generali, ma comunque corretta e volta a valorizzare la partecipazione. Quel che vale per le memorie scritte e i documenti di cui all'art. 10 della legge n. 241 non può non valere anche per le proposte formulate in sede di GLO.

Un cenno, infine, alla questione della sottoscrizione di PEI. Le norme di legge non vi fanno cenno. Però da sempre la prassi prevede tale sottoscrizione da parte dei docenti e anche da parte degli altri soggetti interessati (salvo che essi non intendano esprimere il proprio dissenso rifiutandola) e nelle *Linee guida* si leggeva che "La firma di tutti i membri del GLO [componenti e partecipanti] è prevista sul PEI redatto in via definitiva" (p. 12).

Difficile stabilire quale possa essere il valore giuridico di tale firma. Non può essere condizione per l'esistenza o la validità dell'atto. Nel caso in particolare dei *partecipanti* si può assumere che valga come accettazione dell'atto con le relative conseguenze sul piano dell'impugnabilità.

9. Il PEI provvisorio

Per completare la riflessione sul procedimento d'approvazione del PEI è opportuno a questo punto prendere in considerazione un ultimo aspetto della disciplina.

[23] Per disamina della questione della programmazione differenziata si rinvia all'ampia riflessione a riguardo contenuta nelle *Linee guida*, p. 37 e ss.

Considerando integralmente l'incipit del disposto dell'art. 7, comma 2, lettera g) del decreto n. 66 emerge che il PEI "è redatto in via provvisoria entro giugno e in via definitiva, di norma, entro il mese di ottobre".

La funzione del PEI "provvisorio", a fronte del silenzio della legge a riguardo era indicata dall'art. 16 del decreto n. 182: formulare anzitutto "la proposta del numero di ore di sostegno alla classe per l'anno successivo, nonché la proposta delle risorse da destinare agli interventi di assistenza … per l'anno successivo" (comma 4), elementi essenziali la cui indicazione non potrebbe utilmente avvenire con l'approvazione del PEI, comunque nel corso dell'anno di riferimento, dovendosi fare ogni sforzo perché le relative risorse siano disponibili sin dall'inizio il che richiede un avvio delle procedure di definizione-acquisizione già nel mese di giugno.

Ciò premesso, dobbiamo ritenere il piano provvisorio un atto facente parte del procedimento di formazione del PEI?

Il piano provvisorio per definizione è successivo alla trasmissione alla scuola dell'accertamento della condizione di disabilità e del profilo di funzionamento. Inoltre, contiene elementi rilevanti per la predisposizione del PEI: la proposta delle ore di sostegno e quella delle ore di assistenza, anzitutto. Esso ha senza dubbio autonomi effetti sostanziali (e del resto può essere autonomamente oggetto di contenzioso giurisdizionale), tuttavia questo non osta al considerarlo un atto endoprocedimentale.

Perciò per il piano provvisorio potrebbe ipotizzarsi una collocazione nel procedimento di approvazione del PEI.

Va peraltro osservato che in ogni caso la rilevanza di tale atto rispetto al PEI sussiste indipendentemente dalla sua collocazione o meno nel procedimento. Va inoltre tenuto presente che la disciplina particolare della partecipazione riduce non poco la rilevanza del porre il piano provvisorio nel procedimento o al di fuori di esso.

10. Conclusioni

In questo studio alcune pur rilevanti questioni sono state messe in evidenza ma non affrontate; inoltre, non si è fatto nemmeno cenno a un tema come quello della gestione dei dati personali, tema d'estrema importanza in un procedimento come quello di elaborazione-approvazione del PEI ma la cui considerazione avrebbe richiesto di per sé sola un'ampia trattazione; anche la questione del responsabile del procedimento non è stata affrontata; infine, i temi affrontati lo sono stati spesso in modo relativamente sommario.

Tuttavia, in un contesto nel quale, e la cosa va sottolineata, mancano ad oggi riflessioni organiche da un punto di vista giuridico sul procedimento di formazione del PEI si ritiene di aver fatto cosa utile proponendo, pur con i limiti di cui sopra, una motivata ricostruzione del procedimento de quo sulla base di un'interpretazione sistematica secondo i principi del quadro normativo delineatosi in questi ultimi anni.

In sintesi, si tratta di un procedimento che deve svilupparsi d'ufficio ogni anno ove vi sia un alunno o uno studente con disabilità certificata e profilo di funzionamento trasmessi alla scuola, che deve concludersi con l'approvazione del PEI entro il 31 ottobre, salvo che l'irregolare frequenza dell'alunno o studente o nomine tardive di docenti non consiglino un'approvazione tardiva nei limiti di un bilanciamento rispetto all'esigenza di avere un PEI tempestivo per l'anno di riferimento, che comporta un'attività istruttoria basata essenzialmente su atti e documenti indicati dalla legge (l'accertamento, il profilo e, ove sussistente il progetto individuale) e su un'attività d'osservazione che i docenti devono svolgere nelle prime settimane di lezione, che ha una fase decisoria caratterizzata dall'approvazione da parte del GLO, luogo, insieme, di partecipazione – ferma restando la possibile rilevanza di memorie scritte e documenti ex legge n. 241 – e di decisione pur dovendosi in proposito distinguere tra componenti e partecipanti con però una particolare rilevanza del dissenso di questo ultimi.

Merita un cenno, infine, lo scostamento tra il disegno del procedimento desumibile dalle norme e la prassi quando a un punto particolare ma di estrema rilevanza: il ruolo del docente di sostegno. Si sarà notato che le norme non lo evidenziano, semplicemente dovendosi intendere che quando parlano di docenti è compreso anche quello di sostegno. Ma nella prassi, spesso, tale ruolo è invece tale per cui il PEI, ben al di là dei cenni che si sono fatti sopra a compiti ragionevoli di analisi e proposta, appare elaborato *dal* docente di sostegno e concordato *da* lui con la famiglia risultando marginale il ruolo degli altri soggetti – dai docenti curriculari alla "parte medica" – in linea con l'erronea concezione generale secondo cui l'integrazione dell'alunno / studente handicappato ovvero con disabilità non sarebbe compito dell'intera comunità bensì dei genitori e del "sostegno". L'auspicio è che all'applicazione del nuovo, più strutturato, più orientato al coinvolgimento, procedimento di approvazione del PEI si accompagni un effettivo coinvolgimento di tutti coloro che possono-debbono dare un contributo per il successo dell'esperienza scolastica degli alunni / studenti disabili e, insieme, dell'intero gruppo classe[24].

[24] Nella consapevolezza che "la scuola va considerata come una comunità di apprendimento e di sostegno" sicché, trattandosi di "un organismo … sistemico", "l'integrazione … deve coinvolger[e] … tutte le sue componenti" e in particolare il PEI va considerato "per sua natura" un documento che chiama in causa docenti, alunni / studenti, genitori, operatori (D. Ianes - F. Celi - S. Cramerotti, *Il Piano educativo individualizzato. Progetto di vita* (*Guida 2005-2007*), Erickson, 2005, p. 805).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La conferenza di servizi tra semplificazione amministrativa e partecipazione procedimentale

di Pierluigi Mascaro*

18 ottobre 2021

Sommario: 1. Premessa: l'istituto della conferenza di servizi. – 2. I tipi di conferenze. – 3. I moduli procedimentali: la conferenza semplificata. – 3.1. (segue) la conferenza simultanea. – 4. La fase decisoria. – 5. L'opposizione delle amministrazioni dissenzienti qualificate. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: l'istituto della conferenza di servizi

La conferenza di servizi rappresenta uno dei pilastri fondamentali della legge n. 241/1990, introdotto nell'ordinamento come strumento di semplificazione dell'azione amministrativa. Le finalità principali cui risponde l'istituto sono l'esigenza di contemperamento tra differenti interessi e la concentrazione delle funzioni, in uno scenario caratterizzato da un'elevatissima frammentazione delle funzioni amministrative, distribuite tra i diversi soggetti pubblici in assenza di una matrice unitaria[1]. Difatti, la conferenza mira a semplificare e velocizzare le dinamiche decisionali di diverse amministrazioni pubbliche portatrici di una pluralità di interessi, di cui appare opportuna una valutazione comparativa in un unico contesto decisionale. A tal fine, sono convocate apposite riunioni aperte alla partecipazione delle

* Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.

[1] In tal senso Cons. Stato, sez. VI, sent. 1 agosto 2012, n. 4400; L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 7, pp. 675 ss.

amministrazioni competenti (da qui la denominazione di "conferenza"), in cui possa avvenire un confronto dialogico sugli interessi pubblici da esse rappresentati[2].

L'applicazione pratica dell'istituto nell'ambito dell'attività procedimentale delle amministrazioni non ha tuttavia portato i benefici auspicati: nell'arco di oltre un trentennio dal 1990 ad oggi, si sono registrati almeno dieci interventi riformatori principali di pressoché tutti gli aspetti della conferenza, il più incisivo tra i quali può essere considerato quello di cui al d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, in attuazione della delega di cui all'art. 2, legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, che specificamente si riferisce al riordino della disciplina della conferenza di servizi.

Le difficoltà riscontrate nella prassi possono essere ricondotte a molteplici cause e fattori, spesso tra loro coesistenti, tra cui possono essere ricordate la complessità della normativa e la sovrapposizione tra fonti di rango differente, la tendenza degli amministratori a considerare predominante ed assorbente l'interesse di cui sono rappresentanti (a pena della visione d'insieme del "mosaico procedimentale" unitariamente considerato), lo scarso grado di responsabilizzazione dell'amministrazione procedente, il difetto di collaborazione tra amministrazioni, la complessità procedurale, la tempistiche dilatate e l'instabilità delle decisioni assunte[3]. A tal riguardo, la legge delega n. 124/2015 ha previsto la ridefinizione della disciplina della conferenza di servizi mediante la riduzione dei tempi e dei casi in cui essa è obbligatoria, lo snellimento dei lavori, da conseguire anche mediante l'utilizzo di strumenti informatici, la semplificazione del modello decisionale attraverso la partecipazione alla conferenza di un rappresentante unico per tutte le amministrazioni

[2] Si consideri, sul punto, Corte cost., sent. n. 62/1993, ove si afferma che l'istituto mira *"non tanto ad eliminare uno o più atti del procedimento, quanto a rendere contestuale quell'esame da parte di amministrazioni diverse che, nella procedura ordinaria, sarebbe destinato, invece, a svolgersi secondo una sequenza temporale scomposta in fasi distinte"*.

[3] Cfr. L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 209 ss; nonché si v. la ricerca di Aspen Institute, *I maggiori vincoli amministrativi alle attività d'impresa. Dai casi specifici alle soluzioni*, Roma, 11 febbraio 2016; l'indagine svolta da Confindustria-Ref, *Iter autorizzativi e semplificazione: la conferenza di servizi. Analisi empirica e indagine sul campo*, Roma, giugno 2015; Italiadecide, *Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, Il Mulino, 2015; M. CONTICELLI, *La conferenza dei servizi*, in SNA-IRPA, *Il procedimento amministrativo a venti anni dalla legge n. 241/1990*, ottobre 2013, pp. 112 ss.; L. BOBBIO, D. BARELLA, M. SARTONI, *La Conferenza di servizi: analisi empirica ed esperienze a confronto*, aprile 2009; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 275-278.

statali, l'espressa introduzione del potere di autotutela, le nuove modalità di superamento del dissenso (nella forma di un'opposizione dinanzi alla Presidenza del Consiglio dei ministri), la differenziazione delle modalità di svolgimento dei lavori sulla base del principio di proporzionalità. In ossequio a tale criterio, la conferenza si svolge ordinariamente in modalità semplificata (o asincrona), attraverso lo scambio telematico di documenti, dati ed informazioni, e solo eccezionalmente o eventualmente in modalità simultanea (o sincrona), ovvero attraverso la convocazione di riunioni.

Così come brevemente delineata, la riforma del 2016 ambiva ad accrescere l'efficacia e l'operatività dell'istituto, sulla base del principio costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97, comma 2, della Carta fondamentale.

2. I tipi di conferenze

All'articolo 14 della legge n. 241/1990, sono elencate le tre tipologie di conferenza di servizi da essa previste: istruttoria, decisoria e preliminare[4].

La conferenza *istruttoria* è facoltativa; può essere indetta dall'amministrazione procedente, anche su richiesta di altra amministrazione coinvolta nel procedimento o del privato interessato, nei casi in cui lo ritenga opportuno al fine di effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento, ovvero in più procedimenti connessi, riguardanti medesime attività o risultati (art. 14, comma 1).

La conferenza *decisoria* ha invece carattere obbligatorio, dovendo sempre essere indetta dall'amministrazione procedente quando la conclusione positiva del procedimento, ovvero lo svolgimento di un'attività privata, è subordinata all'acquisizione di più atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici (art. 14, comma 2). Per contro, qualora sia invece necessario un solo atto di assenso, trova invece applicazione l'articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990 in materia di silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche[5] (introdotto dall'art. 3, legge delega n. 124/2015).

[4] R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel diritto Editore, 2016.
[5] In tal senso Cons. Stato, Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640, p. 35.

Infine, la conferenza *preliminare* è facoltativa, potendo essere indetta dall'amministrazione procedente, per progetti di particolare complessità e d'insediamenti produttivi di beni e servizi, entro 5 giorni lavorativi dalla richiesta motivata dell'interessato, corredata da uno studio di fattibilità. La richiesta si effettua prima della presentazione di un'istanza o di un progetto definitivo, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere, al momento della presentazione, i necessari atti di assenso[6] (art. 14, comma 3).

Per quanto concerne invece i casi di conferenza di servizi relativa a progetti sottoposti a valutazione d'impatto ambientale (VIA), è prevista l'integrazione tra il procedimento finalizzato al rilascio del provvedimento autorizzatorio per l'esercizio di un'attività o la realizzazione di un impianto e quello relativo al giudizio di compatibilità ambientale sul relativo progetto (art. 14, comma 4): in questi casi è infatti prevista l'indizione, da parte dell'amministrazione competente al rilascio della VIA, di un'unica conferenza di servizi decisoria, la cui risultanza definitiva andrà a sostituire tutti gli atti di assenso necessari per la realizzazione del progetto, e non solo quelli di rilievo ambientale *ex* art. 26, d.lgs. n. 152/2006[7]; restano però esclusi i procedimenti relativi a progetti sottoposti a VIA di competenza statale, quando questi ultimi ben avrebbero potuto essere ricompresi dal legislatore nell'alveo della disciplina sopra descritta[8], facendo giovare dello strumento di indubbia semplificazione e celerità, qual è la concentrazione di tutti i procedimenti connessi, non soltanto alle ipotesi di progetti sottoposti a VIA regionale, ma anche a quelli sottoposti a VIA statale.

3. I moduli procedimentali: la conferenza semplificata

La conferenza *semplificata* ha carattere ordinario e necessario e si svolge in modalità asincrona, ovvero senza la partecipazione fisica dei rappresentanti delle

[6] Si v., a tal riguardo, F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, Dike giuridica editrice, 2016, p. 358.
[7] Cfr. F. BOTTEON, *La (complicata) conferenza di servizi "semplificata"*, in Lexitalia.it, 26 luglio 2016.
[8] In tal senso si era espresso il Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 7 aprile 2016, n. 890, p. 43.

amministrazioni, mediante il semplice scambio telematico di documenti[9], anche via posta elettronica ordinaria (art. 14-*bis*).

E' previsto un termine di 5 giorni per l'indizione della conferenza, di 15 giorni per la richiesta di integrazioni documentali e chiarimenti, di 45 giorni per le determinazioni delle singole amministrazioni coinvolte e di 5 giorni per l'adozione della determinazione motivata di conclusione della conferenza da parte dell'amministrazione procedente. Nel caso di amministrazioni preposte alla tutela d'interessi "sensibili" – ambientali, paesaggistici, dei beni culturali ed inerenti alla salute dei cittadini – il termine di 45 giorni, ove non previsto diversamente, è elevato al doppio. I termini sono espressamente qualificati come perentori: la loro scadenza, infatti, fa venir meno sia la sussistenza del potere di provvedere in capo all'amministrazione procedente, sia la legittimità del provvedimento conclusivo eventualmente adottato[10]. Tale assunto è corroborato dall'introduzione, tramite l'art. 12, comma 1, legge n. 120/2020, del comma 8-*bis* all'art. 2, legge n. 241/1990, che prevede l'inefficacia delle determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati adottate oltre la scadenza del termine di cui all'art. 14-*bis*, comma 2, lettera c), legge n. 241/1990, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'art. 14-*ter*, comma 7, della medesima legge, fermo restando quanto previsto all'art. 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.

Le determinazioni delle amministrazioni coinvolte nella conferenza devono essere congruamente motivate, e formulate in termini di assenso o dissenso. In quest'ultimo caso, ove sia possibile, è necessario circoscrivere analiticamente il dissenso, indicando in maniera chiara le prescrizioni e/o condizioni che lo muterebbero in assenso, specificando anche se siano relative ad un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero siano esercizio di un potere discrezionale al fine di una miglior tutela dell'interesse pubblico.

Eccetto i casi in cui disposizioni del diritto unionale richiedano l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il

[9] F. G. CUTTAIA, *La nuova conferenza di servizi*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 17 novembre 2016, pp. 2 ss.
[10] M. SANTINI, *La nuova conferenza di servizi dopo la riforma Madia*, Roma, Dike, 2016.

termine, ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei sopraelencati requisiti, equivalgono ad assenso incondizionato.

Scaduti i termini, l'amministrazione procedente adotta la determinazione conclusiva del procedimento, in senso positivo oppure negativo, qualora la risultante della conferenza sia chiara ed inequivoca nell'uno o nell'altro senso.

La determinazione sarà positiva quando l'amministrazione procedente abbia acquisito esclusivamente atti di assenso – anche implicito – oppure quando ritenga che eventuali condizioni o prescrizioni possano essere accolte senza apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza; essa sarà invece negativa in presenza di uno o più atti di dissenso che non si ritengano superabili, con l'effetto di rigetto della domanda. Qualora ricorra questa ipotesi, nei procedimenti su istanza di parte, alla determinazione di conclusione negativa della conferenza sono attribuiti gli effetti della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex* art. 10-*bis*, legge n. 241/1990: l'amministrazione dovrà dunque trasmettere alle altre PP.AA. coinvolte le eventuali osservazioni presentate dall'interessato e motivare l'eventuale mancato accoglimento nell'ulteriore determinazione di conclusione della conferenza.

Da ultimo, all'art. 13, legge n. 120/2020, è previsto che, fino al 30 giugno 2023, in tutti i casi in cui debba essere indetta una conferenza di servizi decisoria di cui all'art. 14, comma 2, legge n. 241/1990, le amministrazioni procedenti possono adottare lo strumento della conferenza semplificata *ex* art. 14-*bis* della medesima legge: tutte le amministrazioni coinvolte debbono rilasciare le determinazioni di propria competenza entro il termine perentorio di sessanta giorni; è prevista la convocazione di un'unica riunione telematica, da parte dell'amministrazione procedente, di tutte le amministrazioni coinvolte entro trenta giorni decorrenti dalla scadenza del termine per il rilascio delle determinazioni delle singole amministrazioni, cui segue la stesura della determinazione motivata conclusiva della conferenza di servizi avverso la quale può essere proposta opposizione da parte delle amministrazioni dissenzienti di cui all'art. 14-*quinquies*, legge n. 241/1990. Si considera acquisito l'assenso incondizionato delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla riunione, che, pur partecipandovi, non abbiano espresso la propria posizione o che abbiano espresso un dissenso non motivato ovvero riferito a questioni non costituenti oggetto della conferenza.

Ex art. 13, comma 2, legge n. 120/2020, qualora sia necessario riconvocare la conferenza di servizi sul livello successivo di progettazione, tutti i termini sono ridotti della metà e tutti gli atti di autorizzazione, assenso, e i pareri comunque denominati, che siano eventualmente necessari in fase di esecuzione, sono rilasciati nel termine di sessanta giorni dalla richiesta.

3.1. (segue) la conferenza simultanea

La conferenza *simultanea* rappresenta il classico modello si conferenza di servizi: essa si svolge difatti in modalità sincrona, con la partecipazione contestuale, ove possibile anche in via telematica, dei rappresentanti delle amministrazioni competenti (art. 14-*ter*).

Indubbiamente, la presenza fisica di tutti i rappresentanti delle amministrazioni convocate costituisce un requisito indefettibile affinché possa svolgersi un reale confronto tra i diversi interessi da ponderare. Prima della riforma del 2016, tale assunto era sostenuto soltanto da una parte minoritaria della giurisprudenza[11], mentre l'orientamento maggioritario, in ossequio al principio di strumentalità delle forme, riteneva all'uopo valida anche la trasmissione di note scritte prima della riunione della conferenza[12], o addirittura dopo la riunione finale[13].

La conferenza simultanea ha carattere eventuale ed eccezionale: da un lato rappresenta lo sviluppo della conferenza semplificata, dall'altro può essere attivata direttamente nelle ipotesi più complesse. Nel primo caso, lo strumento è infatti attivabile in caso di fallimento della conferenza semplificata[14]; nel secondo si tratta

[11] Cons. Stato, sez. VI, sent. 30 gennaio 2004, n. 316.
[12] Cons. Stato, sez. V, sent. 18 dicembre 2015, n. 5748.
[13] TAR Puglia, Lecce, sez. I, sent. 21 luglio 2015, n. 2482.
[14] Nella specie, si tratta di casi di dissensi che l'amministrazione procedente ritiene possibile superare nel corso di una riunione in presenza (art. 14-*bis*, comma 6), oppure su richiesta motivata delle altre amministrazioni o del privato interessato (art. 14-*bis*, comma 7, secondo periodo). Nella prima ipotesi, la riunione si svolgerà nella data fissata, in via preventiva ed eventuale, già all'atto dell'indizione della conferenza semplificata, ovvero entro 10 giorni dalla scadenza del termine assegnato alle amministrazioni per rendere le proprie determinazioni, dunque tra il quarantacinquesimo ed il cinquantesimo giorno dall'indizione della conferenza; nella seconda ipotesi, la richiesta delle altre amministrazioni o del privato interessato deve essere avanzata entro il termine per richiedere integrazioni documentali o chiarimenti, e la riunione è convocata nei successivi 45 giorni.

invece di una valutazione discrezionale dell'amministrazione procedente che, per la particolare complessità della determinazione da assumere, può decidere di attivare direttamente una conferenza simultanea (art. 14-*bis*, comma 7, primo periodo), bypassando – per così dire – quella asincrona, utilizzata, come si è detto, in via ordinaria. In tale ipotesi, la riunione dovrà essere convocata entro 45 giorni dall'indizione della conferenza.

I lavori della conferenza devono concludersi non oltre 45 giorni dalla data della prima riunione (elevati a 90 in caso di amministrazioni preposte alla tutela d'interessi "sensibili") e ad essi possono essere invitati gli interessati, inclusi i soggetti proponenti il progetto eventualmente dedotto in conferenza (art. 14-*ter*, comma 6).

Inoltre, l'articolo 14, al comma 5, prevede che l'indizione della conferenza sia comunicata a tutti i soggetti di cui all'art. 7, legge n. 241/1990, al fine di consentire loro l'esercizio dei propri diritti partecipativi.

Ciascun ente è rappresentato da un unico soggetto abilitato ad esprimere, in maniera definitiva, univoca e vincolante, la posizione della propria amministrazione su tutte le decisioni di competenza della conferenza, anche indicando le modifiche progettuali eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. Nei casi in cui alla conferenza partecipino anche soggetti non statali, le amministrazioni statali sono rappresentate da un unico soggetto, abilitato ad esprimere la posizione di tutti i suddetti enti. Tale soggetto è nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, qualora si tratti di sole amministrazioni periferiche, dal prefetto. Una simile scelta del legislatore ci sembra alquanto sbilanciata nel senso dell'accentramento, dal momento che le diverse amministrazioni possono senza dubbio essere foriere di interessi molto diversificati tra loro, considerato che il rappresentante unico è chiamato ad interpretare ed esprimere anche le posizioni delle amministrazioni portatrici dei c.d. "interessi sensibili"[15]; insufficiente a controbilanciare questa prescrizione ci sembra la possibilità d'intervento in supporto al rappresentante unico, senza diritto di voto, per le altre amministrazioni da esso rappresentate.

Allo stesso modo, le Regioni e gli enti locali designano in autonomia i rappresentanti unici di tutte le amministrazioni ad essi riconducibili, nonché l'eventuale

[15] Si consideri, sul punto, R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2016.

propria partecipazione ai lavori della conferenza. E' dunque evidente che, nelle conferenze in cui partecipano anche amministrazioni non statali, risulta notevolmente ridotto il numero degli interlocutori abilitati ad esprimere il dissenso, ed il contrasto può avvenire soltanto tra livelli di governo diversi.

All'esito dell'ultima riunione, e comunque non oltre il termine finale di conclusione del procedimento, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza, sulla base delle *posizioni prevalenti* espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza. Il metodo di calcolo delle maggioranze impone di ponderare i voti in ragione del "livello d'importanza" delle amministrazioni coinvolte: si tratta di una regola flessibile, che consente di valutare in concreto l'importanza dell'apporto della singola autorità e la tipologia dell'eventuale dissenso[16]. Il criterio delle posizioni rilevanti acuisce il nodo problematico del rappresentante unico per livello di governo, si renderà difatti necessario prevedere forme di ponderazione della posizione costui espressa, tenendo adeguatamente in conto la pluralità di amministrazioni rappresentate.

Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero qualora, pur avendovi preso parte, non abbia espresso la propria posizione in modo univoco o abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

Per quanto concerne l'istituto della conferenza di servizi nell'ambito della Valutazione d'Impatto Ambientale (VIA) di competenza regionale, l'art. 24, legge n. 108/2021 sostituisce i commi da 7 a 7-*ter* dell'art. 27-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, prevedendo, al comma 7, la convocazione di una conferenza di servizi sincrona ai sensi dell'art. 14-*ter*, legge n. 241/1990 da parte dell'Autorità competente, alla quale partecipano il proponente e tutte le amministrazioni competenti o comunque potenzialmente interessate al rilascio del provvedimento di VIA e dei titoli abilitativi necessari alla realizzazione e all'esercizio del progetto richiesti dal proponente. Il termine di conclusione della conferenza è di novanta giorni decorrenti dalla data della prima riunione.

[16] Cons. Stato, sez. VI, sent. 21 ottobre 2013, n. 5084.

La determinazione motivata di conclusione della conferenza costituisce il provvedimento autorizzatorio unico regionale e comprende, recandone l'indicazione esplicita, il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto. Nel caso in cui il rilascio di titoli abilitativi settoriali sia compreso nell'ambito di un'autorizzazione unica, le amministrazioni competenti per i singoli atti di assenso partecipano alla conferenza e l'autorizzazione unica confluisce nel provvedimento autorizzatorio unico regionale.

Al comma 7-*bis* è previsto che, qualora in base alla normativa di settore per il rilascio di uno o più titoli abilitativi sia richiesto un livello progettuale esecutivo, oppure nei casi in cui la messa in esercizio dell'impianto o l'avvio dell'attività necessitino di verifiche, riesami o nulla osta successivi alla realizzazione dell'opera, l'amministrazione competente indica in sede di conferenza le condizioni da verificare, secondo un cronoprogramma stabilito nella conferenza stessa, per il rilascio del titolo definitivo. Le condizioni indicate dalla conferenza possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel corso del successivo procedimento per il rilascio del titolo definitivo.

Infine, al comma 7-*ter* è stabilito che laddove uno o più titoli compresi nella determinazione motivata di conclusione della conferenza di cui al comma 7 attribuiscano carattere di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, costituiscano variante agli strumenti urbanistici e vincolo preordinato all'esproprio, la determinazione conclusiva della conferenza ne dà atto.

4. La fase decisoria

La decisione conclusiva della conferenza è disciplinata dall'art. 14-*quater* della legge n. 241/1990: essa consiste in una determinazione motivata, adottata dall'amministrazione procedente, che *"sostituisce ad ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati"*.

Qualora si raggiunga l'unanimità, la decisione è immediatamente efficace; mentre, in caso di approvazione sulla base delle posizioni prevalenti, l'efficacia è

invece sospesa per il periodo utile all'eventuale esperimento, da parte delle amministrazioni dissenzienti "qualificate", del rimedio oppositivo ex art. 14-*quinquies*.

I termini di efficacia degli atti di assenso acquisiti nell'ambito della conferenza decorrono dalla data di comunicazione della determinazione motivata di conclusione della medesima.

La disciplina giuridica del potere di autotutela è ispirata al principio del *contrarius actus*, nel senso che le amministrazioni diverse da quella procedente, che hanno adottato atti endoprocedimentali in seno alla conferenza, non possono agire autonomamente in autotutela per far venir meno l'assenso espresso; altrimenti, sarebbe vanificata la disciplina in tema di dissenso o di mancata partecipazione alla conferenza. Spetta dunque alla sola amministrazione procedente, eventualmente dietro apposita richiesta di altro partecipante, valutare l'opportunità d'indire una nuova conferenza avente ad oggetto il riesame dell'atto adottato[17] secondo la disciplina dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento amministrativo, ovvero di revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, ma in quest'ultima ipotesi soltanto a condizione che l'amministrazione richiedente abbia partecipato alla conferenza di servizi o si sia espressa nei termini con atto motivato; nel primo caso, il potere di sollecitare l'annullamento d'ufficio è riconosciuto anche all'amministrazione inerte, essendovi alla base un superiore interesse al ripristino della legalità.

5. L'opposizione delle amministrazioni dissenzienti "qualificate"

La riforma del 2016 demanda direttamente alle amministrazioni dissenzienti l'opposizione, mentre in precedenza l'onere di rimessione al Consiglio dei ministri spettava all'amministrazione procedente. Risulta dunque invertito l'onere della mediazione tra posizioni prevalenti e posizioni dissenzienti qualificate, introducendosi un modello ibrido, composto da elementi propri del ricorso amministrativo

[17] Cons. Stato, sez. V, sent. 27 agosto 2014, n. 4374; id., sent. 18 dicembre 2012, n. 6505.

(l'opposizione) e dell'amministrazione per accordi (ricerca dell'intesa presso la Presidenza del Consiglio al fine di superare i dissensi)[18].

L'opposizione deve essere proposta entro 10 giorni dalla comunicazione della determinazione conclusiva: decorso inutilmente tale termine, la decisione della conferenza assume definitivamente efficacia.

Per le amministrazioni statali, legittimato all'opposizione è il ministro competente, mentre prima della riforma del 2016 l'onere di rimessione alla Presidenza del Consiglio spettava al singolo ufficio interessato: in tal modo, è evidente che la discrezionalità sull'esperimento della procedura di opposizione è traslata all'organo politico, facendo sorgere un problema di compatibilità con il principio di separazione tra politica e amministrazione[19].

Le amministrazioni qualificate sono individuate sulla base della natura dell'interesse sensibile curato (ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, incolumità pubblica dei cittadini) ovvero del peculiare carattere di autonomia (regioni e province autonome, nelle materie di propria competenza).

In ogni caso, è indispensabile aver espresso in modo inequivoco il proprio dissenso motivato prima della conclusione della conferenza[20].

L'opposizione si propone sempre al Presidente del Consiglio dei ministri, anche qualora siano coinvolte soltanto amministrazioni territoriali, ma sarebbe auspicabile, come tra l'altro suggerito dal Consiglio di Stato[21], l'istituzione di un meccanismo di componimento su base regionale, salva la possibilità di un successivo riesame a livello centrale.

La procedura si articola in due fasi: nella prima, la Presidenza del Consiglio indice, entro 15 giorni dalla ricezione dell'opposizione, una riunione con la partecipazione di tutte le amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza, nella quale i partecipanti formulano proposte sulla base del principio di leale collaborazione,

---

[18] In tal senso M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 2, pp. 129 ss.
[19] Cfr. L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1, 2016, p. 27.
[20] A tal proposito, vedasi S. AMOROSINO, *Il potere amministrativo di accertamento della "inammissibilità" del dissenso qualificato espresso nella conferenza dei servizi*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1, 2016, pp. 126 ss.
[21] Cons. Stato, Comm. spec., 7 aprile 2016, n. 890, p. 57.

per l'individuazione di una soluzione condivisa, destinata a sostituire la determinazione di conclusione della conferenza. Solo se alla conferenza abbiano partecipato amministrazioni regionale o provinciali e non si sia raggiunta un'intesa, può essere indetta, entro i successivi 15 giorni, una seconda riunione, da svolgersi con le medesime modalità e finalità della prima.

Qualora suddette riunioni portino ad un'intesa, l'amministrazione procedente adotta una nuova determinazione motivata di conclusione della conferenza; in caso contrario, la questione è rimessa al Consiglio dei ministri, cui possono prender parte i presidenti delle regioni o delle province autonome interessate.

Se il Consiglio dei ministri non accoglie l'opposizione, la determinazione motivata di conclusione della conferenza acquisisce definitivamente efficacia. Il Consiglio dei ministri può accogliere parzialmente l'opposizione e, anche sulla base degli esiti delle precedenti riunioni, modificare il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza.

6. Considerazioni conclusive

La riforma del 2016, in attuazione della legge Madia, ha semplificato le modalità procedurali di svolgimento della conferenza, ha fissato termini perentori per la conclusione delle singole fasi procedimentali ed ha ridotto le ipotesi di conferenza simultanea.

Per quanto concerne la semplificazione, riveste un ruolo cruciale l'istituzione del rappresentante unico, che ha consentito di eliminare il conflitto e la disaggregazione tra le diverse amministrazioni di pari livello di governo; tuttavia, come anticipato, siffatta soluzione rischia di comprimere troppo la pluralità d'interessi rappresentati dalle diverse amministrazioni, aprendo la via ad una riemersione del conflitto in sede *extra* procedimentale.

E' stata poi prevista dal legislatore del 2016 la modalità diacronica, mediante semplice scambio documentale, come regola, mentre a livello di eccezione la riunione in presenza delle diverse amministrazioni, circostanza storicamente determinante nel denominare l'istituto "conferenza": tale previsione si pone in controtendenza con la

ratio ispiratrice del 1990, che mirava a superare il modello delle determinazioni parallele di più amministrazioni; sembra infatti che sia stato "ripescato" il modello precedente, se non fosse per l'eventuale utilizzo degli strumenti informatici per lo scambio dei pareri, per l'applicazione del silenzio-assenso e per il possibile sviluppo in conferenza simultanea. Questo modello può ben funzionare per gestire le situazioni di minore rilevanza, con effettiva produzione di importanti effetti semplificatori; ma per quanto concerne invece le questioni più complesse, soprattutto se coinvolgenti interessi sensibili, molto spesso la conferenza semplificata è destinata a svilupparsi in conferenza simultanea, con conseguente duplicazione dei termini procedimentali[22].

In definitiva, l'istituto è destinato a produrre gli effetti sperati dal legislatore che lo ha spesso riformato – in particolar modo nel 2016 – e a non perdere centralità solo se l'impianto normativo sia accompagnato dalla predisposizione di un efficiente strumentario[23] che preveda un'adeguata informatizzazione delle procedure con adeguati percorsi di formazione del personale sul punto, un'accurata comunicazione istituzionale che instauri una rafforzata consapevolezza delle potenzialità degli strumenti di cooperazione, disincentivando comportamenti poco collaborativi o addirittura ostruzionistici degli amministratori e degli operatori pubblici.

[22] A tal riguardo, cfr. F. BOTTEON, *op. cit.*, p. 3.
[23] Così L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Smart metering: tra innovazione del settore elettrico e tutela del consumatore

di Michela Tresca*
21 ottobre 2021

Sommario: 1. Premessa: digitalizzazione e innovazione dei sistemi energetici. – 2. La digitalizzazione del settore elettrico: un ritorno alle origini. – 2.1. I più recenti interventi in materia di digitalizzazione. 3. Le tappe normative dello *smart metering*. – 3.1. Le priorità della normativa europea. – 3.1.1. L'implementazione dei contatori elettrici intelligenti negli Stati membri. – 3.1.2. Le criticità legate all'installazione dei contatori *Linky* in Francia. – 3.2. La via italiana allo *smart metering*. – 4. La nuova figura del consumatore di energia. – 5. Accesso all'informazione. – 6. Trattamenti automatizzati e protezione dei dati personali. – 7. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. Premessa: digitalizzazione e innovazione dei sistemi energetici

Il settore energetico è stato tra i primi ad impiegare le tecnologie digitali al fine di facilitare la gestione e il funzionamento delle reti, oltre che modernizzare gli impianti, ed è quello che ha realizzato negli ultimi anni un forte investimento nel digitale[1].

Oggi la digitalizzazione rappresenta lo strumento indispensabile in vista del raggiungimento degli obiettivi fissati in sede europea. All'interno del Pacchetto "Energia pulita per tutti gli europei"[2], che punta a una drastica trasformazione del sistema energetico con una transizione verso un'economia a basso contenuto di Co2 e basata sull'efficienza energetica, si prevedono misure rivolte tanto alle imprese europee, che dovranno essere più forti, innovative e competitive, quanto ai cittadini, ai

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia presso la LUISS Guido Carli.
[1] L. COZZI - V. FRANZA, *Digitalizzazione: una nuova era per l'energia?*, in *Equilibri*, 2/2019, 401.
[2] Si tratta del pacchetto legislativo adottato dalle istituzioni europee tra la fine del 2018 e la prima metà del 2019 - cd. "*Winter package"* o "*Clean energy package",* con il quale è stato definito il quadro regolatorio della governance dell'Unione per l'energia e il clima in vista del raggiungimento dei nuovi obiettivi europei fissati al 2030 e del percorso di decarbonizzazione entro il 2050.

quali si riconosce un ruolo centrale nella transizione energetica e che potranno, a tal fine, avvantaggiarsi proprio delle nuove tecnologie. Tra queste, potranno contribuire in maniera rilevante ad accelerare le politiche legate al cambiamento climatico l'Intelligenza Artificiale, la *blockchain*, l'*Internet of Things*, il 5G[3]. La gestione energetica sarà così affidata a sistemi informatici e a canali digitali, progettati al fine di comportare vantaggi per il singolo utente, oltre che per il sistema nel suo complesso[4].

In tale contesto, risulta centrale lo sviluppo di sistemi intelligenti[5], che costituisce un punto imprescindibile per l'implementazione di *smart grid*, nell'ottica della più generale evoluzione dei centri urbani in *smart cities*[6]. Un ruolo di primo piano nel processo di transizione del settore elettrico è, infatti, ricoperto dalla trasformazione della rete elettrica, che da rete passiva – ove il flusso di energia passa dal luogo di produzione a quello di consumo – diventa rete attiva (*smart grid* appunto), in cui i flussi di energia seguono un percorso discontinuo e bidirezionale[7]. Lo sviluppo di tali reti sarà determinato anche dall'impiego massivo di elettrodomestici *smart* e connessi alla rete, in grado di comunicare al fine di garantire un consumo personalizzato di energia[8].

Il ricorso alle tecnologie digitali nel settore energetico, oltre a fornire vantaggi in termini di efficienza delle centrali e delle reti, da cui discende una riduzione dei costi operativi e di manutenzione, comporta altresì modifiche più ampie a livello di sistema, giacché favorisce l'incontro tra domanda e offerta di energia[9].

Tali trasformazioni vanno di pari passo con la continua elettrificazione dei servizi energetici e con la crescita dell'impiego di fonti ad energia decentrata, che contribuiscono al passaggio ad un sistema non più unidirezionale e centralizzato (da produttore/distributore di energia a utente finale), bensì basato su un modello di

---

[3] La centralità del ricorso all'intelligenza artificiale e ai *big data* è evidenziata in un recente rapporto: AGENZIA EUROPEA PER L'AMBIENTE, *Verso un'Europa a inquinamento zero,* Lussemburgo, 2020, 62 s. In un precedente studio della Commissione Europea, *Digital Transformation Monitor - USA-China-EU plans for AI: where do we stand?*, 2018, si evidenzia come l'intelligenza artificiale potrebbe ridurre del 10% l'uso di energia elettrica, grazie alla possibilità di predire la domanda e la produzione della stessa.

[4] Per un'analisi sulle implicazioni della digitalizzazione nel settore elettrico, cfr. J-M. GLACHENT - N. ROSSETTO, *La digitalizzazione alle porte del settore elettrico*, in *Energia*, 2/2019, 62 ss., in cui vengono evidenziati, in particolare, tre gruppi di cambiamenti: cambiamenti infrastrutturali, cambiamenti nei mercati e le comunità digitali.

[5] Su cui v. L. DE SANTOLI, *Sviluppo di sistemi intelligenti per la decarbonizzazione dell'energia*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, 1/2017, 46 ss.

[6] C. MELONI - A. TUNDO - G. PAOLONI - F. ORSUCCI - F. CERVINI, *Dalla Smart Cities alla Smart Community*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, n. 1/2017, 40 ss.

[7] G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *federalismi.it*, 17 aprile 2019, 23.

[8] In base ai dati forniti dall'International Energy Agency, si prevede che entro il 2040, oltre 1 miliardo di famiglie e 11 miliardi di elettrodomestici intelligenti potrebbero essere interconnessi, grazie a contatori intelligenti e dispositivi digitali, cosa che permetterà di gestire le modalità e i tempi di scambio di elettricità attraverso la rete. Tali dati sono riportati da A. RE REBAUDENGO, *Innovazione tecnologica, chiave di volta per la transizione*, in *Energia, ambiente e innovazione*, 2/2020, 35.

[9] L. COZZI - V. FRANZA, *Digitalizzazione: una nuova era per l'energia?*, cit., 403 s. Sul ruolo centrale del digitale nell'ottica della transizione del settore energetico, cfr. A. RE REBAUDENGO, *Innovazione tecnologica, chiave di volta per la transizione*, cit., 34 ss.

generazione distribuita, ove l'energia viene prodotta e distribuita anche dagli stessi consumatori[10].

L'importanza della digitalizzazione del settore energetico si misura, quindi, in termini di sostenibilità – dal momento che le tecnologie operano a servizio delle energie rinnovabili – e di efficienza, dato che i grossisti e gli intermediari possono ridurre i costi operativi e di manutenzione, migliorare l'efficienza delle centrali e delle reti, riducendo le interruzioni e i periodi di inattività e allungando la durata operativa degli impianti.

Tutto questo è reso possibile grazie alla connettività, che permette di collegare, aggregare e controllare molteplici unità individuali di produzione di energia e di impianti che la consumano[11].

2. La digitalizzazione nel settore elettrico: un ritorno alle origini

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, l'impiego di tecnologie informatiche genera una profonda trasformazione del mercato elettrico.

Come noto, il settore dell'energia elettrica rientra storicamente tra gli esempi di monopolio naturale, dati gli elevati costi di duplicazione della rete, circostanza che spiega l'originaria scelta di un regime di esclusiva. In un simile contesto, non può essere sottovalutato il ruolo ricoperto dalle tecnologie digitali, che hanno permesso l'ingresso nel settore ad una pluralità di operatori, di pari passo con una consistente riduzione delle economie di scala nella produzione di energia elettrica e che ha condotto, di conseguenza, al superamento del regime tradizionale e all'apertura del mercato alla concorrenza[12]. Da tale circostanza risulta come la liberalizzazione del settore elettrico, al pari di altri settori, sia stata resa possibile proprio dall'innovazione tecnologica[13].

Con specifico riferimento al contesto europeo, la trasformazione del settore elettrico ha luogo in particolare nel corso degli anni '90, in cui vengono aperti alla concorrenza alcuni settori dell'industria elettrica, nella specie la produzione e la vendita

[10] Ancora, L. COZZI - V. FRANZA, op. ult. cit., 404. Sul passaggio alla generazione distribuita di energia, cfr. altresì G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, cit., spec. 21 ss.

[11] Tali aspetti sono ben delineati sempre da L. COZZI - V. FRANZA, *Digitalizzazione: una nuova era per l'energia?*, cit., 404.

[12] In questo senso, V.M. DE BELLIS, voce *Energia Elettrica*, in S. Cassese (diretto da*), Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. III, Giuffrè, 2006, 2189.

[13] T. FAVARO, *Regolare la "transizione emergetica": Stato, mercato, innovazione*, Padova, 2020, 31, che evidenzia come «lo sviluppo tecnologico ha inoltre consentito di scalfire il dogma dell'unicità della rete elettrica», con l'ingresso di una pluralità di operatori. L'ampio processo di riforma dei servizi pubblici negli anni'90, determinato dallo sviluppo tecnologico, è evidenziato da M. LOMBARDO, *I servizi di interesse economico generale nel settore dell'energia. Tra obblighi di servizio pubblico e regole di concorrenza*, in *I quaderni europei* – serie energia, *L'azione dell'Unione del settore dell'energia*, n. 1, gennaio 2012.

di energia[14]. Nel rinnovato contesto, diviene necessario garantire l'accesso senza discriminazioni[15].

Sempre in quel periodo, il ricorso a terminali elettronici e ad algoritmi per la formazione dei prezzi consente l'apertura dei primi mercati all'ingrosso di energia[16].

Come evidenziato in dottrina, l'innovazione tecnologica ha in realtà un impatto, ancora prima che sul versante della produzione e distribuzione di energia, su quello dei consumi, condizionando il modo di utilizzare l'elettricità[17].

2.1. I più recenti interventi in materia di digitalizzazione

Constatata la sinergia tra sviluppo tecnologico e sviluppo energetico, si può evidenziare come essa sia tanto forte da aver portato alcuni studiosi a rilevare la corrispondenza tra età tecnologiche e fasi energetiche, caratterizzate ognuna dall'impiego di determinate fonti[18].

Le tecnologie digitali accompagnano oggi una nuova fondamentale fase di sviluppo del settore elettrico, ponendosi come punto centrale della transizione energetica volta a limitare l'impiego di fonti fossili a favore di energie rinnovabili, al fine di raggiungere un impatto climatico zero[19]. Così le *Information Communication Technology* sono ora poste al servizio della sostenibilità ambientale e della riduzione dei consumi energetici.

---

[14] La prima fase nel processo comunitario di costituzione del mercato interno dell'energia è rappresentata dalla Direttiva 1990/377/CEE, concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, e la Direttiva 1990/547/CEE, concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti. Sarà poi con la Direttiva 1996/92/CE (c.d. "direttiva elettrica") che l'Unione europea richiede ai legislatori nazionali di introdurre elementi di concorrenzialità nel mercato elettrico, al fine di garantire un'apertura progressiva alla concorrenza. Per una ricostruzione del processo di apertura del mercato elettrico, cfr. A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Digesto disc. pubbl.*, 2005; S. OGGIANU, *Il processo di liberalizzazione dell'energia elettrica*, in E. Picozza - S.M. Sambri (a cura di), *Il diritto dell'energia*, Padova, 283 ss.; M. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 2013, 603 ss.

[15] V.M. DE BELLIS, voce *Energia Elettrica*, cit., 2189.

[16] J-M. GLACHENT - N. ROSSETTO, *La digitalizzazione alle porte del settore elettrico*, cit., 63 e s.

[17] T. FAVARO, *Regolare la "transizione energetica": Stato, mercato, innovazione*, cit., 31 s., che cita in proposito G. LANZAVECCHIA, *Progresso tecnico e innovazione*, in G. Zanetti (a cura di), *Storia dell'industria elettrica in Italia*, vol. V, Roma-Bari, Laterza, 1994, 521 ss.

[18] A. CLÒ, *Energia e clima. L'atra faccia della medaglia*, Bologna, 2017, 40, definisce la tecnologia come «chiave di volta» delle diverse transizioni energetiche che si sono succedute. Evidenzia ancora l'A.: «È il corso delle innovazioni tecnologiche […] che ha guidato i processi di sostituzione delle fonti, portando in ogni fase storica al dominio di una fonte sulle altre in ragione del nesso che la legava ai nuovi paradigmi tecnologici mentre poco vi influivano l'abbondanza o i prezzi relativi.» (43). Tra gli autori che hanno evidenziato il nesso tra evoluzioni tecnologiche ed energia, cfr. N. ROSENBERG, *Energia: la dimensione tecnologica*, in *Energia*, 4/1988, 23 ss.; nonché ID, *Exploring the Black Box: Technological Economics and History*, Cambridge, 1994.

[19] Sull'argomento, cfr. C. DELMASTRO - L. PAOLI - J. TATTINI, *Sfide tecnologiche per la decarbonizzazione*, in *Energia*, 4/2020, 24.

In proposito, va considerato il ruolo delle politiche pubbliche, le quali si servono delle tecnologie come strumenti di *governance* a favore della sostenibilità[20], oltre che gli interventi del legislatore, che riconoscono alla tecnologia un ruolo di primo piano verso la transizione energetica. Quest'ultima richiede, infatti, una profonda trasformazione delle forme di regolazione del mercato elettrico.

È in particolare a partire dai due pacchetti di misure presentati dalla Commissione europea nel 2015, e volti alla costituzione dell'Unione dell'energia e del Mercato Unico Digitale[21], che si può scorgere una certa integrazione tra politiche europee di promozione della digitalizzazione dell'economia e gli obiettivi energetici e ambientali[22].

Più di recente, le nuove tecnologie compaiono all'interno dell'ultimo Pacchetto "Energia pulita per tutti gli europei". Nella specie, innovazione e competitività costituiscono oggi una delle cinque dimensioni dell'Unione dell'energia, definite dalla Commissione europea[23]. Di particolare rilievo, rispetto a tale obiettivo, sono la Direttiva 2018/2022/UE sull'efficienza energetica e la Direttiva 2018/844/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia. Con specifico riferimento a quest'ultimo settore, viene incoraggiato il ricorso alle nuove tecnologie allo scopo di creare edifici *smart* che, di pari passo con lo sviluppo delle reti intelligenti, permettano di raggiungere l'obiettivo di una maggiore efficienza di prestazioni energetiche.

La centralità delle tecnologie digitali rispetto all'obiettivo della transizione energetica risulta poi chiaramente all'interno del *Green Deal* europeo[24]. Si tratta di una serie di proposte presentate dalla Commissione europea per trasformare le politiche dell'Unione in materia di clima, energia, trasporti e fiscalità e raggiungere, entro il 2030, una riduzione delle emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 e, in una prospettiva di più lungo periodo, raggiungere un impatto

---

[20] T. FAVARO, *Regolare la "transizione energetica": Stato, mercato, innovazione*, cit., 34.

[21] Rispettivamente: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, COM(2015) 80 def, del 25 febbraio 2015 e Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, del 6 maggio 2015.

[22] Così, F. DI PORTO, *Dalla convergenza digitale-energia l'evoluzione della specie: il consumatore iper-connesso*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2016, 60, che ravvisa una «*spiccata integrazione*, ancorché non una reale convergenza», indicando, nella specie, tre aree di convergenza tra ICT ed energia, ovvero tre ambiti di applicazione della tecnologia al fine del raggiungimento degli obiettivi energetici: efficienza e risparmio energetici; promozione dell'ambiente; rapporto tra consumatori e fornitori di energia. L'A. segnala come già nell'Agenda Digitale europea del 2010 non mancavano riferimenti ad aspetti energetici e in particolare veniva evidenziata l'importanza delle tecnologie digitali al fine del raggiungimento degli obiettivi ambientali.

[23] R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2019, 123.

[24] Su cui v. A. QUINTILIANI - M. CELINO - M. CHINNICI - F. IANNONE - A. MARIANO - G. BRACCO - S. MIGLIORI, *HPC e BigData: una nuova digitalizzazione per il New Green Deal*, in *Energia, ambiente e innovazione*, 2/2020, 116 ss.

climatico zero entro il 2050. Con specifico riferimento al settore dell'energia, viene indicato, tra i principi fondamentali, lo sviluppo di «un mercato dell'energia pienamente integrato, interconnesso e digitalizzato» e si richiamano, tra i principali obiettivi, la costruzione di sistemi energetici interconnessi e di reti meglio integrate per sostenere le fonti energetiche rinnovabili, nonché la promozione di tecnologie innovative e di una infrastruttura energetica moderna.

Al fine di raggiungere gli obiettivi posti in sede europea, l'Italia ha presentato il suo Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) per il periodo 2021-2030 che rappresenta uno degli strumenti centrali previsti dal *Winter Package*. Nel piano si fa a più riprese riferimento alla digitalizzazione del settore energetico, considerato l'"elemento innovativo" rispetto al passato, oltre che strumento fondamentale al fine di sfruttare le opportunità di rafforzamento della struttura produttiva nazionale che derivano dal programma di investimenti[25].

Digitalizzazione, innovazione e transizione ecologica compaiono, infine, tra gli assi portanti del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)[26], ove risulta una stretta connessione tra digitalizzazione e transizione verde e, quindi, tra obiettivi energetici e climatici, da un lato, e obiettivi di innovazione, dall'altro[27]. Si segnalano, in particolare all'interno della missione "Rivoluzione verde e transizione ecologica" investimenti volti al potenziamento e alla digitalizzazione delle infrastrutture di produzione dell'energia elettrica, tra i quali rientra il rafforzamento delle *smart grid*[28].

3. Le tappe normative dello *smart metering*

All'interno del processo di transizione energetica e di innovazione digitale del sistema elettrico, un ruolo centrale è rivestito dai misuratori intelligenti di energia elettrica (i c.d. "*smart meter*").

Si tratta di sistemi di telelettura e di telegestione di energia, che costituiscono il punto imprescindibile per garantire una trasformazione del settore.

---

[25] V. Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, *Piano nazionale integrato per l'energia e il clima*, dicembre 2019, 107.

[26] V., in proposito, la missione 2 del Piano nazionale di ripresa e resilienza presentato dal Governo alla Commissione europea il 30 aprile 2021, 131.

[27] Lo stretto legame tra obiettivi energetici e climatici e obiettivi di innovazione è espressamente messa in evidenza nel documento del Senato della Repubblica, nota breve n. 259 del marzo 2021, *La transizione ecologica nel Piano nazionale di ripresa e resilienza in Italia*. In esso si menziona espressamente l'importanza dell'introduzione degli *smart meter* al fine di conseguire gli obiettivi energetici e climatici europei.

[28] Nella specie, dei 23.78 mld di euro della missione M2C2 "Energie rinnovabili, idrogeno, rete e mobilità sostenibile", 4.11 mld sono previsti per potenziare e digitalizzare le infrastrutture di rete, di cui 3.61 mld per il rafforzamento delle *smart grid*.

Il misuratore di energia elettrica è, infatti, la prima interfaccia tra consumatore finale e venditori, oltre che sistema nel suo complesso, e rappresenta lo strumento di collegamento tra venditore e distributore di energia[29].

I contatori intelligenti permettono all'utente di visualizzare in tempo reale più quantità di energia elettrica rilevate e sono in grado di trasmettere a distanza le rilevazioni della misura dell'energia, congiuntamente ad altre informazioni relative all'utenza o al contratto di consumo[30]. È, quindi, evidente come tali misuratori seguano un paradigma completamente diverso rispetto ai sistemi di misurazione tradizionali di tipo elettromeccanico, che forniscono all'utente informazioni sul consumo complessivo, e comunque, solo in seguito all'intervento del letturista.

3.1. Le priorità della normativa europea

L'introduzione e l'implementazione di sistemi di misurazione intelligenti dell'energia elettrica è da tempo al centro delle politiche europee in materia di sostenibilità e di mercati energetici concorrenziali ed efficienti.

Al fine di garantire lo sviluppo di tali sistemi, si sono susseguiti una serie di interventi normativi che hanno progressivamente definito la disciplina della materia.

Già la Direttiva 2006/32/CE sull'efficienza degli usi finali di energia e i servizi energetici indicava, tra le misure per migliorare l'efficienza energetica, il ricorso diffuso a strumenti tecnologici, tra cui veniva fatta espressa menzione dei sistemi di misurazione elettronica[31].

Successivamente, con la Direttiva 2009/72/CE[32], nell'ambito del Terzo Pacchetto Energia, viene introdotta la nozione di "sistema interconnesso"[33] e, tra le misure poste a tutela del consumatore, si invitano gli Stati membri ad assicurare l'attuazione di sistemi di misurazione intelligenti. A tal proposito, si prevede la possibilità di ricorrere ad una valutazione economica sulla base della quale definire un calendario per l'attuazione. Detta Direttiva fissa poi l'obiettivo dell'80% di contatori elettrici intelligenti entro il 2020, qualora l'analisi costi/benefici risultasse positiva[34].

---

[29] M. DE MIN - L. LO SCHIAVO, *Un nuovo paradigma dei consumi elettrici per un consumatore più evoluto*, in L. AMMANNATI (a cura di), *La trasformazione energetica*, Torino, 2018, 142.
[30] *Ibidem.*
[31] Così, il considerando 28 della Direttiva 2006/32/CE, concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE del Consiglio. L'art. 13 dello stesso atto demandava agli Stati membri di garantire ai consumatori contatori individuali finalizzati alla misurazione del consumo energetico «che riflettano con precisione il loro consumo effettivo e forniscano informazioni sul tempo effettivo d'uso».
[32] Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE.
[33] Così, art. 2, punto 14, Direttiva 2009/72/CE, che lo definisce «un complesso di sistemi di trasmissione e di distribuzione collegati mediante uno o più interconnector».
[34] Tale obiettivo viene indicato nell'Allegato 1 "Misure sulla tutela dei consumatori", par. 2.

All'interno di tale quadro normativo, si inscrive la Comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2011, intitolata "Reti intelligenti: dall'innovazione all'introduzione", nella quale vengono individuate le azioni principali al fine di accelerare l'introduzione di reti intelligenti[35], obiettivo, quest'ultimo, rispetto al quale la Commissione si propone di predisporre orientamenti metodologici per l'elaborazione, da parte degli Stati membri, dei relativi piani di attuazione.

Va poi citata, più nello specifico, la Raccomandazione 2012/148/UE sui preparativi per l'introduzione dei sistemi di misurazione intelligenti che, tra l'altro, fornisce orientamenti al fine di svolgere la suddetta analisi costi-benefici, oltre che indicare i requisiti funzionali minimi comuni per i sistemi di misurazione intelligenti[36].

È poi la Direttiva 2012/27/UE in materia di efficienza energetica che, fissando il target del 20% di risparmio energetico entro il 2020, introduce una nuova definizione di "sistema di misurazione intelligente", così da evidenziare l'importanza dell'informazione e della trasmissione dei dati[37]. Vengono, inoltre, fornite indicazioni ulteriori sullo sviluppo e sui requisiti funzionali minimi dei sistemi di *smart metering*[38].

L'implementazione di sistemi di misurazione intelligenti costituisce tuttora uno degli strumenti delle politiche energetiche europee, nell'ottica del raggiungimento di una effettiva transizione energetica.

É proprio con il Pacchetto "Energia pulita per tutti gli europei" che l'Unione europea ha, da ultimo, fissato le priorità in materia di efficienza energetica, energie rinnovabili e mercato interno dell'energia.

Nell'ambito della recente riforma, vanno in particolare segnalate, ai fini della presente analisi, due atti che intervengono sulla Direttiva del 2012 in materia di efficienza energetica.

Si tratta, anzitutto, della Direttiva 2018/2002/UE[39] che, nello stabilire un quadro comune di misure per promuovere l'incremento dell'efficienza energetica del 20% entro il 2020 e di almeno il 32,5% entro il 2030, indica la data del 1° gennaio 2027

[35] A tal fine, vengono indicate le seguenti cinque azioni: 1. definire norme tecniche; 2. garantire la tutela dei dati dell'utenza; 3. istituire un quadro normativo che preveda incentivi alla diffusione delle reti intelligenti; 4. garantire un mercato al dettaglio aperto e competitivo, nell'interesse dei consumatori; 5. fornire un sostegno costante all'innovazione, a livello tecnologico e di sistema.

[36] La Commissione europea ha poi istituito un'apposita *task force* con il compito di fornire consulenza sugli orientamenti strategici e regolamentari necessari per la diffusione delle reti intelligenti in Europa. La *task force* ha pubblicato una relazione in cui sono illustrati i servizi, le funzioni e i vantaggi previsti, tutti condivisi dalle imprese, dalle autorità pubbliche e dalle organizzazioni dei consumatori.

[37] L'art. 2, n. 28, della Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica definisce "sistema di misurazione intelligente": «un sistema elettronico in grado di misurare il consumo di energia, fornendo informazioni rispetto ad un dispositivo convenzionale, e di trasmettere e ricevere dati utilizzando una forma di comunicazione elettronica».

[38] V. art. 9, Direttiva 2012/27/UE. Tale quadro normativo è completato dalla normativa tecnica. Il riferimento è alla Direttiva 2014/32/UE (*Measuring Instruments Directive* – detta anche "Direttiva MID") con la quale sono stati definiti i requisiti tecnici e di misurazione che devono essere soddisfatti dagli strumenti di misura commercializzati in Europa.

[39] Direttiva 2018/2002/UE che modifica la Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

come termine entro cui assicurare la capacità di lettura da remoto per tutti i contabilizzatori in uso.

Specifiche previsioni in materia di *smart metering* sono poi contenute all'interno della Direttiva 2019/944/UE relativa alle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica[40]. Nella specie, viene richiesto agli Stati membri e alle Autorità di regolazione di settore di incentivare gli operatori a ricorrere a sistemi di misurazione intelligenti interoperabili al fine di favorire la partecipazione attiva del cliente finale[41].

Spetta all'autorità competente l'elaborazione di un calendario con un orizzonte temporale di massimo dieci anni e si prescrive l'obiettivo di copertura pari all'80% dei clienti finali dotati di contatori intelligenti entro sette anni dalla valutazione positiva o entro il 2024 per gli Stati che hanno intrapreso l'introduzione sistematica dei contatori prima del luglio 2019[42].Vengono poi definite le funzionalità che i sistemi di *smart metering* devono soddisfare[43]. L'art. 21 della Direttiva prevede, inoltre, il diritto a un contatore intelligente anche nel caso in cui la valutazione costi-benefici sia risultata negativa e lo Stato membro non abbia provveduto a una introduzione sistematica di tali sistemi di misurazione.

Di contatori intelligenti si fa menzione anche nella Direttiva 2018/844/UE, che li contempla tra le tecnologie da impiegare al fine di garantire l'efficienza energetica negli edifici.

3.1.1. L'implementazione dei contatori elettrici intelligenti negli Stati membri

Come evidenziato, quindi, a partire dalla Terzo pacchetto energia del 2009, gli Stati membri sono stati chiamati a recepire nell'ordinamento interno disposizioni relative alla implementazione di contatori intelligenti nel settore elettrico.

Se almeno i tre quarti degli Stati ha accompagnato l'implementazione di strategie per la diffusione di *smart metering* con interventi normativi, la restante parte in realtà, nonostante abbia intrapreso il *roll out* dei contatori intelligenti, non ha adottato uno specifico quadro normativo in materia. Tale assenza non corrisponde, tuttavia, a un impegno minore verso l'implementazione di dette tecnologie. È il caso della Croazia e della Slovenia, rispetto alle quali, a fronte dell'assenza di uno specifico quadro normativo, si registra una significativa attività da parte degli operatori locali nell'implementazione di *smart grid*[44].

---

[40] Anche la Direttiva 2019/944/UE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica interviene sulla Direttiva 2012/27/UE.
[41] Art. 19, Direttiva 2014/944/UE.
[42] Così, l'Allegato II della stessa Direttiva.
[43] Art. 20, Direttiva 2019/944/UE.
[44] Questi dati sono tratti da EUROPEAN COMMISSION, *Benchmarking smart metering deployment in the EU-28*, Final Report, December 2019, spec. 35 ss.

Per quanto riguarda il livello raggiunto nella installazione degli *smart meter*, solo alcuni Stati (Svezia, Finlandia, Italia, Estonia, Malta e Spagna) vantano già da alcuni anni una introduzione su larga scala. Altri (tra cui Danimarca, Austria, Slovenia, Regno Unito, Francia, Lussemburgo, Polonia, Grecia, Olanda) si sono posti, nell'ultimo anno, l'obiettivo di raggiungere, e in parte superare, la copertura dell'80% degli utenti[45].

Dati divergenti tra i vari Stati membri si registrano anche per quel che concerne le analisi costi-benefici richieste dalla normativa europea, risultate negative al 2018 per ancora quattro Stati membri (Bulgaria, Repubblica ceca, Germania, Irlanda).

I prossimi anni saranno, quindi, fondamentali al fine di raggiungere un quadro il più possibile uniforme in tutta l'Unione.

3.1.2. Le criticità legate all'installazione dei contatori *Linky* in Francia

Un caso interessante di studio è rappresentato dalla Francia, che non rientra tra i primi paesi ad aver raggiunto la copertura dell'80% della popolazione, ma che ha posto entro il 2021 l'ambizioso obiettivo dell'installazione di 35 milioni di dispositivi.

Il primo intervento normativo sui contatori intelligenti nel settore elettrico è la legge n. 781 del 2005, seguita da vari interventi attuativi[46].

Negli ultimi mesi del 2015 l'allora Ministro dell'Ambiente Ségolène Royale ha presentato i contatori elettrici intelligenti *Linky*, che avevano trovato una formalizzazione, a livello normativo, nella legge sulla transizione energetica per la crescita verde dell'agosto dello stesso anno[47].

Sin dall'inizio, il governo francese e il fornitore Enedis hanno dovuto affrontare forti contrasti in merito all'installazione di detti contatori. Le ragioni dell'ampio dibattito instauratosi intorno ai contatoti *Linky* sono molteplici, sebbene la principale preoccupazione sia da ravvisare nei rischi sanitari legati alle onde elettromagnetiche emesse da detti strumenti. A tale principale motivo di contrasto all'installazione di *smart meter*, si aggiungono ragioni legate ai rischi per la vita privata e per la sicurezza dei dati personali; ai rischi socio-economici, ravvisati nella perdita di posti di lavoro derivante dalla automatizzazione dei processi e nell'aumento di costi di fatturazione per i consumatori; ai rischi sull'impatto ecologico e sulla sicurezza delle apparecchiature, con particolare riferimento alla possibilità di generare incendi o interferenze con altri dispositivi intelligenti presenti nelle abitazioni[48].

---

[45] *Ivi*, 59 ss.

[46] Sull'implementazione degli *smart meter* in Francia, cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Supporting Country Fiches accompanying the report Benchmarking smart metering deployment in the EU-28*, December 2019, 106 ss.

[47] LOI n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Sull'implementazione dei contatori *Linky*, cfr. Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, *Le déploiement du compteur Linky*, Rapport n° 010655-01, Janvier 2017.

[48] Di « cinq pôle thématiques » parlano L. DRAETTA - B. TAVNER, *De la « fronde anti-Linky » à la justification écologique du* smart metering *: retour sur la genèse d'un projet controversé*, in *Lien social*

Molto forte è stato, in particolare, il dibattito intorno alla questione relativa al rispetto della *privacy* e della protezione dei dati personali generati da detti contatori.

Sul punto, è intervenuta anche la CNIL, l'Autorità francese di protezione dei dati, che nel febbraio 2020 ha constatato che i contatori *Linky* non raccogliessero un consenso sufficientemente specifico e chiaro da parte dei consumatori e che la durata della conservazione dei dati trattati fosse eccessiva rispetto alle finalità del trattamento, in contrasto con il quadro disegnato dal *General data protection Regulation* (GDPR)[49].

Il caso si è concluso con la chiusura della diffida che era stata rivolta al fornitore da parte dell'Autorità di settore, dal momento che il primo ha previsto una nuova procedura di consenso, oltre ad aver implementato una nuova *policy* di conservazione, che presenta ora dei periodi di conservazione proporzionati alle finalità per le quali i dati vengono elaborati[50].

2.2. La via italiana allo *smart metering*

Se si guarda all'implementazione di sistemi di *smart metering*, l'Italia rappresenta senza dubbio un esempio virtuoso. Primo, tra gli Stati europei, ad introdurre su larga scala contatori elettrici intelligenti, il nostro paese mantiene ancora il primato a livello mondiale per numero di *smart meter* in servizio (oltre 35 milioni)[51].

L'installazione dei contatori elettrici di prima generazione (1G) è iniziata nel 2001, come iniziativa volontaria di Enel distribuzione S.p.a (oggi e-distribuzione S.p.a), seguita poi da altri distributori[52], ben prima quindi che l'Unione europea imponesse degli obiettivi di copertura e che definisse un quadro normativo in materia.

Anzi, sarà proprio sulla base dei risultati raggiunti dall'Italia, e da pochi altri paesi, che l'Ue porrà l'obiettivo dell'80% di contatori elettrici telegestiti da raggiungere entro il 2020 in tutti gli Stati membri, a seguito di un'analisi costi-benefici[53].

Questa prima tappa è stata seguita, nel 2006, dall'intervento dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) che, con Delibera 292/2006, ha

---

et Politiques, 2019, 58, a cui si rimanda per un'analisi in merito all'origine dell'opposizione pubblica e al ruolo svolto dai media rispetto al caso *Linky*.

[49] La CNIL è intervenuta la prima volta nel 2019 con una diffida delle società EDF ed ENGIE: Décision n° MED 2019-035 du 31 décembre 2019 mettant en demeure la société ÉLECTRICITÉ DE FRANCE (EDF), disponibile al link https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000041552962/.
Per un'analisi più approfondita delle questioni legate alla protezione dei dati si rimanda *infra*, par. 6.

[50] CNIL, *Décision MED-2019-036 du 4 mai 2021, Clôture de la décision n°MED-2019-036 du 31 décembre 2019 mettant en demeure la société ENGIE.*

[51] EUROPEAN COMMISSION, *Benchmarking smart metering deployment in the EU-28*, cit., 120.

[52] ARERA, *Sistemi* di smart metering *di seconda generazione (2G) per la misura di energia elettrica in bassa tensione. Disposizioni per le imprese distributrici che servono fino a 100.000 punti di prelievo*, Doc. 360/2020/E/eel del 6 ottobre 2020, 4.

[53] Come si è detto, tale obiettivo è stato fissato con la Direttiva 2009/72/UE. Sul punto, cfr. M. DE MIN - L. LO SCHIAVO, *Un nuovo paradigma dei consumi elettrici per un consumatore più evoluto*, cit., 142.

imposto l'obbligo di installare gli *smart meter* di prima generazione e ha stabilito le caratteristiche tecniche degli stessi.

Tali interventi hanno permesso all'Italia di svolgere un ruolo da apripista nel processo di installazione e diffusione di misuratori elettrici e, in questo modo, di superare il target dell'80% e l'obiettivo temporale del 2020 fissati dalla Direttiva 2009/72/CE, riuscendo a raggiungere, già nel 2011, un tasso di penetrazione del 95%[54].

È in un quadro caratterizzato da un'ampia diffusione e implementazione di contatori elettrici intelligenti di prima generazione che si colloca il primo intervento normativo in materia, con il quale vengono poste le basi per lo sviluppo di una nuova generazione di contatori elettrici. Il d.lgs. 102/2014, in recepimento della Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, richiede infatti ad ARERA di definire le specifiche abilitanti degli *smart meter* di seconda generazione (2G)[55].

Va dato conto, in proposito, di un intervento costante di ARERA. Dal 2012 ad oggi, sono numerose le delibere emanate dall'Autorità di settore. Tra i più recenti interventi in materia, si può segnalare la Delibera 306/2019/R/eel con cui sono state aggiornate, per il triennio 2020-2023, le direttive per la predisposizione dei piani di messa in servizio dei misurati 2G entro il 2022, prevedendo la conclusione della fase massiva entro il 2025.

In particolare, e con riferimento alle tempistiche di attuazione, l'Autorità prevede che a partire dal 2022 le imprese distributrici che servono fino a 100.000 punti debbano installare solo misuratori 2G e si indica il 2025 come data entro la quale giungere al 90% di *smart meter* di seconda generazione.

Alcune modifiche transitorie per il 2020 sono state, da ultimo, disposte con la Delibera 213/2020/R/eel.

Novità in materia sono state poi introdotte con il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 73 che ha dato attuazione alla Direttiva 2018/2002/UE sull'efficienza energetica. Per quel che interessa in questa sede, il decreto prevede che debbano essere leggibili da remoto i contatori di fornitura, i sotto-contatori o i sistemi di contabilizzazione del calore individuali installati dopo il 25 ottobre 2020 e si individua la data del 1° gennaio 2027 come termine entro il quale tutti i predetti sistemi devono essere dotati di dispositivi che ne permettano la lettura da remoto[56].

3. La nuova figura del consumatore di energia

[54] Ancora, EUROPEAN COMMISSION, *Benchmarking smart metering deployment in the EU-28*, cit., 121.
[55] Così, art. 9, comma 3, d.lgs. 102/2014, come modificato dal d.lgs. 141/2016. In tal senso, l'Autorità ha proceduto con Delibera 87/2016/R/eel per la definizione delle funzionalità e delle caratteristiche dei contatori elettrici 2G, nonché con Delibera 646/2017/R/eel sul riconoscimento dei costi per la misura dell'energia in bassa tensione e per la messa in servizio degli *smart meter* 2G.
[56] Art. 9, comma 1, lett. c), d.lgs. 73/2020, che modifica l'art. 9 del d.lgs. 102/2014.

All'interno del più generale approccio europeo alla regolazione del consumatore – che negli ultimi decenni è passato dalla centralità di obblighi di informazione posti a capo delle imprese e degli operatori economici alla primazia riconosciuta al ruolo attivo del consumatore, grazie a una maggiore consapevolezza dello stesso anche dei propri diritti – si colloca la trasformazione del ruolo del consumatore energetico[57].

Le modifiche di approccio nella tutela del consumatore avvengono parallelamente alla liberalizzazione del settore elettrico, che consente, anzitutto, all'utente finale una maggiore scelta del proprio fornitore.

Gli interventi che si sono succeduti a livello europeo, nel delineare un nuovo approccio regolatorio volto a rafforzare la consapevolezza del consumatore, hanno posto al centro il ruolo attivo svolto da quest'ultimo, grazie anche agli strumenti messi a disposizione dallo sviluppo tecnologico[58].

Come si diceva, di pari passo con il progressivo processo di liberalizzazione che ha investito il settore energetico, l'intervento europeo è andato nel senso di riconoscere al consumatore una sempre maggiore autonomia nelle scelte da compiere tanto con riferimento al fornitore, quanto rispetto ai propri consumi, fino alla definizione di auto-approvvigionamento di energia[59].

Tale approccio è ben delineato all'interno della strategia dell'Unione dell'energia[60], nella Comunicazione "Un new deal per il consumatore dell'energia"[61] in cui vengono individuati tre pilastri di intervento: un maggior potere decisionale per i consumatori basato, appunto, su una migliore informazione; sistemi intelligenti applicati alle reti e in ambito domestico; gestione e protezione dei dati.

È chiaro come, nell'ambito della trasformazione del ruolo del consumatore energetico, si collocano i sistemi di misurazione intelligenti di energia che, mettendo a disposizione maggiori informazioni all'utente finale e permettendo, sulla base delle

---

[57] Per una ricostruzione dell'evoluzione che ha investito la regolazione del consumatore, cfr. L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Riv. trim. di Diritto dell'economia*, 1/2019, 8 ss.
Va segnalato come, nel senso di porre i consumatori di energia al centro del mercato elettrico, va la Direttiva 2019/944/UE, che parla di "clienti attivi" (art. 15), prescrivendo che gli Stati membri non debbano sottoporre gli stessi a requisiti tecnici o ammnistrativi.

[58] In questo senso, v. da ultimo, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un New Deal per i consumatori*, COM (2018) 183 final, dell'11 aprile 2018.

[59] L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, cit., 16.

[60] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, COM (2015) 80 final, del 25 febbraio 2015, in cui si sottolinea il posto di primo piano che devono ricoprire i cittadini, attivi nel processo di transizione energetica, e che grazie alle nuove tecnologie possano vedere una riduzione dei costi e una partecipazione attiva nel mercato.

[61] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un "new deal" per i consumatori di energia*, COM (2015) 339 final, del 15 luglio 2015.

stesse, di modificare le proprie abitudini di consumo, consentono un maggior controllo e un più ampio margine di scelta.

Ciò risulta ancora più evidente con l'introduzione di sistemi di misurazione di seconda generazione che permettono di avere una fatturazione basata su misure reali, di disporre di misure giornaliere sui consumi e, dal lato dell'offerta, di predisporre contratti con servizi personalizzati.

Difatti, i contatori 2G si caratterizzano per l'esistenza, a fianco al canale tradizionale di comunicazione rivolto al settore elettrico (*chain* 1) che ne risulta rafforzato, di un secondo canale in cui la comunicazione è rivolta allo stesso punto di prelievo/immissione e, dunque, all'utente finale, oltre che a terze parti da lui autorizzate (*chain* 2)[62]. Proprio l'esistenza di questo secondo canale, che permette di raccogliere dati che si avvicinano al momento dell'effettiva rilevazione, consente al consumatore di avere una maggiore consapevolezza del proprio consumo di energia[63]. Se con i precedenti dispositivi la lettura mensile dei consumi era rimessa ai gestori di rete, e i consumatori avevano accesso a semplici letture stimate contenute nelle bollette, con i contatori di ultima generazione gli utenti possono leggere in tempo reale i propri consumi elettrici.

Tale nuovo approccio risulta indispensabile all'interno dei più generali obiettivi di efficienza energetica posti in sede europea, dapprima con la Direttiva 2012/27/UE e, da ultimo, all'interno del *Winter Package*, con la Direttiva 2018/2002/UE.

Il ruolo attivo dei consumatori può essere considerato, quindi, uno dei tre punti di maggiore novità introdotti con il Pacchetto energia pulita per tutti gli europei, a fianco all'efficienza energetica e all'uso e alla regolazione delle energie rinnovabili[64]. Si tratta di un consumatore che dispone di informazioni sui costi, sui consumi e sull'offerta, al punto da divenire un attore indispensabile nel processo di transizione energetica.

3.1. Accesso all'informazione

La diffusione di contatori intelligenti, in particolare a partire dalla messa a punto di quelli di seconda generazione, ha permesso, al fornitore/distributore di energia di svolgere letture da remoto – oltre che offrire servizi innovativi personalizzati – e,

[62] Per una descrizione dettagliata sul funzionamento dei due canali e sull'impatto nei confronti del sistema di informazione, cfr. M. DE MIN - L. LO SCHIAVO, *Un nuovo paradigma dei consumi elettrici per un consumatore più evoluto*, cit., 145 ss.
[63] *Ivi*, 146 s.
[64] R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2019, 124 e 143 ss. Sulla centralità del consumatore nella più ampia strategia energetica europea, cfr. altresì L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, cit., 17. Sul ruolo centrale del consumatore e sulla sua trasformazione in "prosumer"; D. MURRU, *La regolazione dei prosumer*, in L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, cit., 159 ss.

all'utente finale, di poter visualizzare e consultare una grande quantità di dati, in tempo reale, sulla base dei quali orientare le proprie scelte di consumo.

I contatori di ultima generazione offrono, infatti, all'utente un'interfaccia con dati da visualizzare direttamente sul display o da trasferire a dispositivi esterni.

In tale contesto, cambia il ruolo svolto dall'informazione, non più volta solo a limitare l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto utente - imprese, quanto piuttosto a garantire un'"autodeterminazione informata" dell'utente[65].

Ciò ha certamente generato una forte aspettativa di accesso all'informazione da parte del cliente/utente, che tuttavia non ha sempre trovato un'adeguata risposta, in quanto non accompagnata da un adeguato sviluppo tecnologico[66].

Le istituzioni europee si sono mostrate consapevoli dell'importanza di rafforzare il diritto dei consumatori a «un accesso frequente, anche quasi in tempo reale, a informazioni parzialmente standardizzate, significative, precise e comprensibili sul consumo e sulle relative spese nonché sui tipi di fonti energetiche»[67].

In materia, è intervenuto anche il legislatore. La Direttiva 2012/27/UE conteneva disposizioni specifiche dedicate all'accesso all'informazione[68], trasposte a livello interno nel d.lgs. 102/2014[69]. In particolare, tale decreto ha previsto che i contatori intelligenti devono fornire agli utenti finali informazioni sul tempo effettivo di utilizzo e che, rispetto ai dati così generati e trattati, sia garantita la sicurezza e la riservatezza. È stato, altresì, previsto che detti contatori siano in grado di tener conto dell'energia immessa nella rete dagli utenti e che i dati relativi alla immissione e al prelievo di energia elettrica siano messi a disposizione del cliente finale o, su richiesta, di un soggetto terzo che agisce a suo nome[70].

---

[65] L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, cit., 15.

[66] Tale criticità è messa in evidenza da M. DE MIN - L. LO SCHIAVO, *Un nuovo paradigma dei consumi elettrici per un consumatore più evoluto*, cit., 143, i quali evidenziano la circostanza che il contatore non sia posizionato nel luogo in cui avvengono i consumi, che il display non sia *user-friendly* (dato che la consultazione delle diverse informazioni avviene "a scorrimento di lista" anziché seguendo una navigazione ad albero logico), che il processo di riconfigurazione sia lento, oltre che l'assenza di interoperabilità con terze parti.

[67] Così, Comunicazione della Commissione del 15 luglio 2015, *Un new deal per i consumatori di energia*, cit., 11. L'importanza di mettere a disposizione dei consumatori le informazioni necessarie al fine di svolgere un ruolo attivo, era stato già evidenziato in Pacchetto dell'Unione dell'energia, Comunicazione della Commissione, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, COM(2015) 80 final, del 25 febbraio 2015.

[68] Si tratta dell'art. 10, titolato "Informazioni sulla fatturazione" che disponeva la necessità che le informazioni sulla fatturazione fossero precise e fondate sul consumo reale oltre che la necessità, per gli Stai membri, di permettere all'utente di «accedere agevolmente a informazioni complementari sui consumi storici che consentano di effettuare controlli autonomi dettagliati». L'art. 11 "Costi dell'accesso alle informazioni sulla misurazione e sulla fatturazione" prevedeva la necessità di garantire l'adeguatezza e la gratuità dell'accesso all'informazione sulla misurazione e sulla fatturazione.

[69] Art. 9, d.lgs. 102/2014.

[70] M. DE MIN - L. LO SCHIAVO, *Un nuovo paradigma dei consumi elettrici per un consumatore più evoluto*, cit., 144.

Su tale quadro è da ultimo intervenuta la Direttiva 2018/2022/UE, recepita in Italia con il d.lgs. 73/2020, nella quale si sottolinea la necessità di modificare le disposizioni della precedente Direttiva in materia di informazioni relative al consumo di energia, affinché queste siano dettagliate e frequenti[71]. Oggi, il d.lgs. 102/2014 prevede espressamente che le informazioni sulla fatturazione bimestrali siano comunicate a titolo gratuito e che ai clienti debba essere data la possibilità di accedere gratuitamente e agevolmente alle informazioni sui consumi[72].

Ancora, con riferimento specifico al piano interno, con la legge di bilancio 2018 (l. n. 205 del 27 dicembre 2017)[73] è stato previsto, al fine di garantire l'accesso da parte degli utenti finali ai propri dati di consumo di energia elettrica e di gas, in maniera gratuita e senza oneri a loro carico, che l'accesso a tali dati avvenga per il tramite del Sistema informativo integrato (SII)[74]. È stato così previsto il Portale consumi, da cui gli utenti possono accedere ai dati sulle forniture di energia elettrica e di gas di cui sono titolari, tra cui rientrano i dati di consumo storici, oltre che informazioni tecniche e contrattuali. Qualora l'utente abbia a disposizione *smart meter* di seconda generazione, egli ha la possibilità di accedere, inoltre, a dati distinti per fascia e con granulometria integrata. Il portale è gestito da Acquirente Unico, secondo quanto stabilito da ARERA e in conformità alle indicazioni del Garante in materia di protezione dei dati personali[75].

Va, infine, segnalato l'ultimo Piano nazionale Integrato per l'Energia e il Clima, nel quale si evidenzia, rispetto agli *smart meter*, l'importanza di fornire ai consumatori le informazioni utili di comprensibilità e di monitoraggio[76].

In materia, è inoltre da considerare il ruolo svolto dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), con riferimento alle tecnologie e ai servizi di comunicazione che consentono il trasferimento automatico delle informazioni tra dispositivi con limitata interazione umana (c.d. *machine to machine*). In proposito, l'AGCOM ha avviato, a partire dal 2015, un'indagine conoscitiva attraverso la collaborazione di ARERA, in merito ai sistemi innovativi di distribuzione dell'energia

---

[71] Così, il considerando 30 della Direttiva 2018/2022/UE.

[72] Rispettivamente il punto 2 e 2-*bis* del sesto comma dell'art. 9, d.lgs. 102/2014, come modificato dal d.lgs.73/2020.

[73] L'art. 1, comma 8, l. 27 dicembre 2017, n. 2015 (legge di bilancio 2018) prevede che «entro il 1° luglio 2019, il soggetto gestore del Sistema informatico integrato […] provvede agli adeguamenti necessari per permettere ai clienti finali di accedere attraverso il Sistema medesimo ai dati riguardanti i propri consumi, senza oneri a loro carico. Le disposizioni per l'attuazione del primo periodo sono adottate con deliberazione dell'Autorità […], nel rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali, sentito il parere del Garante per la protezione dei dati personali».

[74] Il Sistema informativo integrato (SII), realizzato e gestito da Acquirente Unico, costituisce l'infrastruttura di gestione dei flussi informativi, tra distributori e venditori di energia elettrica e gas naturale in merito alle utenze e ai principali processi commerciali, come la voltura e lo *switching*.

[75] Il Garante in materia di protezione dei dati personali si è pronunciato, sul punto, con Parere 20 giugno 2019, Registro dei provvedimenti n. 131, con il quale è stato dato parere favorevole agli schemi della deliberazione, da parte dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, recante istituzione del Portale dei consumi di energia elettrica e di gas naturale e del relativo regolamento di funzionamento.

[76] Piano nazionale Integrato per l'Energia e il Clima, dicembre 2019, 200.

elettrica, tra cui rientra la definizione delle specifiche funzionali dei contatori intelligenti di energia elettrica in bassa tensione di seconda generazione[77].

L'importanza dell'accesso alle informazioni energetiche e del relativo sfruttamento è resa evidente da progetti nati al fine di raggiungere l'obiettivo di garantire la massima trasparenza e l'interscambio dei dati. Si può segnalare, in proposito, il progetto europeo EERAdata di cui è partner ENEA, che intende sviluppare una infrastruttura di gestione trasparente e integrata di dati energetici a livello europeo, al fine di monitorare e ideare nuovi percorsi di transizione sostenibili e così creare nuove opportunità in termini di innovazione[78]. Sempre in ambito energetico-ambientale, è inoltre da segnalare la piattaforma per la gestione dei *Big data* che provengono da infrastrutture *smart*[79].

Dato il livello di sviluppo tecnologico e di implementazione di strumenti in grado di acquisire dati e informazioni, non è sufficiente disporre di grandi quantità di dati, ma diviene oggi fondamentale sfruttare il loro potenziale grazie a una adeguata infrastruttura, alla garanzia di un migliore accesso ai dati e di un utilizzo responsabile degli stessi[80].

In proposito, la Commissione europea punta alla costruzione di spazi comuni europei di dati settoriali, in quei settori in cui lo sfruttamento dei dati ha un rilievo strategico, in modo da rendere disponibili grandi *pool* di dati in tali ambiti, affiancati da strumenti tecnici e infrastrutture per l'utilizzo e lo scambio di dati, oltre che da adeguati meccanismi di *governance*[81]. Con specifico riferimento al settore energetico, è prevista la creazione di uno spazio comune europeo di dati sul *Green Deal* (per sfruttare il potenziale dei dati a sostegno delle azioni in materia di cambiamenti

---

[77] AGCOM, Contributo alla consultazione pubblica 416/2015/R/eel recante i primi orientamenti in merito ai sistemi di *smart metering* di seconda generazione per la misura di energia elettrica in bassa tensione, in cui si sottolinea, tra i criteri generali per la progettazione di sistemi di *smart meter*, l'importanza di realizzare sistemi standardizzati, aperti e interoperabili. Sul punto, cfr. altresì Contributo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni alla consultazione pubblica 255/2015/R/eel recante i primi orientamenti in merito a sistemi innovativi di distribuzione dell'energia elettrica (*Smart Distribution System*). Inoltre, con la determina n. 6/16/SG del 4 marzo 2016, il Segretario Generale *ad interim* dell'AGCOM ha disposto la costituzione di un Gruppo di Lavoro al fine di analizzare le tecnologie di comunicazione dei dati nei sistemi di *smart metering.* I risultati possono essere consultati in: AGCOM, Esiti delle attività del Gruppo di Lavoro per l'analisi delle tecnologie di comunicazione dei dati nei sistemi di *smart metering*, disponibile al seguente link: https://www.agcom.it/documents/10179/6483408/Studio-Ricerca+06-12-2016/adc6b745-c456-45cb b356-af045a89f056?version=1.0.

[78] Per maggiori informazioni in merito al progetto, cfr. il seguente link: https://eeradata-project.eu/.

[79] Su questi progetti e sulla importanza dell'elaborazione di dati, v. A. QUINTILIANI - M. CELINO - M. CHINNICI - F. IANNONE - A. MARIANO - G. BRACCO - S. MIGLIORI, *HPC e BigData: una nuova digitalizzazione per il New Green Deal*, cit., 118 s.

[80] L'importanza di garantire un migliore accesso ai dati e un utilizzo responsabile è sottolineato nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una strategia europea per i dati*, COM (2020) 66 final, del 19 febbraio 2020, 5, in cui si evidenzia il ruolo fondamentale ricoperto dai dati nell'economia e nella società, al fine di – per quel che interessa in questa sede – garantire un consumo energetico più consapevole.

[81] Su cui, ancora, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una strategia europea per i dati*, cit., 24 s.

climatici, economia circolare, inquinamento zero, biodiversità, deforestazione e garanzia della conformità); uno spazio comune europeo di dati sull'energia (al fine di garantire una più ampia disponibilità e condivisione intersettoriale dei dati in maniera sicura, affidabile e incentrata sul cliente); oltre che uno spazio comune europeo di dati sulla mobilità (per sviluppare un sistema europeo di trasporto intelligente).

3.2. Trattamenti automatizzati e protezione dei dati personali

Dall'analisi sin qui svolta, emerge come le trasformazioni che stanno investendo il settore energetico siano strettamente connesse all'ampia circolazione di dati che vengono raccolti e sfruttati dalle nuove tecnologie.

Anzitutto, i consumatori di energia, attraverso gli strumenti di misurazione intelligenti, hanno a disposizione, e al tempo stesso forniscono, una grande quantità di informazioni sulle loro abitudini di consumo, siano esse riferite ad usi domestici o produttivi. Tali dati possono essere utilizzati al fine di ridurre i costi, ma anche gli sprechi, oltre che per compiere scelte attive in un'ottica di autoconsumo dell'energia.

Al tempo stesso, i fornitori e i distributori di energia possono utilizzare le informazioni rilevate per offrire servizi personalizzati, oltre che per valutare nuove occasioni di investimento o di produzione[82].

Dai dati sul consumo di energia, tra l'altro, si possono e si potranno sempre più generare in futuro informazioni sulle abitudini e sullo stile di vita dell'utente, come la conoscenza della sua presenza o meno nell'abitazione in cui è collocato il contatore e, più in generale, delle sue abitudini di vita.

Tale mole di dati, tra cui rientrano anche quelli personali, potrà essere sfruttata maggiormente grazie al ricorso a tecnologie quali l'Intelligenza Artificiale e la *blockchain*[83] che consentiranno non solo una maggiore performance dei contatori, ma anche un collegamento degli stessi con tutti i dispositivi *smart* dell'abitazione, in modo da combinare dati provenienti da svariate fonti.

Non possono essere sottovalutati, tuttavia, a fianco alle enormi potenzialità del flusso di informazioni così generato, i rischi per la sicurezza e la protezione di dati personali, con un impatto anche in altri settori. Si possono citare, a titolo esemplificativo, il rischio di discriminazione di prezzo o di profilazione per la pubblicità comportamentale.

Già da tempo le istituzioni europee hanno mostrato una forte consapevolezza in materia, tanto che negli interventi volti a promuovere la diffusione di contatori intelligenti, si riserva sin da subito una particolare attenzione alla riservatezza e alla

[82] F. GIGLIONI, *La "domanda" di amministrazione intelligente*, in *Istituzioni del federalismo*, 4/2015, 1051.
[83] Sul punto cfr. E. RIVA SANSEVERINO - P. GALLO - G. SCIUME' - G. ZIZZO, *Sovranità sui dati e tecnologia blockchain nel settore energetico*, in *federalismi.it*, 18 gennaio 2021.

protezione dei dati[84]. Inoltre, nel 2011 l'allora Gruppo art. 29 per la protezione dei dati[85] elaborò un parere al fine di fornire indicazioni in merito al quadro giuridico applicabile al trattamento dei dati personali operato attraverso gli *smart meter* nel settore energetico[86], seguito, a due anni di distanza, da un parere sul modello di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati[87]. Nel parere del 2011 si legge che qualora le informazioni prodotte e diffuse siano dati personali, ad esse si applica la normativa in materia di *privacy* (allora rappresentata dalla Direttiva 95/46/CE). Ciò comporta che i dati personali devono essere trattati lealmente e lecitamente, devono essere rilevati per finalità determinate e conservati soltanto per il tempo necessario a dette finalità. Perché il trattamento di dati personali sia lecito, si legge ancora nel parere, deve ricorrere almeno uni dei seguenti motivi: che vi sia il consenso dell'interessato (nel caso in cui il trattamento dei dati sia necessario per migliorare i servizi offerti all'interessato); il trattamento sia necessario all'esecuzione del contratto concluso con l'interessato (ad esempio per i dati sulla fatturazione); il trattamento risponda all'esecuzione di un compito nell'interesse pubblico oppure per l'esercizio dell'autorità pubblica (nel caso in cui il gestore della rete di elettricità nell'installare contatori elettrici intelligenti sia responsabile della riduzione globale dell'elettricità); vi sia un obbligo legale al quale risponde il gestore nella rete nella installazione dei contatori e nella raccolta dei dati; il trattamento risponde a un interesse legittimo del titolare.

Oggi, però, i contatori elettrici sono diversi da quelli allora disponibili e diverso è il quadro normativo di riferimento sulla protezione dei dati personali. Delle caratteristiche e delle potenzialità dell'ultima generazione di misuratori intelligenti si è già detto. Per quanto concerne la disciplina relativa alla *privacy*, è intervenuto, frattanto, il Regolamento 2016/679/UE (c.d. *General Data Protection Regulation* - GDPR) che ha innovato profondamento la materia.

Sebbene si facesse riferimento, anche nella vigenza della direttiva del 1995, alla necessità di una valutazione di impatto sul trattamento effettuato per il tramite di contatori intelligenti o ancora alla necessità di garantire la tutela della *privacy* sin dal momento della progettazione, non possono essere sottovalutate le novità introdotte dal GDPR. Nella specie, con tale atto si è passati ad un approccio proattivo, fondato

---

[84] Così la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Reti intelligenti: dall'innovazione all'introduzione*, COM (2011) 202 definitivo, del 12 aprile 2011, che dedica alla riservatezza e alla sicurezza dei dati il par. 2.2. Ancora maggiore spazio è riservato nella Raccomandazione 2012/148/UE della Commissione del 9 marzo 2012 sui preparativi per l'introduzione dei sistemi di misurazione intelligenti che dedica una sezione specifica alla sicurezza e alla protezione dei dati, fornendo agli Stati membri orientamenti per la progettazione dei sistemi di misurazione intelligenti.

[85] Il Gruppo art. 29, istituito sulla base dell'art. 29 della Direttiva 95/46/CE, era un organismo consultivo indipendente che riuniva le autorità nazionali di vigilanza e protezione dei dati, al fine di garantire una applicazione coerente della Direttiva stessa. Tale organo è stato oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati.

[86] Gruppo art. 29, WP 183, Parere 1/2011 sui contatori intelligenti (*smart metering*), del 4 aprile 2011.

[87] Gruppo art. 29, WP 209, Parere 7/2013, concernente il modello di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati per la rete intelligente e i sistemi di misurazione intelligenti ("modello di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati") elaborato dal gruppo di esperti n. 2 della *task force* della Commissione per le reti intelligenti, del 4 dicembre 2013.

sull'*accountability* e sulla responsabilizzazione del titolare del trattamento, basato su una logica di prevenzione dai rischi, piuttosto che un intervento successivo del titolare.

Si fa riferimento, in particolare, ai principi della *data protection by design* e *by default* che richiedono, rispettivamente, che si faccia ricorso a misure tecniche e organizzative adeguate alla protezione dei dati sia nel momento della scelta dei mezzi che del trattamento stesso (*privacy by design)* e che per impostazione predefinita siano trattati solo i dati necessari alla specifica finalità (*privacy by default*).

I trattamenti svolti per il tramite di contatori intelligenti rientrano senza dubbio tra quelli per i quali il Regolamento richiede di effettuare una valutazione di impatto[88], sebbene quest'ultima fosse richiesta, come detto, anche prima dell'entrata in vigore del GDPR.

Inoltre, tra le novità introdotte dal quadro europeo in materia di *privacy* e che rilevano per trattamenti effettuati per il tramite di contatori intelligenti, va evidenziato il riconoscimento di una serie di garanzie rispetto a processi automatizzati, compresa la profilazione. Nella specie, viene riconosciuto all'interessato il diritto a «non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»[89] a meno che la decisione non sia necessaria per la conclusione di un contratto, sia autorizzata dal diritto dell'Unione o di uno stato membro o si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

Di rilievo, risulta altresì la previsione contenuta nell'art. 20 del GDPR, relativa al diritto alla portabilità dei dati, ovvero il diritto riconosciuto all'utente di ottenere dal titolare del trattamento i dati personali forniti che lo riguardano e di trasmetterli, senza alcun impedimento, ad un altro titolare.

Inoltre, l'Unione europea ha di recente mostrato una grande attenzione, nella più generale Strategia europea per i dati, alla necessità di fornire ai cittadini un maggiore controllo sui propri dati e sulla conoscenza dei propri diritti, in modo da poter mettere ogni persona nella condizione di decidere cosa possa essere fatto dei dati e delle informazioni sul proprio conto che circolano in rete. Tra le azioni individuate dalla Commissione europea, compare proprio il rafforzamento del diritto alla portabilità, che con specifico riferimento al settore che qui ci interessa, significherebbe prevedere requisiti più stringenti per le interfacce di accesso ai dati in tempo reale e rendere obbligatori formati leggibili meccanicamente per i dati provenienti da elettrodomestici e dispositivi indossabili intelligenti[90]. In tal senso, novità dovrebbero essere introdotte

[88] La valutazione di impatto è prevista dall'art. 35 del Regolamento 2016/679/UE per quei trattamenti che possono rappresentare un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche, al fine di effettuare una analisi di eventuali rischi connessi al trattamento prima che questo abbia inizio. In materia, è poi intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali con il Provvedimento n. 467 dell'11 ottobre 2018, con il quale è stato redatto un elenco dei trattamenti che devono essere sottoposti a valutazione di impatto, oltre alle tre fattispecie generiche previste dal Regolamento europeo.
[89] Art. 22, Regolamento 2016/679/UE.
[90] Sul punto, cfr. ancora Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una strategia europea per i dati*,

dalla "legge sui dati", sottoposta a consultazione pubblica fino ai primi di settembre 2021.

Il quadro normativo sarà, infine, completato dal Regolamento *e-privacy*, che andrà a sostituire l'attuale Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Nella specie, andranno considerate le previsioni relative alla trasmissione di dati da macchina a macchina e all'internet delle cose, che avrà nei prossimi anni un'applicazione ampia nel settore energetico e che consentirà di sfruttare al massimo le potenzialità dei contatori elettrici intelligenti[91].

7. Considerazioni conclusive e prospettive future

Dall'analisi svolta è emerso il ruolo centrale rivestito dalle tecnologie digitali al fine del raggiungimento degli obiettivi di efficienza energetica e di transizione ecologica, che rappresentano gli assi portanti delle politiche europee e degli Stati membri. Tali priorità hanno trovato una maggiore spinta in seguito alla crisi pandemica causata dal Covid-19 e alla risposta europea alla crisi economica che ne è seguita, in cui il pacchetto di misure di sostegno, con lo stanziamento di fondi straordinari (*Next Generation* EU), è stato coniugato agli obiettivi di transizione ecologica (*Green Deal* europeo).

In particolare, si sono analizzate nel dettaglio le scelte e i vari interventi che accompagnano l'implementazione dei contatori elettrici intelligenti, che rappresentano degli strumenti essenziali nella ridefinizione del settore energetico e nella creazione di una rete elettrica attiva e bidirezionale.

Per quanto riguarda il nostro paese, il livello di implementazione e di sviluppo degli *smart meter* ha già raggiunto risultati soddisfacenti. In un simile contesto, le prospettive di sviluppo sono favorite dagli investimenti previsti dal PNRR, nel quale sono stati stanziati decine di miliardi di euro per la trasformazione "green", tra cui compaiono investimenti rivolti al rafforzamento delle *smart grid*. Ciò dovrebbe permettere di creare infrastrutture di distribuzione di energia elettrica resilienti, interconnesse e flessibili al servizio della decarbonizzazione.

Guardando all'Unione europea nel suo complesso, invece, gli Stati membri devono ancora lavorare al fine di evitare di procedere a più velocità e per sfruttare al massimo le opportunità offerte dalle tecnologie di *smart metering*[92]. Uno dei principali

---

COM (2020) 66 final, del 19 febbraio 2020, 23, in cui si evidenzia, tra l'altro, la centralità dei dati per far fronte alle sfide climatiche e ambientali e raggiungere gli obiettivi posti nel *Green Deal* europeo.

[91] Vedi, in particolare, considerando 12 della Proposta di Regolamento relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), del 10 gennaio 2017, in cui si afferma che il principio di riservatezza sancito nel Regolamento si applica anche alla trasmissione di comunicazioni da macchina a macchina.

[92] Tali preoccupazioni sono sottolineate in EUROPEAN COMMISSION, *Supporting Country Fiches accompanying the report Benchmarking smart metering deployment in the EU-28*, cit., 131, in cui si

ostacoli è rappresentato oggi dalle limitazioni alle funzionalità di detti strumenti imposte dagli Stati membri e che costituiscono un impedimento significativo alla interoperabilità dei contatori elettrici *smart* all'interno del mercato europeo[93].

Sullo sviluppo dei sistemi di misurazione intelligenti un ruolo centrale sarà ancora una volta ricoperto dallo sviluppo tecnologico che potrà permettere di avere strumenti sempre più all'avanguardia e interconnessi. In particolare, nel prossimo futuro la centralità dell'*Intenet of Things*, dell'Intelligenza Artificiale e della *blockchain*, faciliterà la connessione agli *smart meter* di altri dispositivi intelligenti e lo sfruttamento massivo dei dati così generati.

Tale sviluppo deve essere, però, sempre accompagnato da un quadro regolatorio e normativo adeguato, che consenta di sfruttare le potenzialità delle nuove tecnologie per il settore elettrico, senza lasciare da parte la tutela del consumatore.

legge: «due to this fragmentation, some economies of scale cannot be achieved, which limits/slows down the upscaling opportunities for European companies that can offer smart metering technologies/applications».

[93] *Ivi*, 133.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La localizzazione degli impianti FER da biometano: la bioenergia tra resistenze locali e la recente giurisprudenza amministrativa

di Cristiano Bevilacqua*

25 ottobre 2021

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il contesto normativo. – 3. F.E.R., Biogas e precisazioni terminologiche. – 4. Le dinamiche procedimentali e i chiarimenti giurisprudenziali per gli impianti per la produzione di bioenergia. – 5. Conclusioni: la bioenergia tra opportunità di sviluppo ed il ruolo degli enti locali.

1.Introduzione

Con l'avvento del Piano nazionale di ripresa e resilienza PNNR è stata incrementata la spinta per l'implementazione di impianti FER, in tale ambito la bioenergia che deriva da un'ampia gamma di materie prime, come la biomassa agricola silvicoltura e altri tipi di rifiuti biologici[1], può giocare un ruolo determinante.

Essa continua ad essere la principale fonte di energia rinnovabile nell'UE in termini di consumo finale, nonostante la rapida crescita di energia eolica e solare negli ultimi dieci anni.

La bioenergia (calore, elettricità e combustibili per i trasporti) ha contribuito 116 Mtep (59% di tutte le rinnovabili e 10% di tutte le fonti energetiche, all'energia finale lorda consumo nel 2016. In termini di utilizzo finale, il settore più grande è il riscaldamento e il raffrescamento (H&C), che rappresenta per circa il 75% di tutta la bioenergia consumata. La bioelettricità e i biocarburanti per i trasporti rappresentano il 13% e il 12% .

* Senior Lecturer in Public Law University Campus of Malta, Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso LUMSA Santa Silvia - Palermo.

[1] Residui colturali , rifiuti animali, colture energetiche, residui di taglio, sottoprodotti della lavorazione del legno, liquori dell'industria della cellulosa e della carta, legna da ardere, rifiuti alimentari, rifiuti dell'industria alimentare, la frazione organica dei rifiuti solidi urbani.

Germania, Francia, Italia, Svezia e Regno Unito sono i primi cinque Stati membri dell'UE per consumo interno di bioenergia secondo i dati più recenti, considerando sia la produzione interna che le importazioni dei vettori bioenergetici Questi paesi hanno anche registrato i più alti livelli di crescita del consumo di bioenergia nel periodo 2005-2016 Durante il quale il consumo di bioenergia nell'UE è aumentato di oltre il 60%. D'altro canto, i paesi scandinavi e baltici, oltre all'Austria, sono i maggiori consumatori su base pro capite[2].

All'interno del settore della bioenergia, la bioelettricità ha registrato la crescita relativa più significativa in questo periodo (aumento di circa il 160% a livello dell'UE) grazie a vari regimi di sostegno. Nel 2016, Germania, Regno Unito, Italia, Finlandia e Svezia sono stati i maggiori consumatori di bioelettricità e Germania, Francia, Svezia, Italia e Finlandia i maggiori consumatori di bioriscaldamento.

I biocarburanti per il settore dei trasporti sono consumati principalmente in Francia, Germania, Svezia, Spagna, Italia e Regno Unito, con un ampio divario tra il loro consumo e quello del resto degli Stati membri.

Il trend di richiesta di tali impianti continua a crescere e il PNNR spinge verso tale incremento, ciò non può che richiedere una regolamentazione allineata con tale tendenza attraverso procedimenti amministrativi chiari e celeri.

A fronte di tale crescita, però, si pone la pluralità e, spesso, la reciproca conflittualità degli interessi che sorgono e si manifestano in relazione alla localizzazione e alla realizzazione degli impianti.

Inoltre non si può prescindere dal ruolo degli enti locali che costituiscono il livello di governo il più vicino a cittadini e il primo tenuto alla tutela e alla soddisfazione dei loro interessi e delle pluralità di istanze che provengono dal territorio stesso[3], istanze che tendono a riversarsi in singoli procedimenti amministrativi in maniera disorganica, portando frequentemente a successivi contenziosi anche tra amministrazione di livello diverso ma coinvolte ex lege nelle scelte relative a tali impianti.

---

[2] AA.VV, *Incentivare lo Sviluppo della bioeconomia*, in *Riv. Rurale dell'UE* , n.28- Agosto 2019, https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/enrd_publications/publi-enrd-rr28-2019-it_pdf.pdf

[3] Cfr. F. STADERINI – P. CARETTI – P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Torino, 2011, 10, ad avviso dei quali, pure se la nozione di ente locale sia applicabile a una pluralità di enti differenti, essa in difetto di altre e differenti indicazioni derivanti dal contesto letterale e sistematico in cui la nozione stessa è utilizzata, deve riferirsi agli enti che operano prevalentemente su un piano locale e che siano destinati a curare interessi aventi una dimensione locale. Sulla nozione di enti locali territoriali. Cfr. G.C. DE MARTIN, *Enti pubblici territoriali*, in *Dig. pubbl., Agg*., Torino, 2011, 290 ss. Ed E. DI MARCO, *Comune, in Enc. dir*., Agg. IV, Milano, 2000, 257; L. GIOVENCO – A. ROMANO, *L'ordinamento comunale*, Milano, 1994, 8 si v. altresì G. VESPERINI, *Enti locali*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2212; A. MASUCCI, *Enti locali territoriali*, in Enc. dir., Vol. XIV, 1965, 975 e ss.; L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi, in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, 607 e ss.; R. ALESSI, *Intorno alla nozione di ente territoriale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, 290 ss.; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 176 e ss.

2. Il contesto normativo

La fonte principale recante la disciplina procedimentale relativa agli impianti di cui si tratta è contenuta nel Decreto Legislativo n. 387/03, in particolare all'articolo 12, che stabilisce il procedimento da seguire per il rilascio di autorizzazioni alla costruzione ed esercizio degli impianti da fonte rinnovabili e rinvia ad un decreto ministeriale recante le "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili".

A tal proposito già nel Piano di Azione Nazionale per le fonti rinnovabili inviato dall'Italia alla Commissione Europea in adempimento a quanto previsto dalla Direttiva 2009/28/CE (Direttiva Fonti Rinnovabili), veniva messa in luce la complessità del quadro legislativo italiano in materia di "Energia" e "Autorizzazioni" anche a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 e della delega di molte competenze agli Enti locali, causa di un'elevata frammentazione del contesto normativo che ha rallentato, di fatto, la diffusione degli impianti alimentati a fonti rinnovabili.

Le Linee Guida Nazionali previste dall'articolo 12 del D.Lgs. n. 387/2003 e approvate con molto ritardo nel 2010, rappresentano lo strumento chiave per dare nuova congruenza al quadro legislativo.

Tale provvedimento, infatti, ha obbligato le Regioni ad adeguare la propria disciplina in materia di "Autorizzazioni", salvo applicare direttamente quando previsto nel documento nazionale decorso tale termine.

La successiva approvazione del Decreto Legislativo 28/2011 di recepimento della Direttiva Fonti Rinnovabili ha ulteriormente contribuito a ridefinire il contesto normativo di settore.

Al fine di rendere le procedure autorizzative proporzionate e necessarie, nonché semplificate e accelerate al livello amministrativo adeguato così come richiesto dal dettato europeo, sono state ridisegnate le procedure e gli iter autorizzativi per la realizzazione di impianti alimentati a fonti rinnovabili.

Nelle Linee Guida, così come integrate e modificate dal D.lgs. 28/2011, è stato stabilito l'elenco degli atti che rappresentano i contenuti minimi indispensabili per superare positivamente l'iter autorizzativo e vengono chiarite le procedure che ogni impianto, in base alla fonte e alla potenza installata, deve affrontare per ottenere l'autorizzazione.

I singoli interventi, a seconda della dimensione e della potenza installata, possono essere sottoposti a Comunicazione, Procedura Abilitativa Semplificata (P.A.S.) o Autorizzazione Unica (A.U.). Le autorizzazioni indicate dovranno essere corredate, laddove necessario, da tutti i provvedimenti di concessione, autorizzazione, valutazione di impatto ambientale e paesaggistico

La comunicazione al Comune costituisce il titolo autorizzativo previsto per l'installazione di impianti assimilabili alla cd "attività edilizia libera", introdotta dal D.Lgs. 115/2008 per semplificare l'iter autorizzativo di alcune tipologie di piccoli

impianti a fonti rinnovabili, ed ampliata nel suo campo d'azione con l'approvazione della Legge 73/2010 di conversione del D.L. 40/2010. Attualmente è sufficiente la presentazione della semplice Comunicazione dell'inizio dei lavori da parte dei soggetti interessato (laddove possibile, per via telematica) al Comune per la realizzazione degli impianti di modeste dimensioni e con un ridotto impatto.

Si tratta quindi di impianti compatibili con il regime di scambio sul posto[4], nonché di microgenerazione (fino a 50kW), ai sensi del punto 12 delle Linee guida nazionali (DM 10/09/2010) considerati interventi rientranti nell'edilizia libera, realizzabili previa comunicazione, secondo quanto disposto dai punti 11.9 e 11.10 delle linee guida stesse, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori da parte dell'interessato all'amministrazione comunale[5].

L'autorizzazione unica[6], definita unica in quanto essa sostituisce e tiene luogo di una pluralità di atti abilitativi[7], è disciplinata dall'art. 12 del d.lgs. 387/2003 secondo cui

---

[4] Il servizio di Scambio sul Posto è una forma di autoconsumo in loco che consente di compensare l'energia elettrica prodotta e immessa in rete in un certo momento con quella prelevata e consumata in un momento differente da quello in cui avviene la produzione.

[5] con le seguenti caratteristiche:
- singoli generatori eolici con altezza complessiva non superiore a 1,5 metri e diametro non superiore a 1 metro;
- impianti solari termici o fotovoltaici aderenti o integrati nei tetti degli edifici con la stessa inclinazione e lo stesso orientamento della falda e i cui componenti non modificano la sagoma degli edifici stessi, fatta salva l'applicazione delle disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs.42/2004) nei casi previsti;
- unità di microcogenerazione ad alto rendimento di potenza non superiore a 50 kW elettrici (Articolo 27, comma 20, della legge 99/2009);
- torri anemometriche realizzate mediante strutture mobili, semifisse o comunque amovibili su aree non soggette a vincolo o a tutela finalizzate alla misurazione temporanea del vento (fino a 36 mesi, entro un mese dalla conclusione il soggetto titolare deve rimuovere le apparecchiature ripristinando lo stato dei luoghi), a condizione che vi sia il consenso del proprietario del fondo;
- impianti a fonti rinnovabili compatibili con il regime di scambio sul posto (SSP) che non alterino i volumi, le superfici, le destinazioni d'uso, il numero delle unità immobiliari, non implichino un incremento dei parametri urbanistici e non riguardino le parti strutturali dell'edificio; in caso di impianto fotovoltaico l'impianto non può essere realizzato all'interno dei centri storici (zona A dei Piani Regolatori Generali).

[6] L'autorizzazione unica ricomprende non solo l'impianto ma, anche, le opere connesse, tra le quali i servizi ausiliari di impianto e le opere necessarie alla connessione alla rete elettrica. Sull'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. 387/2003 si v. A. MARZANTI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili, in Riv. giur. amb*., 2012, 499 ss.; F. ARECCO, *Autorizzazione di impianti di produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili*, in F.ARECCO – G. DALL'Ò (a cura di), *Energia sostenibile e fonti rinnovabili*, Milano, 2012, 355 ss.; F. DI DIO, *D.Lgs. 28/2011: il nuovo regime «speciale» delle autorizzazioni per impianti da fonti rinnovabili in Amb.&Svil.*, 2011, 564 ss.; C. VIVIANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, in Urb. e app*., 2011, 775 ss.; G.PIZZANELLI, *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del principio di integrazione*, C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010, 85 ss.; F. NICOLETTI, *Lo sviluppo e la promozione dell'energia elettrica prodotta fa foni rinnovabili alla luce del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, in Dir. ed econ*.,2004, 367 ss.

[7] Essi sono individuati, in via indicativa dall'Allegato 2 delle Linee guida secondo cui l'autorizzazione unica tiene luogo dell'autorizzazione integrata ambientale; dell'autorizzazione paesaggistica; della valutazione di impatto ambientale; dell'autorizzazione alle emissioni in atmosfera; dell'autorizzazione alla gestione dei rifiuti; del permesso di costruire; del parere di conformità del progetto alla normativa di

"*la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, interventi di modifica, potenzialmente, rifacimento totale parziale di attivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico*"[8].

Secondo l'art. 5 del d.lgs. 28/2011 al predetto provvedimento abilitativo sono assoggettati tutti gli impianti che, per tipologia e caratteristiche, non sono riconducibili alla Procedura abilitativi semplificata o all'attività di edilizia libera[9].

Un aspetto rilevante della previsione normativa e che manifesta l'attenzione e l'importanza che il legislatore attribuisce a tali impianti, è costituito dalla natura di variante urbanistica assunta dall'autorizzazione e l'automatica dichiarazione di pubblica utilità delle opere da eseguire, con conseguente apposizione del vincolo preordinato all'esproprio sui terreni interessati.

Ai sensi dell'art. 12, comma 4, l'autorizzazione è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241[10].

Il procedimento deve concludersi con il rilascio dell'autorizzazione unica entro il termine di 90 giorni dalla presentazione dell'istanza, salvo eventuali sospensioni dovute alla richiesta di integrazioni documentali, alla verifica di assoggettabilità o alla

---

prevenzione incendi; del nulla osta delle Forze Armate per le servitù militari e per la sicurezza del volo a bassa quota; del nulla osta idrogeologico; del nulla osta sismico; del nulla osta per la sicurezza del volo; del mutamento temporaneo di destinazione dei terreni destinati a uso civico; dell'autorizzazione al taglio degli alberi; della verifica di coerenza con i limiti alle emissioni sonore; del nulla osta previsto dall'art. 95 del Codice delle comunicazioni (d.lgs. 259/2003); dell'autorizzazione all'attraversamento e all'uso delle strade ai sensi del Codice della strada; dell'autorizzazione agli scarichi rilasciata ai sensi del Codice dell'ambiente; del nullaosta minerario ai sensi dell'art. 120 del r.d. 1775/1933.

[8] l'art. 15 delle linee guida, per cui "*L'autorizzazione unica, conforme alla determinazione motivata di conclusione assunta all'esito dei lavori della conferenza di servizi, sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni coinvolte"*. Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 16 settembre 2013, n. 1261; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 29 luglio 2013, n. 1765; Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2011, n. 4454; Cons. Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1020 in www.giustizia-amministrativa.it . Il d.lgs. 46/2014, che ha riformato la parte del Codice dell'ambiente relativa all'autorizzazione integrata ambientale, ha escluso che questa vada a sostituire l'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. 387/2003.

[9] l'autorizzazione unica è necessaria per tutti gli impianti di potenza superiore a:
- 50 kW per l'eolico;
- 20 kW per il solare fotovoltaico;
- 100 kW per l'idraulica;
- 200 kW per le biomasse;
- 250 kW per i gasi di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas.

[10] Sono previsti inoltre eventuali subprocedimenti, che trovano la propria collocazione nella fase istruttoria, aventi ad oggetto il rilascio di titoli – autorizzazioni, titoli abilitativi o nullaosta – presupposti e richiesti nelle singole fattispecie, tra i quali figura in primo luogo l'eventuale procedimento valutazione di impatto ambientale, con sospensione medio tempore del procedimento principale.

valutazione di impatto ambientale[11].

La disciplina della procedura abilitativa semplificata, infine, è contenuta nell'art. 6 del d.lgs. 28/2011, e riguarda l'attività di costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza inferiore alle soglie e specificati dai paragrafi 11 e 12 delle linee guida[12].

Il procedimento prende le mosse dalla dichiarazione presentata al comune competente da parte del proprietario dell'immobile, o di chi ne abbia la disponibilità, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori.

Il comune, ove entro tale termine sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, è tenuto a notificare all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento ed ove non procedesse ad inibire la realizzazione dell'intervento decorso il termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione, l'attività di costruzione deve ritenersi assentita e l'intervento deve poi essere completata entro tre anni dal perfezionamento della procedura abilitativa semplificata.

A differenza di quanto avviene per l'autorizzazione unica, che sostituisce tutti i titoli, laddove per la realizzazione dell'intervento assoggettato a PAS siano richiesti altre autorizzazioni – quali concessioni di derivazione, autorizzazioni ambientali, paesaggistiche e di tutela dei beni culturali – sarà onere del privato allegarle alla dichiarazione, salvo che il comune non vi provveda direttamente.

3. F.E.R., Biogas e precisazioni terminologiche

Prima di proseguire appare utile effettuare anche una precisazione terminologica relativa agli impianti de quo.

Per biogas si intende un gas ricco in metano (50-70 %) che viene prodotto tramite

---

[11] Tale termine costituisce non può essere assolutamente derogato e che deve essere rispettato dall'amministrazione procedente, così come in più occasioni evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale con le sentenze, tra le altre, 15 giugno 2011, n. 192, 4 giugno 2010, n. 194 e 1 aprile 2010, n. 124. Anche la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che l'Amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica con un provvedimento espresso e motivato nel termine perentorio prescritto dalla legge (Cons. Stato, Sez. IV, 9 settembre 2014, n. 4566; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 10 ottobre 2013, n. 1791; Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4473; Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3028 in *www.giustizia-amministrativa.it).*

[12] Rientrano in tale categoria gli impianti alimentati da biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas, qualora operino in assetto cogenerativo e abbiano una capacità di generazione massima inferiore a 1.000 kWe (c.d piccola cogenerazione) ovvero a 3.000 kWt ovvero qualora l'impianto abbia una potenza inferiore rispetto a quella determinata dall'Allegato A delle Linee Guida.

Sulla Procedura Abilitativa Semplificata si v. V. DE GIOIA – G. SPIRITO, *Le semplificazioni dell'attività edilizia. Dalla procedura abilitativa semplificata (d.lgs. 3.3.2011, n. 28) alle novità del decreto sviluppo* (l. 12.7.2011, n. 106), Torino, 2011. L'art. 6 del d.lgs. 28/2011 ha sostituito la Dichiarazione di inizio attività in precedenza prevista dalle Linee Guida, poi divenuta segnalazione certificata di inizio attività per effetto della l. 122/2010.

un trattamento (digestione aerobica o anaerobica dark fermentation) di biomasse da parte di colture microbiche. Il biometano, invece, deriva dal biogas tramite una raffinazione che rimuove il CO2 così da ottenere un gas con percentuali di metano (95-98 %) comparabili con quelle del gas naturale.

La produzione del biometano, tra l'altro, è espressamente considerata "energia rinnovabile" dalle vigenti disposizioni di legge (d. lgs. 30 maggio 2005, n. 128 "Attuazione della direttiva 2003/30/CE relativa alla promozione dell'uso di biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti").

Il trattamento dell'organico può essere fatto in due modi:

- Digestione aerobica, con produzione di compost, che può avvenire sia in impianti privati in larga scala (dalle 50.000 tonnellate in su), sia a livello comunale con metodologie di tipo locale, di comunità od in auto-compostaggio, usufruendo dei relativi finanziamenti che alcune Regioni hanno messo a disposizione[13].
- Digestione anaerobica[14], con produzione di biogas che può essere utilizzato, previa raffinazione e trasformazione in biometano, immentendolo in rete come combustibile per autotrazione oppure può essere utilizzato per la produzione di energia elettrica mediante immissione in turbina.

Dal trattamento si recupera inoltre il digestato, da cui, con processo aerobico, si ottiene il compost.

Secondo l'art. 24 del D.M. 5046/16 recante "criteri per la qualificazione del digestato come sottoprodotto"[15], utilizzabile ai fini agronomici stabilisce che:

"a) il digestato è originato da impianti di digestione anaerobica autorizzati secondo la normativa vigente, alimentati esclusivamente con materiali e sostanze di cui all'art. 22, comma 1 . A ciò si aggiunga che La Legge di Bilancio 2020[16] introduce nel

[13] A livello locale, il trattamento aerobico è utile per essere a "km zero", ma generalmente limitato per le modeste quantità lavorabili. Le macchine di compostaggio, avendo il pregio di essere localizzabili con facilità presso mense scolastiche, mercati rionali od in prossimità di zone abitate, hanno di contro una capacità di trattamento che difficilmente supera le 900 tonnellate/anno, insufficiente per un Comune già di qualche migliaio di abitanti.

[14] Il trattamento anaerobico è certamente più idoneo per molti motivi, a partire dalla maggiore capacità degli impianti (da 20-25.000 tonnellate/anno in su), dalla limitatissima quantità di emissioni in atmosfera (qualora progettato e costruito con gli accorgimenti tecnici idonei), dalla elevata efficienza produttiva ed economica (smaltimento organico con contemporaneo recupero di gas, energia elettrica e compost). Per la maggiore tecnologia impiegata e per il maggior recupero di frazioni riciclabili utili, il trattamento anaerobico si configura certamente come una evoluzione di quello aerobico su larga scala.

[15] Decreto Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali n.5046 del 25 febbraio 2016 in Supplemento ordinario alla "Gazzetta Ufficiale,, n. 90 del 18 aprile 2016 - Serie generale.

[16] Legge 27 dicembre 2019, n. 160. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022 in Supplemento ordinario alla "Gazzetta Ufficiale,, n. 304 del 30 dicembre 2019 - Serie generale il cui art.1, comma, 527 prevede ." Al decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali 25 febbraio 2016, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 90 del 18 aprile 2016, recante criteri e norme tecniche generali per la disciplina regionale dell'utilizzazione agronomica degli effluenti di allevamento e delle acque reflue, nonché per la produzione e l'utilizzazione agronomica del digestato, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 3, comma 1, dopo la lettera o) è inserita la seguente: «o-bis) "digestato equiparato": prodotto

D.M. 5046/16 la definizione di *digestato equiparato*, quale prodotto ottenuto dalla digestione anaerobica di sostanze e materiali di cui ai settori agrozootenico e agroindustriale in ingresso in impianti di produzione di energia elettrica alimentati a biogas e facenti parte del ciclo produttivo di una impresa agricola che, conformemente alle disposizioni per la cessazione della qualifica di rifiuto di cui all'articolo 184-ter del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, rispetti i requisiti e le caratteristiche stabiliti per i prodotti ad azione sul suolo di origine chimica e ne stabilisce inoltre le condizioni di utilizzazione agronomica.

b) è certo che il digestato sarà utilizzato a fini agronomici da parte del produttore o di terzi, secondo le modalità di cui al presente titolo. La certezza dell'utilizzo deve essere dimostrata dal produttore, e può desumersi, in caso di impiego in un'azienda diversa da quella di produzione o consorziata, dall'esistenza di rapporti contrattuali tra il produttore del digestato e l'utilizzatore o gli utilizzatori dello stesso, qualora dal documento di cessione emerga con chiarezza l'oggetto della fornitura, la durata del rapporto e le modalità di consegna. L'esistenza di rapporti contrattuali tra produttore ed utilizzatore del digestato non esonera il produttore dall'obbligo di inviare all'autorità competente la comunicazione di cui all'art. 4, quando dovuta;

c) il digestato può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale. Ai fini di cui al presente comma rientrano nella normale pratica industriale le operazioni di trattamento

È importante rilevare, quindi la provenienza "organica" della produzione e del cd vettore energetico, ossia il biogas prodotto da digestione anaerobica che trasformato in biometano viene utilizzato come energia per svariati impieghi.

In Italia, gli impianti di digestione anaerobica venivano realizzati con l'obiettivo primario di minimizzare i costi di depurazione/smaltimento di fanghi e rifiuti. Dopo l'approvazione del D.lgs. 387/2003 prima e del D.lgs 28/11 poi, la produzione di biogas è stata incoraggiata dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 6 luglio 2012, recante le modalità di incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili diverse da quella solare fotovoltaica.

Le sostanze organiche che vengono sottoposte ad un processo di trasformazione da parte di tali impianti sono espressamente citate nell'Allegato IX al D.M. n. 5046/2016, alle voci "Sottoprodotti della trasformazione degli ortaggi (condizionamento, sbucciatura, confezionamento, ecc.)" e *"Sottoprodotti della trasformazione delle barbabietole da zucchero*".

Ricordiamo inoltre che le biomasse, secondo l'art. 2 del d. lgs. n. 387/2003, che ha recepito la direttiva 2001/77/CE sono *"…la parte biodegradabile dei prodotti, rifiuti*

ottenuto dalla digestione anaerobica di sostanze e materiali di cui agli articoli 27 e 29 in ingresso in impianti di produzione di energia elettrica alimentati a biogas e facenti parte del ciclo produttivo di una impresa agricola che, conformemente alle disposizioni per la cessazione della qualifica di rifiuto di cui all'articolo 184-ter del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, rispetti i requisiti e le caratteristiche stabiliti per i prodotti ad azione sul suolo di origine chimica».

e residui provenienti dall'agricoltura (comprendente sostanze vegetali e animali) e dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani".

Come chiarito dalla Commissione europea con la comunicazione interpretativa del 21 febbraio 2007, un prodotto va considerato biomassa e non rifiuto quando: a) è di fatto utilizzabile; b) è il risultato di una scelta produttiva; c) può essere utilizzato con ricavo o profitto; d) viene preparato come parte integrante del processo di produzione del prodotto principale.

Ancora l'Unione Europea, nella Direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili definisce biomassa come frazione biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui di origine biologica provenienti dall'agricoltura (comprendente sostanze vegetali e animali), dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, comprese la pesca e l'acquacoltura, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani.

In base a questi parametri comunitari, introdotti e ulteriormente specificati nel nostro ordinamento con l'art. 184 del d. lgs. n. 152 del 2006, va qualificato "un sottoprodotto e non un rifiuto (…) qualsiasi sostanza od oggetto che soddisfa le seguenti condizioni: a) la sostanza e l'oggetto è originato da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante, e il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza o oggetto; b) è certo che la sostanza o l'oggetto sarà utilizzato nel corso dello stesso o di un successivo processo di produzione o di utilizzazione da parte del produttore o di terzi; c) la sostanza o l'oggetto può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale; d) l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana".

La differenza tra gli impianti di produzione di biometano e quelli che utilizzano rifiuti ed altri processi, specialmente quelli chimici, è quindi sostanziale, anche se non di immediata percezione e per questo richiede una valutazione tecnico discrezionale dell'amministrazione delle modalità operative alla stregua della disciplina vigente e risiede nel fatto che gli elementi organici nell'impianto de quo non sono un rifiuto da trattare, ma strumento operativo con il quale l'impianto produrrà energia.

Quest'ultima si attua nell'ambito del procedimento unico previsto dall'art. 12 del d. lgs. 29 dicembre 2007, n. 387 nonché dall'art. 8 bis del D.Lgs 28/2011.

4. Le dinamiche procedimentali e i chiarimenti giurisprudenziali per gli impianti per la produzione di bioenergia

Le predette precisazioni terminologiche appaiono necessarie per meglio inquadrare le recenti decisioni della giurisprudenza amministrativa in tale ambito, che chiarisce molti punti controversi della disciplina normativa relativa all'insediamento degli impianti per la produzione biometano.

Varie sono state le vicende che hanno convolto i giudici amministrativi, ma appaiono tutte accomunate dal fatto che si tende a rilevare l'illegittimità dei provvedimenti ampliativi, per la violazione sulle norme in materia di valutazione d'impatto ambientale, di competenza locale in materia di pianificazione urbanistica, di scelta della tipologia procedimentale ritenendo sussistente un obbligo di utilizzo del procedimento semplificato rispetto quello "ordinario" previsto dal D.lgs. 387/2003.

Un primo aspetto attiene ai criteri di localizzazione degli impianti di produzione di biometano da fonti rinnovabili. In particolare rilevano due recenti pronunzie del T.A.R. Lombardia e del Consiglio di Stato.

La prima decisione[17] attiene ad un ricorso presentato da un gruppo di comuni avverso l'autorizzazione all'insediamento dell'impianto di biodigestione anaerobica per la produzione di metano dalla frazione organica di Rifiuti Solidi Urbani (FORSU), ritenuta illegittima in quanto autorizzava la costruzione dell'impianto in un'area non idonea secondo le previsioni dell'art 12 D.lgs. 387/2003, essendo localizzato all'interno di un corridoio primario della Rete Ecologica Regionale.

I giudici lombardi hanno rigettato il ricorso precisando che anche ammettendo che l'area di cui si discute sia ricompresa nella RER, non si può condividere la conclusione secondo cui la medesima dovrebbe considerarsi inidonea ad ospitare l'impianto.

Infatti i criteri localizzativi per gli impianti FER per la produzione di energia elettrica previsti dal D.lgs 387/2003, non valgono per quelli alimentati da FORSU per la produzione di biometano per i quali trovano applicazione quelli definiti dalla regione per consentire alla provincia di individuare le aree non idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, e di quelli per l'individuazione dei luoghi o impianti idonei allo smaltimento, secondo gli artt. 196, comma 1, lett. n) ed o), e 197, comma 1, lett. d), D.lgs. 152/2006.

Anche la decisione n. 5876/2021 del Consiglio di Stato[18] attiene ad una vicenda relativa alla realizzazione e l'esercizio di un impianto di produzione di biometano e compost, derivante dalla digestione anaerobica della frazione organica dei rifiuti solidi urbani, avverso la quale si erano opposti degli enti locali ottenendo l'annullamento dei provvedimenti ampliativi da parte dell'adito T.A.R. Piemonte.

In particolare, tra la le numerose doglianze sollevate, rilevano quelle relative alla localizzazione dell'impianto in tale ipotesi nella zona agricola.

Si puntava l'accento sul criterio escludente previsto dal programma provinciale di gestione dei rifiuti, riferito alle aree a destinazione diversa da industriale, artigianale, produttiva, per impianti tecnologici, per servizi, sostenendo che pertanto non sarebbe stato consentito l'insediamento dell'impianto in area tipizzata come agricola.

Sennonché secondo il Consiglio di Stato tale criterio va riferito, in modo specifico, a impianti di trattamento termico, di trattamento di rifiuti industriali e a tecnologia

[17] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez.III, sentenza del 26 luglio 2021, n. 1826 in *www.giustizia-amministrativa.it*
[18] Cons St., Sez.IV, sentenza 20 maggio 2021, n. 5876 in *www.giustizia-amministrativa.it*

complessa, mentre nel caso in esame si tratta di impianto di produzione di energia (biometano) secondo la definizione di cui all'art. 2 lettera o) del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28[19].

Orbene, essendo tale impianto è alimentato da "biomasse", che ai sensi dell'art. 2 lettera e) del d.lgs. n. 28/2011, comprendono la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani, e quindi anche la frazione organica dei rifiuti solidi urbani (FORSU) si è di fronte ad un impianto di produzione di energia (biometano) da biomasse che , secondo le previsioni dell'art 12 D.lgs. 387/2003 può essere ubicato anche in zona classificata agricola dai vigenti piani urbanistici.

Si collega alle predette decisioni quella del T.A.R. Abruzzo[20], riguarda gli impianti che producono biometano con il procedimento di digestione anaerobica di sottoprodotti che, secondo le doglianze rilevate sarebbe assimilabile a industria chimica con obbligo di sottoposizione a Valutazione d'impatto ambientale.

Anche in tale caso il ricorso è stato presentato da alcuni Comuni contro la Regione che, con autorizzazione unica ex articolo 12 del Dlgs 387/2003, aveva dato il via libera alla costruzione e all'esercizio di un impianto per la produzione di biometano avente potenzialità massima di 560 Smc/h alimentato da sottoprodotti agricoli.

Tra le varie censure, quella maggiormente rilevante attiene al processo o metodo che avrebbe impiegato sottoprodotti agricoli qualificabili come "rifiuti" con conseguente sottoposizione alla valutazione d'impatto ambientale.

In particolare si è tentato di ricondurre il processo di lavorazione dell'impianto di digestione anaerobica ad un processo di tipo chimico fisico, tale da produrre un vero e proprio fertilizzante chimico, facendolo così rientrare nella previsione dell'Allegato IV al D.lgs. .n. 152/2006, punto 8, lett. l) "trattamento di prodotti intermedi e fabbricazione di prodotti chimici per una capacità superiore a 10.000 t/anno di materie prime lavorate" che prevede l'assoggettamento alla VIA.

Orbene, secondo in giudici, se nel processo di lavorazione dell'impianto che produce energia tramite biometano, vengono utilizzate sostanze organiche sottoposte a un processo di trasformazione, l'impianto di tale genere non deve essere sottoposto a Via, posto che non utilizza rifiuti e che lo stesso digestato non è un rifiuto ma un sottoprodotto per l'utilizzazione agronomica.

Allora è da escludere l'assimilazione tra gli impianti che producono biometano con il processo di digestione anaerobica e quelli in cui operano i processi di fabbricazione dei prodotti chimici delle aziende chimiche.

Conseguentemente, per la costruzione e l'esercizio degli impianti di biometano, se la capacità produttiva supera i 500 Sm3/h, si deve seguire la procedura di Autorizzazione Unica di competenza regionale. Al di sotto di queste soglie basta invece

[19] Gas ottenuto a partire da fonti rinnovabili avente caratteristiche e condizioni di utilizzo corrispondenti a quelle del gas metano e idoneo alla immissione nella rete del gas naturale", nonché di compost.

[20] T.A.R., Abruzzo, l'Aquila, sez. I, sentenza del 14 giugno 2021, n.328 in *www.giustizia-amministrativa.it*

la Procedura abilitativa semplificata.

Infine, a proposito dell'utilizzo della procedura semplificata o di quella ordinaria, rileva l'alternatività di scelta in favore del richiedente che emerge dalla decisione sempre del T.A.R. Abruzzo,[21] che ha respinto il ricorso promosso da un Comune contro l'autorizzazione unica rilasciata dalla Regione per la realizzazione e l'esercizio di un impianto di produzione di biometano da fonti rinnovabili provenienti da scarti dell'agro-industria e dalla raccolta differenziata della frazione organica dei rifiuti solidi urbani, precisando che nonostante le previsioni normative prevedano il ricorso alla procedura abilitativa semplificata, il richiedente può sempre optare per il procedimento di autorizzazione unica.

In particolare il Comune ricorrente, tra le varie doglianze, riteneva che l'impianto fosse obbligatoriamente autorizzato con la procedura abilitativa semplificata (Pas) di competenza del Comune prevista dall'articolo 6 del d.lgs n. 28/2011 avendo una produzione nominale di 333 metri cubi/ora, ed in tale procedimento si sarebbe anche tenuto conto dei vincoli posti dal P.R.G. che non avrebbero consentito l'insediamento dell'impianto.

I giudici però hanno smentito un'interpretazione restrittiva della norma, sottolineando che già il punto 11.1 delle linee guida sull'autorizzazione degli impianti FER (Dm 10 settembre 2010), espressamente prevedono che il ricorso al procedimento semplificato costituisce un vincolo soltanto per le amministrazioni procedenti, ma non per il richiedente che può sempre optare per il procedimento unico[22].

Secondo i giudici la lettura coordinata delle disposizioni che disciplinano i procedimenti di autorizzazione degli impianti di potenza rispettivamente inferiore o superiore alle soglie, conduce ad affermare che la difformità dagli strumenti urbanistici del progetto di un impianto di potenza inferiore alla soglia prevista, non ne preclude l'autorizzazione, ma esige il ricorso al procedimento ordinario che, al contrario del PAS, ha l'effetto di imporsi come variante agli strumenti urbanistici. Si aggiunge che ritenere precluso il ricorso al "più sorvegliato e rigoroso" procedimento ordinario avrebbe l'effetto, sproporzionato ed irragionevole, di impedire la realizzazione, in deroga agli strumenti urbanistici, di impianti di pubblica utilità di impatto inferiore a quelli che, per caratteristiche dimensionali, sono soggetti solo al procedimento di autorizzazione unica.

5. Conclusioni: la bioenergia tra opportunità di sviluppo ed il ruolo degli enti locali

[21] T.A.R., Abruzzo, l'Aquila sentenza del 16 luglio 2020, n.269 in *www.giustizia-amministrativa.it*

[22] Tra l'altro il comma 2 dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011 dispone che il proprietario dell'immobile o chi abbia la disponibilità sugli immobili interessati dall'impianto e dalle opere connesse *"...presenta al Comune ...una dichiarazione ... che attesti la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e il comma 3 dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 che subordina La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili ... ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione ... che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico".*

L'analisi della recente giurisprudenza svolta nel presente scritto consente di svolgere alcune considerazioni finali sul ruolo svolto dagli enti locali nella in relazione alla localizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Appare evidente che i casi sottoposti all'esame della giurisprudenza in commento rivelano degli enti locali che dietro svariate argomentazioni relative alla localizzazione degli impianti, alla sussistenza di un obbligo legislativo in ordine al procedimento da seguire, alla tipologia dimensionale dell' impianto, od alle caratteristiche dello stesso che imporrebbero svariate forme di valutazione ambientale, rivendica il proprio ruolo di rappresentante degli interessi della comunità stanziata sul proprio territorio[23] cercando di "attrarre" la competenza decisionale sull'insediamento dell'impianto sottraendola alla regione.

Sotto il profilo delle funzioni urbanistiche proprie degli enti locali, se da un lato si deve riconoscere la centralità del piano urbanistico comunale, quale strumento generale di governo del territorio volto a disciplinarne gli usi e a contemperare e bilanciare gli interessi sullo stesso insistenti, dall'altro lato tale ruolo appare certamente sminuito sia dell'effetto di variante urbanistica riconosciuto all'autorizzazione unica dall'art.12, comma 3, del d.lgs 387/2003, che non è comunque automatico dato che deve essere supportato da adeguata motivazione che dia conto del bilanciamento effettuato tra i diversi valori in gioco, sia dai piani di competenza di amministrazioni differenti da quelle locali in ordine all'individuazione delle aree non idonee ad ospitare gli impianti de quo[24].

E' ben noto il principio di derivazione comunitaria della massima diffusione degli impianti di energia a fonte rinnovabile, ma è altrettanto certo che lo stesso può trovare eccezione in presenza di esigenze di tutela dell'assetto urbanistico del territorio[25].

In tale ambito la compresenza dei diversi interessi coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti, ha come luogo di composizione il procedimento amministrativo ed in particolare il paragrafo 17.1. dalle Linee guida, stabilisce che l'individuazione della "non idoneità" dell'area è operata dalle Regioni attraverso un'apposita istruttoria avente ad oggetto la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale che identificano obiettivi

[23] L'esponenzialità di cui all'art.3, comma 2, d.lgs 267/2000 ribadita dal Consiglio di Stato nella sentenza 5876/2021 al capo 4.1.2.3.

[24] Sulle aree non idonee e sulla loro individuazione si v. L. BITTO, *Le aree «non idonee» all'installazione di impianti a fonti rinnovabili sono aree vietate?, in Amb. & svil*., 2012, 343 ss.; A. MAESTRONI, *La questione della localizzazione di impianti di produzione di energie rinnovabili a valle delle linee guida ministeriali. Corte costituzionale e Corte di Giustizia arbitri tra esigenze di tutela paesistica e di sviluppo economico, in Riv. giur. amb., 2012*, 569 ss.; M. DE LUCIA, *La localizzazione degli impianti da fonti di energia rinnovabile*, in *Giorn. dir. amm*., 2012, 637 ss.; B. ROSSI, *Aree e siti non idonei: spunti di riflessione sulla normazione regionale in tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili*, in *Giur. mer*., 2012, 2004 ss.

[25] Corte Cost. 11 ottobre 2012, n.224, 28 gennaio 2014 n. 13 , 21 febbraio 2018 n.69 in *www.giurcost.org*.

di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, i quali determinerebbero, pertanto, una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione .

Se così è, allora, è in sede procedimentale ossia in sede di conferenza di servizi, dunque, che deve avvenire la valutazione contestuale degli interessi pubblici coinvolti, a confronto sia con eventuali interessi degli operatori economici, sia ancora con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nell'ente locali il loro massimo rappresentante.

Accade però che l'eventuale contrasto sussistente tra ente locale e regione nella scelta della non idoneità dell'area, vede prevalere comunque la volontà della regione data la natura non vincolante della volontà espressa dall'ente locale. A tale carenza di valorizzazione del ruolo locale appare possibile sopperire attraverso il principio di leale collaborazione, quale garanzia che assicuri la partecipazione e reale considerazione delle osservazioni presentate dagli enti locali ed un'adeguata motivazione nel caso in cui tali considerazioni vengano disattese.

Ricordiamo che tale principio deve informare a sé il rapporto fra i diversi enti territoriali anche in materia di pianificazione urbanistica, consentendo agli enti locali di intervenire nella sede competente per far valere le proprie ragioni, considerato altresì l'obbligo che gli stessi hanno di conformarsi ai piani di livello superiore[26]e ciò al fine di armonizzare le competenze legislative delle regioni con la potestà regolamentare e pianificatoria degli Enti locali che ha determinato il differenziarsi delle politiche energetiche delle singole Regioni.

In aderenza ad esso si deve ritenere che agli enti locali sia dato far valere le proprie posizioni altresì nell'ambito del procedimento regionale di individuazione delle aree non idonee alla realizzazione degli impianti, ove dovranno essere considerate tutte le prescrizioni vigenti, anche quelle locali, nonché le eventuali osservazioni dagli stessi presentante, pur se non vincolanti: l'atto di individuazione della aree non idonee, invero, risulta l'unico atto sottratto al potere di variante urbanistica di cui all'art. 12, comma 3, del d.lgs. 387/2003 e l'unico che, a livello urbanistico territoriale, incide effettivamente e in maniera vincolante sulla possibilità di realizzare un impianto in un dato territorio[27].

---

[26] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 ottobre 2012, n. 2450. Cfr. anche Corte Cost. 18 ottobre 1996 n. 341, in *Giur. cost*. 1996, 2983; Corte Cost. 25 ottobre 2000 n. 437, in *Giur. cost*. 2000, 5, e in *Riv. giur. edilizia* 2000, I, 997; Corte Cost., 28 marzo 2003 n. 94, in *Giur. cost*. 2003, 2, le quali avevano già riconosciuto come il dovere di leale collaborazioni trovi la sua naturale sfera di incidenza proprio là dove l'assetto delle competenze degli enti coinvolti comporti un reciproco condizionamento delle funzioni, "*sicché si rende necessario un permanente fattore di composizione del «disegno autonomistico, che è basato sì sulla distinzione e sull'articolazione delle competenze, ma anche, talvolta, sulla loro interferenza e sul loro reciproco legame*".

[27] Il paragrafo 1.3 delle Linee guida del 10 settembre 2010 (decreto del Ministro dello sviluppo economico del 10 settembre 2010 precisa come "Le sole Regioni e le Province autonome possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatorio o pianificatorio per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati a fonti rinnovabili". Alla stregua di tali previsioni è rimessa alle sole regioni e alle province autonome l'individuazione delle zone del territorio ove gli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile non possono essere realizzati. Molto vasto è stato il contenzioso costituzionale e

Proprio in considerazione di tale valenza, oltre alla partecipazione concreta dell'ente locale non potrà non essere riconosciuto un ruolo nella determinazione di tali zone altresì agli enti locali, eventualmente anche mediante modalità che coinvolgano le collettività locali regionali complessivamente, quali ad esempio il Consiglio delle autonomie locali presente in ciascuna regione.

Una migliore ed organizzata ripartizione dei ruoli nell'insediamento di tali impianti riconoscendo concretamente quell' "esponenzialità" dell'ente locale, anche nell'ottica del nuovo Piano Nazionale di Ripresa e resilienza, può sensibilmente incrementare le opportunità per sviluppare l'uso di residui e sottoprodotti agricoli, così come i rifiuti e rappresentano una delle poche alternative per decarbonizzare i settori del trasporto aereo, merci su strada e marittimo, nonché per sostituire il metano da combustibili fossili nella rete del gas.

Ricordiamo che la produzione di biogas si basa sull'utilizzo di vari prodotti di scarto e residui, gas di discarica e colture energetiche, a titolo di esempio, le graminacee energetiche perenni e i cedui a rotazione rapida, coltivati in modo sostenibile possono svolgere un ruolo importante come materia prima per la gassificazione e la pirolisi nella produzione di biogas e biocarburanti[28].

La bioenergia può anche svolgere un ruolo significativo nel bilanciamento nel sistema energetico e consentendo quote più elevate di fonti energetiche rinnovabili variabili, come solare ed eolica con cui integrarsi nella rete elettrica[29].

Chiaramente condizione essenziale per lo sviluppo della bioenergia è la disponibilità di biomassa economica e sostenibile[30]. Infatti la prestazione ambientale di una fonte di bioenergia dipende dalle caratteristiche specifiche di tali fasi della catena

---

amministrativo che ha visto contrapporsi anche Stato e Regioni, le quali individuavano nell'ambito del proprio territorio aree ove non collocare gli impianti senza attendere l'adozione dei criteri previsti dall'art. 12, comma 10, del decreto legislativo. La Corte Costituzionale si è in più occasioni pronunciata affermando come l'individuazione delle aree non idonee debba avvenire nel rispetto dei criteri previsti dalle linee guida, con decisione specifiche e ponderate e non generiche: cfr., tra le tante, Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 308; 3 marzo 2011, n. 67; 11 febbraio 2011, n. 44; 26 marzo 2010, n. 119; 6 maggio 2010, n. 168; 6 novembre 2009, n. 282; 29 maggio 2009, n. 166 in *www.giurcost.org*. A riguardo si v. G. Landi, *La Corte Costituzionale si pronuncia nuovamente contro i limiti regionali allo sviluppo di impianti ad energia rinnovabile, in Riv. giur. amb.*, 2013, 224 ss.

[28] Scarlat e Dellamands, *Biogas: Developments and perspectives in Europe, in Renewable Energy* Volume 129, Part A, December 2018, 457-472 secondo i quali Graminacee energetiche, mais da insilato, ecc. L'UE è leader mondiale nella produzione di energia elettrica da biogas (più di 10 GW e 17 400 impianti di biogas installati) e nella produzione di biometano da utilizzare come carburante per autoveicoli o da immettere nella rete del gas naturale (459 impianti che producono 1,2 miliardi di m3).

[29] L'uso della bioenergia combinato con la cattura e lo stoccaggio del carbonio (CCS)10 rappresenta una promettente tecnologia per le emissioni negative, specialmente negli impianti di bioenergia con grandi e altamente fumi concentrati di CO2 (per superare gli elevati costi di capitale della cattura di CO2). Gli ibridi di bioenergia integrati che combinano la bioenergia con il solare termico, l'energia solare concentrata, possono garantire opzioni flessibili sia per la fornitura di energia (calore ed energia) che per lo stoccaggio di energia.

[30] La produzione e l'uso della biomassa coinvolge una catena di attività che vanno dalla coltivazione e raccolta di materie prime, lavorazione, conversione e distribuzione di vettori di bioenergia fino all'uso finale dell'energia.

del valore e dovrebbe pertanto essere valutata caso per caso.

Se ben gestiti, i percorsi della bioenergia possono fornire significativi risparmi di gas serra proteggendo gli ecosistemi e i servizi che forniscono dalla deforestazione, dal degrado degli habitat e dalla perdita di biodiversità. La produzione di bioenergia può anche offrire opportunità significative per fornire benefici sociali, ambientali ed economici e contribuire allo sviluppo rurale[31].

[31] L'uso a cascata della biomassa potrebbe migliorare l'efficienza delle risorse e limitare la pressione sulle risorse naturali; infatti, l'efficienza delle risorse può essere una base per differenziare i diversi percorsi della biomassa. All'interno di una bioeconomia interconnessa, l'approccio alla produzione di biomassa per alimenti e mangimi, bioenergia e altri scopi dovrebbe evolvere da un orientamento al singolo uso finale a sistemi di produzione integrati, cfr *Bioenergy for Sustainable Development, IRENA – International Renewable Energy Agency*, 2017, www.irena.org).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

L'incompatibilità tra mandato parlamentare e funzione governativa: una questione ancora attuale?

di Fabio Ratto Trabucco*

27 ottobre 2021

Sommario: 1. La sovrapposizione degli incarichi parlamentare e governativo. – 2. Le potenziali ragioni dell'incompatibilità. – 3. Gli effetti dell'incompatibilità. – 4. Conclusioni: incompatibilità *quaestio* superata?

1. La sovrapposizione degli incarichi parlamentare e governativo

La recente attualità politica ci consegna il caso di un *ex* parlamentare europeo decaduto dall'incarico per la chiamata alla funzione governativa di Ministro dell'Economia e delle Finanze che, rimasto dunque senza uno scranno parlamentare con relative ineludibili prerogative, è stato prontamente ricandidato dal relativo partito d'appartenenza al primo turno elettorale utile. L'allettante occasione è costituita dall'elezione suppletiva per un collegio uninominale il cui seggio rappresentativo dei rioni storici di Roma Capitale[1] è rimasto vacante per l'intervenuta designazione del suo titolare – di poco posteriore alla suddetta nomina ministeriale – a membro della Commissione europea e dunque a sua volta incompatibile con il mandato parlamentare nazionale[2].

Orbene, a prescindere dall'opportunità di una tale candidatura e dei discendenti risvolti di cd. casta (*rectius*, oligarchia) politico-partitocratica, laddove s'appalesa un'operazione artatamente preordinata al fine di una sorta di rotazione di seggi come se ai medesimi potesse applicarsi la proprietà commutativa, appare necessitato porsi alcune brevi domande circa l'opportunità d'introdurre nell'ordinamento costituzionale italiano la regola dell'incompatibilità tra il mandato parlamentare e la funzione governativa. Che un Ministro dell'Economia e delle Finanze possa legittimamente svolgere anche l'incarico parlamentare è fuori discussione ma che tali incarichi siano

* Professore a contratto in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Padova.

[1] Collegio uninominale 01-Roma quartiere Trionfale della XV circoscrizione Lazio 1 comprendente i quartieri Monti, Prati, Testaccio, Trastevere e Trevi.

[2] Art. 5-*bis*, c. 1, lett. *b*), l. 24 gennaio 1979, n. 18, introdotto dall'art. 3, c. 2, l. 27 marzo 2004, n. 78.

fra loro sovrapponibili senza trascendere nel conflitto d'interesse ovvero nell'inconciliabilità spazio-temporale salvo "dono" dell'ubiquità, appare non certo implausibile.

Orbene, il nostro ordinamento costituzionale permette ai parlamentari di detenere anche incarichi governativi siano essi in qualità di Ministro, Viceministro ovvero Sottosegretario. Un doppio incarico che – pur prescindendo dalla presenza di diverse architetture di governo – in altri Paesi dell'Unione europea (UE), *in primis* la Francia, è al contrario rigorosamente inibito.

In materia, occorre anzitutto chiarire come la linea di demarcazione fra l'organo legislativo ed esecutivo in cui si consuma la politica dello Stato non è mai così lineare come a prima vista potrebbe apparire, soprattutto nelle forme di governo di tipo parlamentare come quella italiana.

Il nodo della compatibilità fra la funzione parlamentare e quella governativa è stato affrontato soprattutto dal punto di vista del Parlamento, e cioè della tutela della libertà dei parlamentari e dell'indipendenza della loro funzione[3]. Al contrario l'esecutivo non ha quasi mai formato oggetto di speciali attenzioni in rapporto all'attività parlamentare.

Tuttavia non può obliterarsi come in certi casi il Parlamento ed i suoi eccessi pongono in periglio la funzionalità governativa ponendosi così una questione politica nuova che può esigere delle soluzioni di tipo istituzionale ma che non si risolve con la semplice protezione dell'indipendenza del Ministro verso il Parlamento. In realtà, il Ministro è sempre tenuto a rendere conto del suo operato al Parlamento e quest'ultimo non è certo meno libero nel valutare la condotta del Ministro se questi è anche deputato ovvero senatore. Al contrario, ogni collegio è in qualche modo giudice naturale della condotta dei suoi membri e proprio in materia d'incompatibilità ovvero d'ineleggibilità, compete al Parlamento giudicare la posizione del deputato o senatore che sia.

Le incompatibilità si profilano allorquando vi sono le condizioni affinché un soggetto, investito di due distinte funzioni, tragga profitto dalla doppia appartenenza per sovrapporre a sua scelta l'interesse di uno dei corpi alla funzionalità dell'altro, turbando così l'ordine delle rispettive libertà o capacità. Ovvero sfrutti il doppio incarico per gestire a piacimento la propria condotta.

Nel diritto privato le incompatibilità nascono dalla probabilità del conflitto d'interessi. Non si può, infatti, ricoprire, per esempio, una carica sociale se sussiste contenzioso pendente con la società. Ma qualcosa di similare si trova anche nel diritto pubblico, dove, per esempio, l'ineleggibilità a membro del Parlamento può dipendere anche dall'aver rapporti economici. Tuttavia, non appare che possa farsi rientrare in questo quadro la doppia appartenenza al Parlamento ed al Governo. Né l'appartenenza all'esecutivo potrebbe farsi rientrare nel novero delle cariche di nomina governativa rispetto alle quali l'incompatibilità deriva dal rapporto fra controllore e controllato

[3] Cfr. G. BERTI, *Pro e contro una nuova incompatibilità tra incarico governativo e funzione parlamentare*, in «Vita e Pensiero», 1992, 12, 811-815.

laddove il Parlamento ben controlla la Pubblica Amministrazione. Infatti, la relazione tra il Parlamento ed il Governo è molto più intima e sofisticata, così da non far trapelare atti tesi a connotare l'esecutivo come un'istituzione controllata in una sorta di pudicizia istituzionale.

2. Le potenziali ragioni dell'incompatibilità

In materia di cause d'incompatibilità ci si chiede anzitutto come potrebbero crearsi casi di conflitto tra Parlamento e Governo rilevanti al punto tale da giustificare la separazione totale fra le due cariche. Il problema si porrebbe non già in ragione di una protezione del Parlamento verso le possibili ingerenze di un'istituzione più forte, quale, all'inizio e nei primi tempi dello Stato di diritto, si reputava essere il Governo e con esso la Pubblica Amministrazione. Infatti, nei Paesi con sistema di governo parlamentare come l'Italia – ma lo stesso può dirsi anche per la Germania –, l'anello debole è divenuto il Governo che, per definizione ovvero per principio è dominato dall'istituzione parlamentare, che, attraverso la fiducia ne condiziona l'esistenza e la funzionalità.

Con riferimento al tema del conflitto d'interesse fra l'incarico ministeriale e parlamentare basti un riferimento a recente caso con riguardo alla richiamata elezione suppletiva in cui è stato candidato il Ministro dell'Economia e Finanze, già europarlamentare dimissionario per la nomina ottenuta a Roma. Orbene, se il ridetto Ministro non s'è sospeso nel periodo della competizione elettorale – ed alcuna norma certo glielo impone – non è mancato un discutibile tentativo di condizionamento del voto sfruttando l'incarico governativo. Infatti, nell'ambito della conversione del decreto legge cd. milleproroghe[4], in corso d'esame parlamentare in coincidenza con la campagna elettorale per l'elezione suppletiva in esame, tra gli emendamenti dei relatori della maggioranza era previsto un rilevante contributo economico da fondi del dicastero del Ministro candidato ad un'associazione *no profit* legata all'area politica del medesimo Ministro[5]. Tale sodalizio svolge le proprie attività nel territorio in cui ricade lo stesso collegio destinato ad elezione suppletiva per seggio vacante in cui è candidato il citato boiardo di Stato. L'emendamento è stato poi dichiarato inammissibile in sede d'esame dalla Commissione Affari istituzionali di Montecitorio a seguito delle proteste

[4] D.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito in l. 28 febbraio 2020, n. 8.

[5] Atto Camera 2325, recante «Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica», emendamento n. 7.56. all'articolo 7, in Commissioni riunite Affari costituzionali e Bilancio e Tesoro, d'iniziativa dei relatori Baldino e Melilli, recante: «Dopo il comma 10 aggiungere i seguenti: 10-*bis*. Per la prosecuzione delle attività dell'associazione di promozione sociale Consorzio Casa Internazionale delle donne di Roma, alla medesima associazione è assegnato un ulteriore contributo di 900.000 euro per l'anno 2020. 10-*ter*. Agli oneri derivanti dal comma 10-*bis*, pari a 900.000 euro per l'anno 2020, si provvede mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 1, comma 200, della legge 23 dicembre 2014, n. 190».

delle opposizioni ed i malumori interni ad altro partito della maggioranza, al pari di quanto avvenuto per ulteriore subemendato depositato in materia[6]. Tuttavia, appare evidente l'inopportunità del ridetto emendamento, peraltro in sede di mera elezione suppletiva, laddove non si possono utilizzare le istituzioni ed il potere – sia esso parlamentare o governativo ovvero ambedue come nel caso in esame – onde "acquisire" il consenso. Appare infatti un velato tentativo di violare la *par condicio* fra i *competitors* della mini-campagna elettorale suppletiva.

Orbene, nella migliore delle ipotesi, tra Parlamento e Governo dovrebbe intercorrere una sorta di mero dialogo perenne, interiore alla stessa forma di governo. Quindi, se il sistema di governo è parlamentare, la compagine governativa ne fa parte. Il rapporto fiduciario denota quindi una sorta di compenetrazione fra le due istituzioni, e la sfiducia del Parlamento non colpisce tanto il Governo in se stesso, quanto il contingente rapporto tra tali istituzioni. Il risultato della sfiducia è alla fine anche un'autocensura del Parlamento che riconosce di non poter più contare sul Governo che pure aveva in precedenza approvato. Se il conflitto è anteriore ad una data forma complessa, non ha neppure senso domandarsi chi vinca e chi perda tutte le volte che il rapporto fra i *partners* viene trasfuso in qualche modo all'esterno attraverso un voto ovvero una dichiarazione.

La struttura debole e meritevole di protezione resta il Governo anche nelle forme di governo semipresidenziali o caratterizzate da una diversa investitura del Parlamento e del Parlamento della Repubblica con il relativo corredo governativo. Pur attraverso diverse elezioni dei parlamentari e del Presidente, il corpo elettorale conferisce un'eguale legittimazione all'uno ed all'altro degli organi. In tal modo difettano quindi ragioni forti per distanziare tali istituzioni, le quali non possono esprimere interessi contrapposti, al di là di quelli di cui si fanno portatrici occasionali le forze politiche che risultano prevalere nelle competizioni elettorali. La sovranità popolare ed il suffragio universale contengono in sé la negazione della differenziazione e del conflitto d'interessi, quando di questi interessi si fanno portatori, sia pure con procedure ed in occasioni diverse, l'uno e l'altro degli organi.

Se assumiamo a riferimento la storia costituzionale francese il regime delle incompatibilità parlamentari è stato segnato da evidenti incertezze. L'incompatibilità fra il mandato parlamentare e l'esercizio della funzione ministeriale è stata talora imposta dalle Costituzioni, ma per lunghi periodi storici negata. Per esempio, nell'arco della III e IV Repubblica non s'impose alcuna incompatibilità. Infatti quando essa fu

[6] Atto Camera 2325, cit., subemendamento n. 0.7.55.4. all'articolo 7, in Commissioni riunite Affari costituzionali e Bilancio e Tesoro, d'iniziativa Piccoli Nardelli ed altri, recante: «Dopo il primo periodo aggiungere i seguenti: Ai medesimi fini di promozione dello sviluppo della cultura e per il potenziamento delle politiche in materia di occupazione giovanile e pari opportunità, il Fondo di cui all'articolo 2, comma 5-bis del decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, è rifinanziato nella misura di 1 milione di euro annui per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022, ed è assegnato all'associazione Consorzio Casa Internazionale delle donne di Roma, per assicurare il prosieguo delle proprie attività di promozione sociale, un contributo di 900.000 euro per l'anno 2020».

sancita aveva di mira la "salute" del Parlamento e la sua salvaguardia dalle prevaricazioni dell'esecutivo. Il presupposto era che il Governo s'impiantasse sulla monarchia o su un potere comunque estraneo alla sovranità popolare. Il contrario accade nell'ambito dell'odierna V Repubblica transalpina governo-centrica per cui al fine di limitare l'egemonia parlamentare che tende a sottomettere l'esecutivo e talora ad indebolirlo è stata prevista la stretta incompatibilità fra l'incarico parlamentare e governativo, *ex* art. 23, Cost. 1958.

Ma, a parte il caso francese e quello analogo del presidenzialismo americano, appare logico chiedersi se ed in che modo le incompatibilità entrino nel gioco della separazione dei poteri. Al riguardo emerge che le medesime incompatibilità sono tanto più flebili, sino quasi a scomparire, quanto più la separazione dei poteri e delle funzioni perde vigore e mostra una valenza prevalentemente formale, senza incidere sostanzialmente sulla supremazia parlamentare, di fronte alla quale il Governo, anche se formato da Ministri non appartenenti al Parlamento, è portato quasi naturalmente a cedere ovvero a soccombere.

La tutela dell'incarico governativo non riesce quindi a celare la persistente debolezza dell'esecutivo nei confronti del Parlamento che permane espressione della sovranità popolare e dunque organo centrale e predominate della scena istituzionale. La protezione dei membri del Governo, attraverso l'incompatibilità della carica col mandato parlamentare, potrebbe anche convertirsi in un maggiore indebolimento dell'istituzione governativa. Infatti, allorquando il Governo è responsabile verso le Camere e vive nell'orbita parlamentare, da cui trae legittimazione, la pretesa che i membri dell'esecutivo non siano appartenenti alle Camere potrebbe comportare un aumento della dipendenza del Governo dal Parlamento, dovuta proprio all'estraneità a questo dei componenti dell'esecutivo. D'altro canto un Ministro, Viceministro ovvero Sottosegretario non parlamentare potrebbe essere in grado di acquisire un maggiore prestigio sul campo laddove effettivamente preparato e competente sui temi del dicastero assegnato.

3. Gli effetti dell'incompatibilità

È vero che l'incompatibilità, fermo tutto il resto – e cioè se il Governo continua a legittimarsi sul terreno parlamentare –, resterebbe confinata all'interno del gioco parlamentare e non muterebbe molto, almeno all'apparenza, quanto al rapporto istituzionale tra il collegio governativo e le Camere. Ma, proprio per questo, è lecito pensare che il distogliere per principio i membri del governo dalla rappresentanza parlamentare avrebbe il solo effetto di allentare il vincolo personale di responsabilità del singolo Ministro e poi dell'intero Governo nei confronti del Parlamento. In disparte il caso delle sanzioni penali, il singolo Ministro, privo della tutela parlamentare, non convertirebbe certo questa sua apparente indipendenza in un'obbligazione di fedeltà specifica alla volontà popolare che viene espressa dalle Camere. Affinché il distacco

dei Ministri dal Parlamento abbia un senso compiuto occorrerebbe ripensare il meccanismo di collegamento con la legittimazione popolare. Questo al fine di consentire che il Governo ed i singoli Ministri acquisiscano una loro specifica responsabilità politica e la loro differenziazione dal Parlamento venga controbilanciata da un altro rapporto di eguale portata.

In questo quadro è peraltro difficile formulare delle valutazioni e proporre delle soluzioni. Da un punto di vista esterno appare che quanto più v'è identificazione sul piano istituzionale tra Governo e Parlamento, tanto più si tornerebbe al gioco che i Ministri non fossero dei parlamentari. Si potrebbe in tal modo fare leva su una certa differenziazione interna con l'intento di rinsaldare all'esterno l'unità del governo parlamentare. Ma una misura costituzionale nel senso dell'incompatibilità, senza alcun altra modifica nella struttura e nella legittimità del Governo, arrecherebbe soltanto apparenti risultati di distanziamento e di responsabilità. Se il Governo è debole e posticcio, resta tale anche se i suoi Ministri non provengono dalla Camera ovvero dal Senato. Anzi, come s'è detto, l'esecutivo non resterebbe forse maggiormente indebolito.

D'altra parte, se l'assetto fondamentale della struttura istituzionale permane caratterizzato dalla centralità del Parlamento, può sembrare corretto che anche il gioco delle responsabilità resti consegnato a rapporti interni, qualificati proprio dall'identica derivazione parlamentare. Ovvero per i quali il fatto che un Ministro sia parlamentare o meno può anche risultare indifferente almeno sino a quando non sia fissata un'incompatibilità di principio. Sarebbe quindi quest'incompatibilità ad incrinare di per se stessa la forma di governo. Ci si chiede tuttavia con quali effetti sull'assetto costituzionale.

4. Conclusioni: incompatibilità quaestio superata?

Sia la l. 23 agosto 1988, n. 400, sull'ordinamento dell'esecutivo, che i regolamenti parlamentari, pur nel riconoscimento di ampi poteri del Governo anche nella produzione normativa, oltre che nella formazione dell'indirizzo politico del momento, sembrano armonizzati nel confermare il primato parlamentare e nel togliere quindi significato costituzionale all'eventuale acquisto di maggiore autonomia da parte del Governo. Si può pensare, per esempio, al procedimento articolato e complesso, relativo alla formazione delle leggi delegate, dove si contempla la preoccupazione parlamentare di evitare che l'esecutivo approfitti della delega per costituirsi una posizione di autonomia sia pure in uno spazio materiale e temporale ridotto. Ma anche a proposito dei decreti legge non potrebbe certo concludersi per un acquisto d'indipendenza di decisione governativa.

In realtà, nella più recente disciplina sembra emergere la tendenza a moltiplicare le occasioni di collaborazione tra Parlamento e Governo mediante un'intensificazione dei loro rapporti procedurali. Questo significa che alla ricerca di un confronto tra le due

istituzioni ed alla differenziazione delle rispettive legittimazioni, s'è preferita la strada di una regolazione giuridica dei loro rapporti secondo un criterio di coordinazione procedimentale. A fronte di questo sembrerebbe quindi scemare l'importanza della previsione di un'incompatibilità del governo verso l'investitura parlamentare. Sarebbe forse più importante inventare delle formule adatte a meglio definire la posizione del parlamentare chiamato ad incarichi governativi. Per esempio rimuovendo temporaneamente le prerogative da parlamentare, pur salvaguardando il pieno rientro in Parlamento una volta che il Ministro si sia dimesso dall'incarico oppure non sia confermato dopo una crisi di governo senza termine anticipato della legislatura.

Del resto si badi che le incompatibilità riflettono sempre delle contrapposizioni e non è dato comprendere fino a che punto queste siano supportate dalla democrazia rappresentativa che esige, al contrario, la coordinazione.

Tuttavia, a fronte di una perenne instabilità del quadro governativo italiano fondato su coalizioni sempre disomogenee, conflittuali nonché prive di una *leadership* riconosciuta incondizionatamente dagli alleati (salvo forse i casi dei governi De Gasperi e Berlusconi), appare del tutto pleonastico pensare ad un'interpretazione razionale degli istituti incentrata sull'apprezzamento della sovranità parlamentare. In ogni caso, non può ritenersi peregrina l'ipotesi di realizzare una riduzione dell'influenza parlamentare rendendo incompatibile l'appartenere contemporaneamente al Governo ed al Parlamento. Tuttavia, dall'affermazione di quest'incompatibilità si dovrebbe passare a postulare una minore forza rappresentativa del parlamentare. Per esempio mediante l'abolizione integrale del sistema proporzionale ed il passaggio ad un sistema uninominale all'inglese. Operazione più volte preconizzata ma mai realizzata in Italia ed ancora da ultimo invocata per via referendaria abrogativa su iniziativa regionale nonostante la dichiarazione d'inammissibilità pronunciata dalla Corte costituzionale stante l'apparente assenza di una normativa di risulta direttamente applicabile[7]. In tal modo si potrebbe pervenire ad un nuovo equilibrio tra Parlamento e Governo del quale l'incompatibilità potrebbe rappresentare un effetto. Infatti, il legame del parlamentare con il suo collegio d'elezione ne uscirebbe, e di molto, rafforzato in termini di rappresentatività, per cui sarebbe dunque opportuno prevedere l'incompatibilità con l'incarico nell'esecutivo. D'altro canto, appare invece poco plausibile imporre un'incompatibilità di per se stessa, come se da questa potessero generarsi nuovi equilibri su una più vasta scala.

Tuttavia, come obliterare un dato concreto ineluttabile: appare impensabile ritenere che una persona, per quanto preparata e competente, possa svolgere due incarichi così rilevanti a un tempo. Risulta infatti ineludibile che avere un incarico di governo richiede un rilevante sforzo a tempo pieno e lo stesso vale per i parlamentari, di talché il nodo si pone anche e soprattutto con riguardo al mero tempo a disposizione.

[7] Corte cost.le, 31 gennaio 2020, n. 10.

Ci si chiede infatti quanto un componente dell'esecutivo che è anche parlamentare possa riuscire a partecipare ai lavori d'Aula e Commissioni.

Al riguardo bastino alcuni dati. Con riferimento a nove recenti Ministri, anche membri di una delle Camere, la loro partecipazione media ai lavori parlamentari sulla base delle votazioni elettroniche è stata solo dell'8,66%, meno di un decimo delle attività[8]. La punta di *stakanovismo*, nella migliore delle ipotesi censite, è arrivata al 36,48% con l'*ex* Ministra dell'Istruzione, Università e Ricerca Giannini del Governo Renzi. All'estremo opposto il caso dell'*ex* Ministro degli Affari Esteri Gentiloni Silveri del medesimo esecutivo che ha raggiunto l'infima partecipazione media dello 0,25% e nonostante ciò non ha lasciato lo scranno se non per quanto impostogli nella presente legislatura dalla norma che fissa l'incompatibilità con gli incarichi negli organi politici dell'UE, da cui l'elezione suppletiva nel relativo collegio maggioritario citata in *incipit*.

Tali dati sono eloquenti nell'attestare inconfutabilmente la realtà fattuale: un componente dell'esecutivo non è in grado di svolgere degnamente anche il contemporaneo incarico parlamentare. *Ergo*, al di là dei sofismi connessi al rafforzamento dell'istituzione parlamentare ovvero governativa nei confronti dell'altro organo costituzionale attraverso la regola dell'incompatibilità degli incarichi, appare evidente che per un componente del Governo lasciare l'incarico parlamentare a mezzo dimissioni sarebbe una doverosa dimostrazione di rispetto nei confronti delle istituzioni di cui si fa parte nonché dei cittadini rappresentati. Tuttavia, in oltre un settantennio di storia costituzionale repubblicana non si registrano casi di tal fatta!

[8] Si vedano a fini comparativi i dati riportati in *Parlamentare e ministro, il doppio incarico che non porta da nessuna parte*, 29 febbraio 2016, in http://blog.openpolis.it/2016/02/29/parlamentare-ministro-doppio-incarico-non-porta-nessuna-parte/6146 (accesso del 20 gennaio 2021).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Gli appalti pubblici pre e post covid: luci ed ombre del consolidamento del "modello" derogatorio

di Paolo Rossi*

29 ottobre 2021

Sommario: 1. Primi segnali di fuga dal regimen "ordinario" del codice del 2016: il modello commissariale del "decreto Genova". −2. L'implementazione dell'impianto derogatorio del "decreto Sblocca cantieri" per semplificare la ripartenza delle opere pubbliche incompiute. − 3. L'ulteriore accelerazione impressa dall'emergenza pandemica alla tendenza derogatoria: il "decreto Semplificazioni". − 4. Il consolidamento, tra luci ed ombre, del modello derogatorio post emergenziale nel "decreto Semplificazioni bis". − 5. Verso la "normalizzazione" dell'eccezione a regola negli appalti pubblici post covid?

1. Primi segnali di fuga dal *regimen* "ordinario" del codice del 2016: il modello commissariale del "decreto Genova"

Ad appena due anni di distanza dall'entrata in vigore della riforma del codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 50/16 e ad un anno dal decreto correttivo di cui al D.lgs. n. 56/2017[1], l'emergenza imposta dal crollo del ponte Morandi e la necessità di

* Professore associato di Diritto dell'economia, Università di Perugia.

[1] Sulla riforma del 2016 degli appalti pubblici, senza pretesa di esaustività, cfr., tra gli altri, M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di*), I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016,n.50*, Milano, 2017; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici.Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativ*i, Torino, 2019; G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, in www.amministrazioneincammino.it, 2020; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.lgs. n. 56/2017*, Bologna, 2017; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017; A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020; F.CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazione*, Roma, 2019; M.CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed.,Torino, 2019; M.A.SANDULLI, R. DE NICTOLIS, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblic*i, Milano,2019; A.CIANFLONE, G.GIOVANNINI, V. LOPILATO*, L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Milano, 2018; R. GAROFOLI , G. FERRARI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017; G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in www.amministrazioneincammino.it , 2017; R.DIPACE, *Manuale dei contratti*

procedere con urgenza alla sua ricostruzione aveva imposto all'Esecutivo un intervento in deroga alla novellata disciplina sugli appalti, con l'adozione del D.l. 109/2018, c.d. "Decreto Genova"[2], convertito nella L.n. 96/2018.

Come noto, tale legge-provvedimento – che, peraltro, ha superato il vaglio di costituzionalità della Corte[3] - prevede l' affidamento, in via derogatoria rispetto al codice degli appalti, ad un commissario straordinario del compito di garantire tempestivamente l'avvio dei lavori di demolizione e ricostruzione del ponte, specificandone poi le modalità di azione (art. 1, commi 3, 5, 8 e 8-bis), anche in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale o derivante dal diritto dell'Unione europea (art. 1, comma 5); l'art. 1, comma 7, del medesimo decreto-legge, stabilisce inoltre che il commissario affida la realizzazione delle attività mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione, in base all'art. 32 della direttiva (UE) 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativa agli appalti pubblici.

Evidente il beneficio "derogatorio" che assiste l'operato della figura del Commissario straordinario[4], caratterizzato da una tal specialità di *regimen* da essere assimilabile a quello della protezione civile.[5]

2. L'implementazione dell'impianto derogatorio del decreto "Sblocca cantieri" per semplificare la ripartenza delle opere pubbliche incompiute

---

pubblici,Torino, 2021; L.FIORENTINO,A.M.LA CHIMIA (a cura di*), Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, 2021; G.PERULLI(a cura di), *Contratti pubblici*, Torino, 2021; F.SCIARRETTA (a cura di), *Il "nuovo" Codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Bologna, 2021; F.ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici* Milano, 2020. Su alcune criticità emerse nel corso dell'applicazione del previgente codice del 2006 e indicate al legislatore in vista della riforma del 2016 cfr. A.BIANCHI, A.V. DI MICHELE, *Razionalizzazione del ciclo del progetto in Italia nel sistema dei contratti pubblici: 10 proposte d'impatto*, in www.amministrazioneincammino.it, 2012.

[2] Cfr. *amplius* A. D'ERCOLE, C. SALUSTRI GALLI, *Il crollo del ponte di Genova: la gestione dell'emergenza,* in www.amministrazioneincammino.it, 2020; G. MARCHEGIANI, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell'Unione europea*, www.federalismi.it, 2019, 2; V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, www.federalismi.it, 2020, 220.

[3] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 168/2020, in www.cortecostituzionale.it.

[4] Sulle caratteristiche del commissario straordinario nel decreto Genova cfr. *amplius* G. BERTINI, *Gestione Commissariale e gestione amministrativa della prevenzione di eventi emergenziali*, in www.amministrazioneincammino.it, 2019; vedi anche G. AVANZINI, *Il Commissario straordinario*, Torino, 2013; A. D'ERCOLE, *Commissari straordinari e interventi sostitutivi. Commento agli artt. 4, 4-ter e 4-quinquies, d.l. n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 55 del 2019*, in D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019, p. 100-108.

[5] In tal senso cfr. A. D'ERCOLE, *op. cit.*, pp. 100-108; A. ARCURI, *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in Osservatorio sulle fonti, 2019; U. ALLEGRETTI, *Il codice della Protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in Aedon, 2018, fasc. 1, pp. 5 e ss.

Se la disciplina ampiamente derogatoria del decreto Genova appare giustificata dalla necessità di gestire un'emergenza del tutto peculiare, una sorta di *unicum*, di segno diverso appare la *ratio* ispiratrice del successivo intervento governativo, da leggere, invece, nell'ambito del dibattito sulla semplificazione delle regole in funzione del rilancio dell'economia, che passa anche attraverso la "sburocratizzazione" del sistema.[6] Si intende far riferimento al D.l. n. 32/2019, convertito nella l.n. 55/2019, meglio noto come il c.d. "Sblocca cantieri"[7], con cui il Governo ha inteso imprimere un'accelerazione al rilancio degli investimenti pubblici, facilitando, in chiave "semplificatrice", la ripartenza dei cantieri di numerose opere rimaste incompiute.

Tale disciplina, in effetti, appare caratterizzata da una serie di misure di semplificazione al regime ordinario del codice: in tal senso si spiega, anzitutto l'introduzione, agli artt 1 e 2 del citato d.l., di disposizioni che sospendono alcune norme del codice del 2016 sino al 31 dicembre 2020, riguardanti non solo le modalità di acquisto di lavori, servizi e forniture per i comuni non capoluogo di provincia tramite centrali di committenza (art. 37 comma 4 del codice), ma anche il divieto di appalto di integrato (di cui all'art. 59 comma 1 quarto periodo) cioè il divieto di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione lavori, fatte salve alcune eccezioni, nonché l'obbligo di scegliere i commissari nell'albo degli esperti tenuto dall'ANAC (art. 77 comma 3 del codice), rimanendo l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza. Nel caso dell'obbligo di scegliere i commissari nell'albo Anac, si tratta in realtà di un obbligo mai entrato in vigore, perché l'Anac ne ha più volte prorogato la scadenza.

E' stata poi introdotta una progressiva semplificazione delle procedure per gli appalti di valore più basso, in particolare per i lavori. La nuova norma prevede - modificando l'art. 36 del codice appalti - che per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

---

[6] Sulle esigenze di semplificazione in settori chiave per il sistema economico si veda D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *op. cit.*, p. 90 ss.

[7] Sulle novità del decreto "sblocca cantieri", cfr. amplius R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, 2020; F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Roma, 2020; F. CUSANO, *La recente torre di babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, n. 32, 2020; D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019; F. CARINGELLA,M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri*, Roma, 2019; G.A.GIUFFRÈ,S. TRANQUILLI (a cura di), *Contratti pubblici: cosa cambia?*, Milano, 2019; M. MARIANI, L. SPAGNOLETTI,E. TOMA (a cura di), *La legge sblocca cantieri*, Torino, 2019.

Ulteriore modifica rilevante riguarda l'istituto del subappalto, nel senso che il decreto "Sblocca Cantieri" prevede che fino al 31 dicembre 2020 il limite diventa del 40 % del valore complessivo dell'appalto, lasciando scegliere alle stazioni appaltanti la percentuale esatta.

Infine, viene, in qualche modo, "stabilizzato" il modello commissariale sperimentato con il "decreto Genova", essendo stato previsto, all'art. 4 del d.l., che per gli interventi strutturali ritenuti prioritari ed individuati con DPCM, il Presidente del Consiglio nomina uno o più Commissari straordinari, i quali per l'esecuzione degli interventi suddetti possono assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante, operando in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/11, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

3. L'ulteriore accelerazione impressa dall'emergenza pandemica alla tendenza derogatoria: il "decreto Semplificazioni"

Ulteriori segnali di una sorta di fuga dal regime ordinario del codice del 2016, o quantomeno di tentativo di semplificazione della complessa disciplina codicistica ricorrendo alla tecnica della deroga, già manifestatasi ante pandemia, si conferma e sembra addirittura consolidarsi nel corso dell'emergenza sanitaria: ne sia riprova l'intervento governativo di cui al D.l. n. 76/2020, convertito nella l.n. 120/2020, c.d. "decreto semplificazioni".[8]

[8] Sul decreto semplificazioni cfr. amplius L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. "decreto semplificazioni",* in www.federalismi.it , n. 30/2020; F. CINTIOLI, *Il decreto semplificazioni, gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in www.federalismi.it, n.7/2021; D. CAPOTORTO, A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto "semplificazioni"*, Rimini, 2020; V. SORDI, *Le principali modifiche e integrazioni recate in sede di conversione al d.l. semplificazioni*, in www.lamministrativista.it , 2020; F. CUSANO, *La complicata semplificazione della contrattualistica pubblica: poveri fiori, gemme de'prati, pur ieri nati, oggi morenti*, in www.federalismi.it, n. 13/2021; R.DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021; S.BIANCARDI, *Il decreto Semplificazioni e le modifiche agli appalti pubblici. La nuova normativa con particolare attenzione agli appalti di servizi e forniture*, in Appalti e contratti, 2020, n. 7, pp. 39 ss.; D.BOLOGNINO, H.BONURA, A.STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni*, Piacenza, 2020; G.SERRA, *Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza*, in Il diritto dell'economia, 2021, n. 1, pp. 201 ss.; F. FRACCHIA,P.PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in Federalismi.it, 2020, n. 36, pp. 33 ss; D.GALLI, *I contratti pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, 2020, n. 6, pp. 737 ss.; A.MASSARI, *La conversione del decreto Semplificazioni e le questioni aperte*, in Appalti e contratti, 2020, n. 9, pp. 2 ss.

In effetti, anche con tale d.l. in materia di appalti si introduce un significativo numero di misure derogatorie al regime codicistico, destinate ad operare in via temporanea fino al 31.12.2021, ed alcune più limitate misure a regime, volte, sia le prime che le seconde, ad imprimere un'accelerazione dei tempi di scelta del contraente e di conclusione del contratto, con qualche ricaduta anche con riferimento alla fase processuale successiva all'aggiudicazione.

La normativa temporanea riguarda l'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia (art. 1) e quelli sopra soglia (art. 2). Per gli appalti sotto soglia (art. 1), in deroga al codice degli appalti, sono previsti affidamenti diretti o procedure negoziate, mentre l'aggiudicazione ha luogo con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso. Si procede alla riduzione delle tipologie di affidamento, che passano da quattro (affidamento diretto, l'affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, procedura aperta) – a due, affidamento diretto e procedura negoziata senza pubblicazione di bando, più l'eventuale mantenimento della procedura aperta. In particolare, è previsto: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attivita' di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro; b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'art.63 del d.lgs. n. 50/2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs n. 50/2016.

Per i contratti sopra soglia (art. 2), trovano, invece, applicazione procedure aperte, ristrette o procedure con negoziazione nei casi previsti dalla legge; tuttavia, in via derogatoria è prevista (art. 2, c. 3) la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata di cui all'art. 63 del d.lgs n.50 per lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali nella misura strettamente necessaria derivante dall'urgenza connessa agli effetti della pandemia, ma soprattutto è altresì prevista, al comma 4, un'ampia deroga per l'affidamento di attività di direzione dei lavori, servizi e forniture, di ingegneria e architettura, nonché i settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, le infrastrutture per la sicurezza pubblica, i trasporti, le infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali ed idriche, nonché i contratti relativi alla transizione energetica o a questi collegati, facoltizzando le stazioni appaltanti ad operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il

rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

Nell'ambito della suddetta disciplina derogatoria un rilievo particolare è poi attribuito agli strumenti di accelerazione, identificati nella fissazione per legge (art. 1, c. 2 e 2, c. 1) di tempi massimi per l'aggiudicazione o l'identificazione definitiva del contraente, nettamente inferiori a quelli di solito impiegati. Il rispetto di tali termini è sanzionato con la responsabilità per danno erariale direttamente a carico del responsabile del procedimento; responsabilità, questa, che, attinente ad una attività omissiva, deve ritenersi implicante una colpa grave.

Nel pacchetto delle misure temporanee si inseriscono altresì le semplificazioni riguardanti le verifiche antimafia e le nuove disposizioni riguardanti i protocolli di legalità (art. 3, c. 7).

Parimenti significativa la previsione di un ulteriore consolidamento della figura commissariale per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali: infatti all'art. 9 del decreto vengono introdotte norme volte a rivisitare in modo significativo le disposizioni introdotte con il d. l. n. 32/2019 con riferimento ai commissari straordinari. Il ricorso ai commissari straordinari sembra divenire un vero e proprio sistema generale ed alternativo all'amministrazione ordinaria, per il quale viene legittimata una deroga generalizzata alla disciplina del codice degli appalti. Che si tratti di un vero e proprio sistema sembra desumersi dal fatto che l'individuazione degli interventi infrastrutturali per i quali operare attraverso commissari straordinari, da effettuarsi con decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del ministro delle infrastrutture, riguarda situazioni caratterizzate da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecniche amministrative, ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale (art. 9, c. 1, lett. a). Clausole così ampie consentono, infatti, di ricomprendere nell'elenco delle iniziative da affidare a commissari straordinari opere di qualunque genere anche di rilievo meramente regionale o locale; per queste ultime avrà luogo con decreto del Presidente del Consiglio, previa intesa con i presidenti delle regioni interessate. Una disciplina di questo genere sembra destinata a perdere ogni riferimento significativo all'eccezionalità, che sola può giustificare l'intervento commissariale in deroga a quanto previsto dal codice degli appalti, salvi i limiti indicati nell'art. 9, c. 1, lett. b, e la stessa assunzione diretta da parte dei commissari delle funzioni di stazione appaltante, una sorta di tendenziale deroga per abbandono della vigente disciplina in tema di contratti pubblici.

Il che appare oltremodo rilevante, anche tenuto conto che il d.l. semplificazioni è intervenuto pure a novellare l'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio (art. 23 d.l.)[9], nonché ad introdurre una limitazione, ancorché a termine, della responsabilità erariale dei pubblici funzionari al solo dolo (art. 21 d.l.)[10].

Quanto alla riscrittura dell'art. 323 c.p., la formula introdotta sembra depotenziarne in modo significativo l'ambito applicativo, ove si consideri che al posto della violazione di legge e di regolamenti introduce la violazione di specifiche (e quindi non generiche) regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, sì da superare alcuni dei problemi connessi con l'applicazione della previgente disciplina (si pensi, ad es., alle difficoltà insorte a proposito della violazione delle linee guida vincolanti dell'ANAC, dal momento che alcune procure contestavano il reato di abuso d'ufficio ritenendo tali linee guida di natura regolamentare, mentre altre si astenevano dal farlo sul presupposto che le linee guida dovevano essere considerate atti di regolazione). Per non dire poi della precisazione alla stregua della quale dalle regole di condotta non devono residuare margini di discrezionalità: ciò significa, infatti, che l'esercizio della discrezionalità amministrativa, e cioè la scelta, nel concreto, delle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, non può costituire oggetto di sindacato ai fini della configurazione del reato che, al contrario, prende corpo solo quando la legge indichi una attività vincolata.

In ogni caso, vivaci critiche sono state sin da subito sollevate al d.l. semplificazioni dall'ANAC, che nelle sue osservazioni al testo del d.l. 76/2020 nelle more della conversione, ha espresso, in primo luogo, non poche perplessità sulla tecnica delle deroghe al regime ordinario degli appalti prescelta ancora una volta dal legislatore per adottare norme volte ad accelerare e semplificare le gare pubbliche sia sotto, sia sopra soglia. Ciò soprattutto avuto riguardo all'ampia deroga contenuta nel richiamato art. 2, comma 4: secondo l'ANAC, infatti " *la scelta operata dal legislatore di derogare "ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale" appare sproporzionata rispetto all'obiettivo di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19* ". [11]

Critiche analoghe vengono sollevate dall'ANAC anche in relazione alla scelta dell'art. 9 del citato d.l. di attribuire ai Commissari straordinari, in relazione ad

[9] Per un'analisi critica delle modifiche apportate dal "decreto semplificazioni" al reato di abuso d'ufficio si veda T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8, p. 1 ss.

[10] Sulla limitazione del profilo soggettivo della responsabilità erariale cfr. L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. "decreto semplificazioni,* cit.

[11] Cfr. ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, Roma 4.8.2020, in www.anticorruzione.it.

interventi infrastrutturali da individuare discrezionalmente da parte del Presidente del Consiglio, il potere di assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante operando "*in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto*". Sul punto, l'ANAC, nel ricordare che dette previsioni in parte erano già contenute nel d.l. "Sblocca-cantieri" su cui l'Autorità aveva già prospettato la possibilità che le stesse potessero rivelarsi foriere di maggiori rischi di illegalità e *maladministration*, tipicamente connessi agli interventi emergenziali, ribadisce per le stesse ragioni la propria contrarietà all'utilizzo della figura del Commissario con poteri di deroga generalizzata sproporzionati e controproducenti.[12]

Peraltro, censure analoghe al d.l. semplificazioni sono state sollevate pure dall'UE, come è dato desumere dal Documento del 20.7.2021 predisposto dai servizi della Commissione UE che contiene la relazione sullo stato di diritto nel 2021 (capitolo sulla situazione in Italia); documento ancora *in itinere*, ma che, già allo stato, consente alcune riflessioni. Un primo dato sottolineato in sede comunitaria è che la pandemia da covid-19 ha aumentato significativamente il rischio che la criminalità si infiltri ulteriormente nell'economia legale tramite la corruzione ed i reati ad essa connessi. L'affermazione della Commissione UE si basa sulle informazioni ricevute dalla Polizia secondo cui "*i criminali hanno approfittato in particolare dell'acquisto di piccole imprese private come mezzo per facilitare altri reati connessi alla corruzione, quale il riciclaggio di denaro*". Il documento UE punta poi al settore degli appalti pubblici ove il d.l. n. 76/20 ha introdotto un regime speciale per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, le cui misure si concentrano su procedure rapide e aggiudicazioni dirette, o semplificate e su sanzioni su coloro che sospendono o rallentano l'aggiudicazione o l'esecuzione di lavori pubblici: *"tutti elementi questi che rischiano di facilitare la corruzione*". A tale proposito nel documento si richiamano proprio le osservazioni critiche sopra citate dell'ANAC.

4. Il consolidamento, tra luci ed ombre, del modello derogatorio post emergenziale nel "decreto Semplificazioni bis"

Tali rilievi possono costituire una chiave di lettura anche dell'ultimo intervento del Governo *in subiecta materia*, adottato con il d.l. n. 77/2021 convertito in legge n.

[12] Ibidem.

108/2021, c.d. D.l. semplificazioni bis[13], con cui l'Esecutivo, nel definire il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare ed agevolare la realizzazione degli obiettivi del PNRR, è di nuovo ricorso alla tecnica derogatoria.

In effetti, come noto, il nuovo D.l. semplificazioni bis, rispetto ai precedenti interventi, ha una sorta di "motore" aggiuntivo, in quanto si inserisce nel quadro del Piano nazionale di ripresa e resilienza, che a sua volta si inquadra nel programma eurounitario Next generation EU di complessivi 750 miliardi di euro, di cui l'Italia, come noto, è destinata a giovarsi della quota più significativa, pari a 191,5 miliardi c.d. Recovery Fund, cui si aggiungono 30,6 miliardi del Fondo complementare.

Come noto, il PNRR in materia di appalti pubblici ha prospettato un duplice intervento fondato su misure urgenti - una normativa speciale che rafforzi le semplificazioni già adottate con il d.l. 76/2020 e ne proroghi l'efficacia sino al 2023 da adottarsi entro maggio 2021, id est appunto il d.l. 77/21 - e su misure a regime; con particolare riguardo a queste ultime, la riforma prevista si concreta nel recepire le norme delle tre direttive UE (2014/23, 24 e 25), integrandole esclusivamente nelle parti che non siano *self executing* e ordinandole in una nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente, che riduca al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea, anche sulla base di una comparazione con la normativa adottata in altri Stati membri dell'Unione europea. A tale riforma di ampio respiro si provvederà con la presentazione, entro la fine del 2021, di una nuova Legge Delega e, entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge delega, all'adozione dei relativi Decreti Legislativi, ridisegnando in tal modo complessivamente la materia degli appalti pubblici. Dunque, il d.l. 77/21 costituisce il primo step di tale processo evolutivo che condurrà a breve alla nuova riforma del codice del 2016.

Ciò posto, il D.l. 77/01 interviene, tra l'altro, sulle seguenti direttrici di intervento: a) regime speciale semplificato per procedure relative ad investimenti pubblici finanziati con risorse del PNRR e del PNC; b) proroghe dei termini e modifiche di alcune disposizioni del D.L. n. 76/2020 e del D.L. n. 32/2019; c)modifiche al subappalto; d) modifiche dell'art. 29 del Codice (in tema di fascicolo virtuale dell'Operatore Economico O.E. e in tema di trasparenza).

Quanto al regime speciale semplificato introdotto dall'art. 48 del d.l. 77/21 per le procedure riguardanti investimenti pubblici finanziati con risorse del PNRR e del PNC, si prevede la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del Bando (di cui agli artt. 63 e 125 del Codice) quando per ragioni di estrema urgenza l'applicazione dei termini, anche abbreviati, può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR. La disposizione rappresenta indubbiamente una "*valvola di sicurezza*" che dovrebbe

[13] Per ulteriori approfondimenti si rinvia a M. AGLIATA, *Nuove procedure dei contratti pubblici, dei contratti PNRR e PNC e degli interventi cofinanziati dai fondi strutturali dell'UE dopo il decreto semplificazioni bis*, Rimini, 2021; vedasi anche CAMERA DEI DEPUTATI, *Dossier sul provvedimento D.L. n. 77/21*, volumi I e II, in www.camera.it

comunque assicurare che si eviti di sforare rispetto ai serrati tempi di attuazione del Piano per evitare di perdere i fondi ad esso sottesi. Inoltre, per i medesimi contratti si contempla la possibilità dell'affidamento per la progettazione ed esecuzione dei lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'art. 23, co. 3, del Codice, e l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso nella progettazione, dei metodi o degli strumenti elettronici previsti dall'art. 23, co. 1, lett. h), del Codice, demandando al Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili di stabilire, con proprio provvedimento, le regole e specifiche tecniche per l'utilizzo dei metodi e strumenti tecnologici. Peraltro, nel caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 dell'art. 48, il Nuovo Decreto Semplificazioni richiama poi l'applicazione dell'art. 125 del C.p.a., con la conseguenza che n sede di pronuncia del provvedimento cautelare, il Tar dovrà tenere conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera.

L'art. 50 del d.l. Semplificazioni bis, sulla fase di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC, prevede in primo luogo la possibilità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia nella stipulazione del contratto, nella consegna dei lavori o nella costituzione del collegio consultivo tecnico. Si dispone inoltre che la S.A. preveda nel bando o nell'avviso un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo e penali per il ritardato adempimento (calcolate in misura giornaliera tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale - in deroga rispetto all'art. 113 bis del D.Lgs. n. 50/2016 che prevede come ammontare minimo lo 0,3 per mille – e con limite fissato al 20% dell'ammontare netto contrattuale).

Quanto poi alle proroghe dei termini e ad alcune modifiche del d.l. 76/20 (d.l. semplificazioni), per gli appalti sotto soglia, da un lato, viene prorogato il termine originariamente fissato al 31.12.2021, fissando quale nuovo termine per l'applicazione del regime semplificatorio per i sottosoglia il 30 giugno 2023; dall'altro, per forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura) viene innalzato a 139.000 Euro il limite per l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità di cui all'articolo 30 del D.Lgs. n. 50/2016; inoltre, per i lavori oltre i 150.000 Euro e fino a un milione e per forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria ed architettura) da 139 mila Euro fino alle soglie comunitarie, si prevede, la procedura negoziata con cinque operatori, mentre per i lavori di importo pari o superiore ad un milione e fino a soglia comunitaria l'invito viene limitato ad almeno dieci operatori (in luogo dei quindici originariamente previsto).

Anche per gli appalti sopra soglia, il termine del 31.12.2021 previsto all'art. 2, comma 1 del D.L. n. 76/2020, come conv. in L. n. 120/2020 viene traslato al 30 giugno 2023 (così come per le verifiche antimafia semplificate) e allo stesso termine vengono ancorate le deroghe di cui all'art. 8 comma 1 del D.L. Semplificazioni, segnatamente

in tema di (i) consegna dei lavori in via d'urgenza sempre consentita, (ii) sopralluogo obbligatorio solo ove strettamente indispensabile, (iii) applicazione generalizzata delle riduzioni dei termini procedimentali per ragioni di urgenza e (iv) possibilità di prevedere affidamenti anche nel caso in cui questi non siano stati preventivamente inseriti in programmazione a condizione che si provveda ad aggiornare i documenti programmatori.

Invece, per proroghe termini e alcune modifiche del d.l. 32/19 (Sblocca cantieri), l'art. 52, in estrema sintesi, estende al 30 giugno 2023 il regime sperimentale di sospensione di alcune norme del codice dei contratti pubblici[14], nonché stabilisce che fino al 30 giugno 2023 si applichi anche ai settori ordinari la norma prevista dall'art. 133, co. 8, del D. Lgs. n. 50, per i settori speciali, la c.d. "*Inversione procedimentale*" e, fino al 31 dicembre 2023 si sospendono (i) l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174 (relativi alla c.d. "*terna dei subappaltatori*"), nonché (ii) le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, in capo al subappaltatore.

In ordine al subappalto, nel DL Semplificazioni bis il Governo ha finalmente inteso intervenire sulla *vexata quaestio* del subappalto, non affrontata dal precedente Governo in sede di primo DL Semplificazioni, ma al centro dell'attenzione comunitaria sia nell'ambito della procedura di infrazione 2273/2018, sia in ragione delle due note Sentenze della CGUE 26 settembre 2019, resa nella causa C-63/18 e 27 novembre 2019, resa nella causa C-402/18. La correzione più rilevante riguarda il limite massimo alla facoltà di subappalto, su cui si è prevista una modifica bifasica: in una prima fase – dall'entrata in vigore del Decreto fino al 31 ottobre 2021 - il subappalto non potrà superare la quota massima del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture. Al contempo, intervenendo sul testo dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, si prevede, a partire dall'entrata in vigore del suddetto decreto il divieto, a pena di nullità, di integrale cessione del contratto di appalto e l'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei

[14] Si fa riferimento in particolare a: a) all'art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016, per i comuni non capoluogo di provincia, quanto all'obbligo di avvalersi delle modalità ivi indicate, limitatamente alle procedure non afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dalle risorse del Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 e con l'ulteriore previsione che nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluoghi di province. b) all'art. 59, comma 1, quarto periodo, nella parte in cui vieta il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori; c) all'art. 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

contratti ad alta intensità di manodopera. Inoltre, si prevede che il subappaltatore debba garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nei contratti di appalto, ivi inclusa, l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro. Dal 1°novembre 2021, invece, tramite una modifica anche in questo caso all'art. 105 del Codice, si prevede che verrà meno il limite generalizzato al subappalto, con l'obbligo per le Stazioni Appaltanti di indicare nei documenti di gara le prestazioni e le lavorazioni che non possono essere subappaltate e che, pertanto, devono obbligatoriamente essere eseguite dall'aggiudicatario, tenuto conto delle caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e dei luoghi di lavoro e garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e di sicurezza dei lavoratori, tranne nel caso in cui il subappaltatore sia iscritto nelle *white list*, ovvero, nell'anagrafe antimafia.

Infine, vengono introdotte dall'art. 53 modifiche all'art. 29 del codice in tema di fascicolo virtuale dell'Operatore Economico O.E. e in tema di trasparenza. Su quest'ultimo profilo viene ampliato l'ambito di operatività degli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 29 del codice anche alla fase dell'esecuzione, nonchè imposto che tutte le informazioni sugli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, sulla scelta del contraente, sull'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, opere, servizi e forniture relativi all'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico, siano gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse.

Di particolare interesse, poi, quanto previsto dall'art. 53, comma 5, lett. d), che, modificando l'art. 81 del D.Lgs. n. 50/2016, prevede, in funzione della semplificazione degli adempimenti amministrativi a carico delle stazioni appaltanti, e della velocizzazione delle operazioni di verifica e controllo dei requisiti, che l'ANAC individui con proprio provvedimento, sentiti il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e l'AgID, i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati nonché i criteri e le modalità relative all'accesso e al funzionamento della banca dati. Per di più, si prevede la creazione di un fascicolo virtuale dell'operatore economico presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nel quale sono presenti i dati di cui al comma 2 per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice, l'attestazione di cui all'art. 84, comma 1, del codice (SOA), per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice che l'operatore economico carica. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle singole gare. I dati e documenti

contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, possono essere utilizzati anche per gare diverse. In sede di partecipazione alle gare l'operatore economico indica i dati e i documenti relativi ai requisiti generali e speciali di cui agli artt. 80, 83 e 84 del codice, contenuti nel fascicolo virtuale per consentire la valutazione degli stessi alla stazione appaltante.

Trattasi di novità rilevante e di oggettivo interesse, in quanto il fascicolo diviene una sorta di identikit ufficiale informatico dell'operatore economico, ma occorrerà vedere come verrà attuata e se si dimostrerà uno strumento idoneo a snellire la (spesso travagliata) fase di verifica dei requisiti, su cui, come noto, s'innestano varie problematiche (si pensi, ad es., a quella delle misure di *self cleaning* degli amministratori, volte a scongiurare la sanzione di esclusione dalla gara ove l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare, con mezzi adeguati, che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità).

5. Verso la "normalizzazione" dell'eccezione a regola negli appalti pubblici post covid?

Come evidenziato nell'ultima Relazione annuale al Parlamento dell'ANAC[15], lo stato del *public procurement* in Italia ha, *in primis*, un punto di debolezza nel codice dei contratti pubblici, che costituisce "*un cantiere sempre aperto*": infatti, non solo dalla sua approvazione nel 2016 a oggi ha subito numerose correzioni derogatorie, ma finisce per rappresentare un'opera incompiuta, ove sol si consideri la mancata attuazione di elementi essenziali, quali la qualificazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione. Quanto al primo profilo, le SS.AA. sono, allo stato, circa 32 mila, un numero abnorme e tale da non poterle dotarle delle competenze tecniche e giuridiche necessarie per gestire le procedure complesse e operare controlli efficaci; per di più, come risulta ancora dalla Relazione ANAC, nell'ultimo quadriennio le centrali di committenza, deputate a bandire le gare per conto di altre amministrazioni, hanno ridotto la propria attività dal 14% al 10% del totale (dal 32% al 25%, in termini di volumi). Né, al riguardo, il d.l. n. 77/21 si premura di supportare l'implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dal codice, limitandosi a prevedere solo un ruolo consulenziale di Consip "a chiamata" volontaria delle amministrazioni.

Viceversa, sul fronte della digitalizzazione, l'ANAC apprezza lo sforzo operato dal d.l. n. 77/21, rispetto all'obiettivo di informatizzare l'intero iter del contratto pubblico. In tal senso, il fascicolo virtuale dovrebbe consentire, secondo ANAC, alle stazioni appaltanti di verificare i requisiti di partecipazione alle gare in modo

[15] ANAC, *Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2020*, in www.anticorruzione.it

agevole, potendo trarre informazioni aggiornate senza dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici, il cui potenziamento è previsto dal Pnrr e che costituisce uno strumento di semplificazione e di trasparenza. Ciò, *a fortiori*, in un contesto in cui, come sopra evidenziato, si è venuto consolidando un modello derogatorio non solo degli affidamenti diretti, aumentati del 242% nel secondo semestre del 2020 per i lavori fino a 150 mila euro, ma pure della procedura negoziata senza bando di gara, che nell'impianto codicistico è strumento eccezionale, ma nello stesso periodo (II semestre 2020) è stata utilizzata in più di tre gare su quattro nella fascia di importo tra i 150 mila euro e 1 milione di euro e in oltre la metà dei casi per la fascia superiore.

E' evidente, ancora secondo l'Autorità anticorruzione, come il tendenziale consolidamento di tale modello rechi con sé l'alta probabilità che le scelte effettuate dalle stazioni appaltanti siano opache e si concentrino nelle mani di pochi operatori più forti e strutturati, a discapito di altri ugualmente meritevoli.

In definitiva, le misure derogatorie introdotte dal d.l. 77/21 - che alzano l'importo degli affidamenti diretti sotto soglia, prevedono procedure negoziate rapide per le opere finanziate con risorse del PNRR ed ampliano notevolmente, dal 1 novembre 2021, il ricorso al subappalto eliminandone il limite del 50% -, sembrano destinate a rafforzare il modello semplificato-derogatorio sperimentato nella fase ante e post covid, con l'effetto di finire per "normalizzare" l'eccezione a regolazione ordinaria in luogo di quella prevista nel codice del 2016, ancora incompiuta.

Ragion per cui, nella prospettiva della prossima riscrittura *in itinere* del codice degli appalti pubblici, l'esigenza di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica connessa all'implementazione del PNRR, attraverso la semplificazione e riduzione della complessità della disciplina "vigente" in materia appaltistica, dovrà trovare un adeguato bilanciamento con quella di trasparenza sul sistema degli appalti pubblici e di prevenzione della corruzione[16], per evitare che se ne acuisca il rischio infiltrativo, ancor più concreto in un contesto di immissione di risorse pubbliche pressochè senza precedenti.

[16] Sul rapporto tra contratti pubblici e corruzione si vedano B.G.MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici* cit., 2016; G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, op. cit.;V. FERRARIS, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in L.SCOMPARIN (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*,Torino, 2020; V.FERRARIS,L. SCOMPARIN, *Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione: il quadro normativo*, ivi; C.MAZZA, *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*, ivi; G.M.RACCA,S.PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, ivi; L.COLANGELO, *Le peculiarità del sistema italiano della prevenzione della corruzione nelle gare di appalto alla prova dei principi eurounitari. Un problema di enigmistica giuridica*, in A.PERTICI, M.TRAPANI(a cura di), *op. cit.;* A.FIORITTO, *Contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, ivi; M.LUNARDELLI, *Il procedimento a evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, ivi.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Il Decreto Semplificazioni e regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*

di Angelo Canale**

12 novembre 2021

Buon pomeriggio,

incentrerò il mio intervento non su di una esegesi della norma (l'art. 21 del Decreto Semplificazioni) che, com'è oramai noto, ha modificato – con norme sostanziali e quindi non applicabili ai giudizi in corso - l'elemento soggettivo richiesto per la responsabilità amministrativa, ma sui presupposti e su reali effetti della stessa modifica, su talune sue criticità sotto il profilo del rispetto dei principi costituzionali e infine sul rapporto tra il nuovo regime giuridico introdotto dall'art. 21 e la regolamentazione europea relativa al Recovery Fund.

Considerato il tempo a disposizione, non ho alcuna pretesa di essere esaustivo ma quantomeno di accendere una luce, quella del dubbio, spero del forte dubbio, in chi ha approvato una norma che io ritengo non utile rispetto ai fini che il Legislatore si era prefissato e soprattutto non in linea con la normativa eurounitaria.

L'art. 21 del Decreto Semplificazioni ha apportato importanti modifiche sostanziali al regime della responsabilità amministrativo-contabile, quella cui soggiace il dirigente che causa un danno patrimoniale all'Erario.

In particolare, sul piano strutturale, in quanto regola modificativa dell'art. 1 della L.20/1994, con il primo comma dell'art. 21 è stato precisato che ai fini della prova dell'elemento soggettivo del dolo, occorre dimostrare la volontà dell'evento dannoso.

È pertanto richiesto, pur non disponendo il PM contabile degli strumenti d'indagine e istruttori del PM penale, un dolo "in chiave penalistica".

---

* Intervento al Convegno on-line "*La Corte di conti ai tempi del recovery plan: quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*", tenutosi il 25 marzo 2021 e organizzato dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche della Luiss Guido Carli "Vittorio Bachelet" e dalla Corte dei conti, in occasione della presentazione del volume a cura di D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema a regime*, La Tribuna, 2020.

** Procuratore generale della Corte dei conti.

Con il secondo comma è stata introdotta la limitazione della responsabilità amministrativo-contabile, per i fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) e sino al 31 dicembre 2020, ai soli fatti commessi con dolo, nei termini del modificato art. 1 della detta legge 20/1994, salvo quelli cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente per i quali la detta limitazione non è applicabile.

In sintesi, il nuovo regime della responsabilità amministrativa, sino al 31 dicembre 2021, non prevede più il requisito della colpa grave, se non per i danni causati da omissione o inerzia; per i fatti commissivi, attivi, prevede, in via strutturale, come elemento psicologico necessario solo il dolo, ma quello "in chiave penalistica", ovviamente assai più difficile, per l'attore, da provare.

Come era prevedibile, c'è già chi ritiene che le regole poste dall'art. 21 debbano avere tutte un carattere strutturale. C'è chi lavora per questo obiettivo.

La previsione dell'art.21 - che ha oggettivamente attenuato il regime delle responsabilità gravante su amministratori e pubblici funzionari, perché quello era il dichiarato obiettivo, l'effetto voluto - è stata motivata con la necessità, legata anche all'imminente attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, di alleggerire il peso della responsabilità, restringerne il perimetro e contrastare l'inerzia derivante dalla c.d. *paura della firma*.

Dunque, la premessa da cui si è mosso il Legislatore è che il rischio di incorrere nella responsabilità amministrativa indurrebbe i dirigenti alla c.d. bur*ocrazia difensiva*, alla quale si deve la colpa dei ritardi nella realizzazione di piani, progetti, opere.

Tuttavia la "premessa" , opportunamente rilanciata dagli organi di informazione, tanto da assurgere a verità assoluta (nel senso che si dà oramai per scontato che l'azione amministrativa sia bloccata per la paura del processo contabile e della Corte dei conti), non è dimostrata, non è stata oggetto di alcun serio approfondimento, non è stata supportata da alcuna analisi , né da alcun dato, né sono stati forniti esempi, anche ricavabili *ex post* da un'analisi delle migliaia di sentenze pronunciate dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, tutte accessibili nella banca dati della stessa Corte dei conti.

In verità, illustri studiosi hanno evidenziato che la "paralisi del fare", che esiste e certamente va contrastata, è tuttavia ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, alla esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla impreparazione della dirigenza o almeno di parte di essa, ad una serie di concause che potremmo cumulativamente qualificare come "cattiva amministrazione".

(Io aggiungo anche la riduzione dei controlli preventivi; e con riferimento ai cantieri bloccati anche le lacune progettuali e le criticità delle analisi di fattibilità).

Ma, si è detto, i vari tentativi tesi alla semplificazione normativa sono falliti, per cui limitare il "rischio" della responsabilità amministrativo-contabile per contrastare la c.d. *paura della firma* è apparsa non la migliore soluzione, ma quella più facilmente praticabile: in questo ragionamento manca però un elemento di assoluto rilievo, e cioè

l'analisi delle ricadute della più facile soluzione scelta sull'azione amministrativa, il suo riflesso sull' allentamento del principio di legalità e sulla conseguente alimentazione dei fenomeni corruttivi, per questi ultimi nella intelligente definizione che anni fa l'ANAC diede della nozione di fatto corruttivo: nozione che è «*più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione*» e coincide con la "*mala amministrazione* ", intesa come assunzione di decisioni (*di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche*) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari.

Ecco, nessuno si è chiesto quale ricaduta o quale concorrente ricaduta avrebbe il nuovo regime della responsabilità.

Neppure noi, magistrati del Pubblico Ministero contabile, ma certamente uniti in questo ai colleghi di qualsiasi funzione svolta dalla Corte dei conti, ce lo siamo chiesto: non ce lo siamo chiesto perchè già lo sappiamo.

E lo sappiamo perché, come ha recentemente ricordato il Presidente Draghi, siamo "i guardiani autorevoli dei conti pubblici" e siamo, per cultura ed esperienze, ben consapevoli delle dinamiche della spesa pubblica e dei suoi profili patologici.

Quando si abbassa l'effettività del principio di legalità, quando si delimita al di sotto di una certa soglia il perimetro delle responsabilità, quando la "fuga della firma" in realtà è la "fuga dai controlli", si innesca il processo di formazione non di buone prassi ma della "mala amministrazione", nel significato datole dall'ANAC. Facciamo solo un pensiero a quello che sta emergendo in questi giorni a proposito degli acquisti di mascherine e altri prodotti medicali….

Gli stessi vagheggiati "benefici" (l'avvio di piani, progetti, opere, lo sblocco dei cantieri) sono solo meramente supposti, come in realtà era supposto il loro "blocco" a causa della "paura della firma" derivante dal timore della responsabilità amministrativa.

Come ho detto, nessuno ha illustrato casi concreti, nessuno è entrato nel dettaglio. E pensare che centinaia di cantieri siano bloccati, tutti o solo una parte, per la paura della responsabilità amministrativa è una cosa che proprio non esiste. Noi non abbiamo il potere giuridico di sequestrare o bloccare cantieri.

Permettetemi di fornire qualche dato: sono stati circa 2000 i giudizi di responsabilità promossi nel biennio 2019/2020; l'analisi della tipologia delle fattispecie dedotte in questi duemila giudizi di responsabilità ci consegna un quadro dove spiccano : fattispecie direttamente connesse alla commissione di reati (267 nel 2019, 203 nel 2020) , frodi comunitarie (un centinaio) , numerosi casi di assenteismo, i casi dei furbetti del cartellino, mancate entrate tributarie, mancata riscossione di canoni, percezione di emolumenti non dovuti, indebiti conferimenti di incarichi e di consulenze, danni derivanti da attività sanitarie, indebita percezione o indebito impiego di contributi pubblici, indebita corresponsione di premi, indennità, trattamenti

accessori, omesso recupero di crediti, ritardati o mancati accertamenti, danni di varia natura al patrimonio pubblico, assunzioni illegittime, falsi invalidi, etc.

Ebbene, in apparenza nulla, fin qui, che si possa ricondurre alle supposte cause della "paura della firma", né le fattispecie ricordate sembrano riguardare piani, progetti, programmi, opere pubbliche, cantieri bloccati.

Ma è su queste fattispecie, dove spesso si combinano elementi dolosi e colposi, o più spesso si rinviene solo colpa grave, cioè grave e inescusabile trascuratezza dei doveri minimi richiesti, che andrà soprattutto ad impattare il nuovo regime della responsabilità amministrativa.

E' vero che nel 2019 ci sono state anche 14 citazioni legate alla realizzazione di opere pubbliche e 17 citazioni connesse ad attività contrattuali e che nel 2020, a causa della riduzione delle attività a causa del Covid, le stesse citazioni sono state complessivamente 15 : ma si converrà che questi numeri -in rapporto alle stazioni appaltanti, che pare siano oltre 30mila - non sembrano tali, ammesso che in astratto queste ultime fattispecie possano riferirsi a piani, progetti, programmi, opere, da aver determinato una così diffusa, paralizzante "paura" o gli effetti della c.d. burocrazia difensiva.

Aggiungo per completezza statistica, che mediamente su 100 istruttorie solo 3 o 4 diventano giudizi di responsabilità; e solo il 60% di questi giudizi si conclude con una sentenza definitiva di condanna.

Le tantissime archiviazioni nella fase istruttoria , le tante assoluzioni all'esito del processo danno conto - e sottolineano in ciò la professionalità di PM e Giudici - anche di una particolare attenzione alle difficoltà operative che affronta il dirigente, alla considerazione della poca chiarezza normativa nella quale opera il funzionario, alla scarsità dei mezzi a disposizione, sino alla valutazione dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata (specifica esimente prevista dalla legge 20/1994).

Si dice che il processo di per sé sia una condanna, ma ciò non può risolversi nel non fare il processo quando ne sussistano le ragioni. Deve però trattarsi di un "giusto", rapido ed equilibrato processo.

Il dubbio è forse che si guardi, ancora oggi, all'istruttoria e al giudizio di responsabilità secondo vecchi stereotipi, del tutto superati: chi ha questi timori ignora, e purtroppo lo ignorano ancora in tanti, che dall'ottobre 2016 è entrato in vigore il primo Codice di giustizia contabile, che ha previsto regole certe e, per quanto interessa in questo ragionamento, ampie e inedite tutele difensive sin dalla fase istruttoria, riti abbreviati, etc. Un "giusto processo", preceduto da una istruttoria che, nella chiara volontà del Legislatore delegato del 2016, non poteva e non può mai tradursi in una anticipata condanna. Un'istruttoria, tra l'altro, che, come detto, non prevede la possibilità di bloccare lavori o sequestrare cantieri.

Certo, di più si può fare per migliorare il regime della responsabilità, ad esempio in tema di spese legali, prevedendo il rimborso – nella misura corretta e congrua - anche

per quelle sostenute a seguito di invito a dedurre, e quindi in una fase che solo eventualmente precede il processo; ovvero si può intervenire sulle condizioni, già abbastanza vantaggiose , dei riti abbreviati (quelli hanno introdotto misure alternative al processo, attraverso il pagamento immediato di una somma inferiore alla pretesa risarcitoria).

Insomma, il contesto normativo, le fattispecie dedotte in giudizio, i numeri – non quelli vagheggiati o semplicemente non forniti– ci dicono che le cause della "*paura della firma*", della fuga dalle responsabilità vanno ricercate altrove, e non nella responsabilità amministrativa., che è posta a tutela della corretta gestione delle pubbliche risorse.

Questo per quanto riguarda le premesse che avrebbero motivato la disposizione in esame.

Ora, il profilo costituzionale.

È noto che la limitazione (generalizzata, perché limitazioni specifiche già esistevano per lo svolgimento di attività a rischio) della responsabilità amministrativa al dolo o colpa grave, fu introdotta con le riforme degli anni '90.

Soprattutto con questa ultima regola ma anche con il carattere personale della responsabilità, con la connessa intrasmissibilità agli eredi, salvo i casi di illecito arricchimento, etc. la responsabilità amministrativa si allontanava dalla tradizionale matrice civilistica, cioè dalla comune responsabilità risarcitoria - che per circa un secolo ne aveva permeato sia i profili sostanziali che quelli processuali - e assumeva una nuova conformazione, come riconobbero le Sezioni riunite della stessa Corte dei Conti all' indomani della riforma del 1994 e come precisò la Corte costituzionale allorquando si pronunciò sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcune sezioni giudicanti della Corte, ancora legate al precedente assetto sostanziale.

Si denunciava, tra l'altro la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, perché si riteneva da parte dei giudici rimettenti che la nuova responsabilità, distaccandosi da quella civile, avesse determinato una ingiustificata disparità di trattamento a favore dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

Non era l'unico profilo di incostituzionalità dedotto, ma indubbiamente era quello più suggestivo. Erano stata denunciata anche la violazione degli artt. 24, 81, 97, 103 della Costituzione.

Vale allora ricordare alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale numero 371 del 1998, di grande e attuale interesse alla luce della riforma introdotta con l'articolo 21 del Decreto Semplificazioni.

Osservava la Corte costituzionale che, nel processo di nuova conformazione della responsabilità amministrativa deve essere valutata positivamente la limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, poiché essa risponde all' intento "*di predisporre nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici un assetto*

normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all' eventualità di rallentamenti ed inerzia nello svolgimento dell'attività amministrativa".

Sottolineava la Corte, che "*nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, la disposizione in questione risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo"*.

Un "punto di equilibrio", affermava la Corte costituzionale.

Il concetto è importante: significa, in altri termini, che interventi legislativi che allontanino la prospettiva della responsabilità, elevando oltre una certa misura la soglia della imputabilità, alterano inevitabilmente la equilibrata ripartizione del rischio, facendolo gravare in larga misura o pressoché esclusivamente sull'apparato pubblico - diciamo pure sulla fiscalità generale - senza concretizzare quegli effetti di deterrenza e quella ragione di stimolo che si accompagnano alla prospettiva della responsabilità.

A mio avviso, il nuovo regime della responsabilità, sono certo in buona fede e ispirato dalla volontà di velocizzare la ripresa, ha fatto venir meno il punto di equilibrio saggiamente indicato dalla Corte costituzionale, al di qua o al di là del quale probabilmente si porrebbe anche un problema di costituzionalità, almeno con riferimento all'art. 97 della Costituzione, che invece, relativamente alla limitazione della responsabilità al solo dolo o colpa grave, era stato escluso proprio con le argomentazioni sopra richiamate.

In ipotesi, avuto riguardo alle ragioni che hanno motivato il nuovo regime della responsabilità, si è visto quanto incoerenti e prive di dati di fatto, forse si porrebbe anche un problema di irragionevolezza e arbitrarietà della scelta normativa.

Del resto, secondo la sentenza Corte costituzionale n. 411 del 1988, il Legislatore è arbitro di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto ed a quali soggetti la responsabilità sia ascriversi, ma deve comunque osservare il limite della ragionevolezza e della non arbitrarietà.

Ed ora, l'ultimo profilo, quello afferente ai rapporti tra il nuovo regime della responsabilità introdotto dal più volte citato art. 21 e la regolamentazione europea relativa al Recovery Fund.

Il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2021/241 del 12 febbraio 2021, "*che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*" (il c.d. Recovery Fund") dedica molta attenzione al controllo sulla corretta gestione dei fondi.

Il complesso normativo che disciplina il dispositivo trova, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento 241 del 2021, le sue regole generali nel Regolamento finanziario e nel Regolamento 2092 del 2020.

In tale contesto, e per quanto attiene specificamente alla tutela degli interessi finanziari della UE, i principi normativi impongono il rispetto, tra l'altro:

- del corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie (art. 4, comma 2, lett. b), Reg. n. 2092 del 2020);

- dell'effettivo controllo giurisdizionale, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni od omissioni compiute dalle autorità (art. 4, comma 2, lett. d), Reg. n. 2092 del 2020);

- del recupero dei fondi indebitamente versati (art. 4, comma 2, lett. f), Reg. n. 2092 del 2020).

Particolare attenzione, a livello eurounitario, è data a tale ultimo profilo, ossia al recupero dei fondi.

A tal fine, il Regolamento n. 241 del 2021 all'art. 8 fa espresso rinvio alla normativa generale del Regolamento finanziario, che prevede la responsabilità degli agenti finanziari, che sono tenuti "*a risarcire il danno alle condizioni dello statuto" (art. 92 Reg. finanziario UE*); il riferimento è allo Statuto dei funzionari UE, che prevede all'art. 22 che "*Il funzionario può essere tenuto a risarcire, in tutto o in parte, il danno subito dall'Unione per colpa personale grave da lui commessa nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni*".

A sua volta, l'art. 22, primo comma, del Regolamento 241 – che è fonte primaria del diritto - espressamente stabilisce:

1. Nell'attuare il dispositivo gli Stati membri, in qualità di beneficiari o mutuatari di fondi a titolo dello stesso, adottano tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per garantire che l'utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute dal dispositivo sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile, in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l'individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi. A tal fine, gli Stati membri prevedono un sistema di controllo interno efficace ed efficiente nonché provvedono al recupero degli importi erroneamente versati o utilizzati in modo non corretto. Gli Stati membri possono fare affidamento sui loro normali sistemi nazionali di gestione del bilancio.

Nel contesto delle articolate motivazioni e nelle prescrizioni del Regolamento 241, il Legislatore europeo si è pertanto soffermato sul controllo e sul fatto che l'attuazione del dispositivo – anche con il rinvio dinamico previsto dall'art. 8 del medesimo Regolamento - debba essere in linea con il principio della sana gestione finanziaria, che comprende la prevenzione e il perseguimento efficaci della frode, ivi compresa la frode fiscale, l'evasione fiscale e il conflitto di interessi. È altresì previsto che gli interessi finanziari dell'Unione siano, da ciascun Paese, tutelati efficacemente.

È importante evidenziare quanto emerge dalle motivazioni e dalle prescrizioni del Regolamento 241 sul rapporto tra l'attività di controllo e le azioni dirette all'

immediata e puntuale azione repressiva, non solo di carattere penale, ma diretta anche all' effettivo recupero delle somme di cui si riscontrino profili di frode.

Il rinvio all'art. 22 dello Statuto dei funzionari U.E., che espressamente richiama la colpa grave per il risarcimento del danno è poi di particolare rilievo, in quanto, oltre all'azione recuperatoria, pare prevedere anche la risarcibilità dei danni arrecati con colpa grave: è ovvio, con riferimento agli interventi finanziati con fondi europei del Recovery Fund.

E dunque, l'Europa, in estrema sintesi, ci fornisce i mezzi finanziari per la ripresa, ma esige, giustamente, una sana gestione finanziaria ed efficaci azioni di contrasto, non solo di carattere penale ma anche recuperatorie, nei casi di impiego illecito dei fondi del Recovery Fund, nonché risarcitorie nei termini di cui all'art. 22 dello Statuto funzionari UE, che entra nel quadro normativo che regola l'attuazione del Recovery Fund per effetto del già menzionato art. 8 del Reg. 241.

Queste ultime azioni, quella recuperatoria e quella risarcitoria, chiamano in causa innegabilmente la "giustizia contabile", che deve poter contare, con specifico riferimento alle misure da attuale con il Recovery Fund, su tutti gli strumenti giuridici necessari per adempiere agli obblighi posti dal Regolamento a carico dello Stato italiano.

Quanto alle frodi, l'azione al loro contrasto non è estranea all'attività e alle esperienze del Pubblico Ministero contabile.

È ciò che senza clamori, ma seriamente, facciamo da anni.

Devo infatti ribadire che sul fronte del contrasto alle frodi, comunitarie e non, le procure regionali sono da tempo particolarmente attive, come dimostrano i dati – numero delle sentenze (1173 nel decennio trascorso), importi delle condanne (oltre 1,1 mld di euro, nel medesimo periodo) – forniti in occasione della recente inaugurazione del corrente anno giudiziario.

La Procura generale, in collegamento e sinergia con omologhi organi di tutti i paesi europei, è partner oramai storico di OLAF – l'ufficio europeo antifrode – e ha già avviato contatti con finalità operative con EPPO, la procura europea antifrode.

Vale rammentare, per ultimo, che, ai sensi dell'art. 325 del Trattato UE, i Paesi membri sono tenuti a proteggere gli interessi finanziari dell'Unione con i medesimi strumenti con i quali proteggono i propri interessi finanziari : e dunque l'abbassamento del livello di protezione dei nostri interessi finanziari (restringendo il perimetro delle responsabilità amministrativo-contabili, ammesso che ciò sia possibile alla luce della stessa normativa europea) determina anche, di riflesso, l'abbassamento del livello di protezione degli interessi finanziari dell'Unione, e ciò per l'appunto mi sembra in contrasto con le prescrizioni del Regolamento 241/2021.

Non si giustifica allora, a maggior ragione, la recente attenuazione del regime della responsabilità, che a me pare contrastare con il quadro normativo eurounitario, che fa da cornice all'attuazione del c.d. dispositivo.

In tale quadro, torno a ribadire, si fa espresso riferimento, come detto, sia alle finalità recuperatorie, sia a quelle risarcitorie, essendo per queste ultime richiesto, ai sensi dell'art. 22 Statuto funzionari UE, l'elemento soggettivo della colpa grave (escluso dall'art. 21 del decreto Semplificazioni).

Concludendo, tutti i magistrati della Corte dei conti e nello specifico tutti i pubblici ministeri contabili non sono solo "guardiani autorevoli dei conti pubblici" italiani, ma sono, direi nello stesso tempo, con riguardo al dispositivo per la ripresa e la resilienza che ha un rilievo strategico per il Paese e con riferimento alle regole di controllo cui lo Stato italiano è tenuto per effetto della normativa eurounitaria , anche i "guardiani autorevoli" delle finanze comunitarie.

.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

La Corte dei conti ai tempi del "Recovery plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*

di Guido Rivosecchi**

17 novembre 2021

Sommario: 1. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il rilancio degli investimenti pubblici. – 2. Come interviene il decreto-legge c.d. "semplificazioni" sugli investimenti pubblici. – 3. Il ruolo della Corte dei conti alla stregua dei decreti-legge c.d. "semplificazioni" e "rilancio", in ordine ai diversi profili dei giudizi di responsabilità… – 4. …e alle funzioni di controllo. – 5. Verso una Corte dei conti sempre più "consulente" e sempre meno giudice?

1. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il rilancio degli investimenti pubblici

Per tentare di inquadrare quello che potrebbe essere il ruolo della Corte dei conti "ai tempi del *Recovery plan*", è necessario affrontare preliminarmente gli altri due temi richiamati nel titolo della relazione che mi è stata assegnata – investimenti e semplificazione – da cui discende l'esigenza di "manutenzione" dei procedimenti decisionali a seguito dell'emergenza pandemica.

Quanto alla possibile ridefinizione dei compiti della magistratura contabile, si tratta infatti di profili indefettibili allo scopo di favorire la ripresa e lo sviluppo economico attraverso l'annunciato piano di investimenti pubblici, effetto dell'impiego di risorse di derivazione europea. Per tali ragioni sembra opportuno affrontare anzitutto gli aspetti maggiormente rilevanti a tali fini per come emergono dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in poi: PNRR) e dalla disciplina posta in essere dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11

* Intervento al Convegno on-line "*La Corte di conti ai tempi del recovery plan: quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*", tenutosi il 25 marzo 2021 e organizzato dal Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche della Luiss Guido Carli "Vittorio Bachelet" e dalla Corte dei conti, in occasione della presentazione del volume a cura di D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema a regime*, La Tribuna, 2020.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Padova.

settembre 2020, n. 120 (c.d. decreto "semplificazioni") da cui muove il nostro dibattito, anche in relazione all'opera collettanea che oggi presentiamo, dedicata, appunto, all'analisi di tale decreto[2]. Successivamente, alla stregua del quadro normativo e giurisprudenziale qui di seguito ricostruito, si tenterà di delineare quello che potrebbe essere il ruolo della magistratura contabile nell'emergenza pandemica in relazione ai provvedimenti di rilancio dell'economia.

Il decreto "semplificazioni" rappresenta infatti un tentativo di adeguare il quadro normativo alle esigenze poste dall'emergenza e risponde quindi agli stessi obiettivi del *Recovery plan*, dichiaratamente rivolti a creare «una Pubblica Amministrazione più efficiente» e «un contesto regolamentare più favorevole alla crescita economica»[3].

Sia nella versione originaria del PNRR[4], sia in quella successivamente formulata dal Governo Draghi[5] sono articolati i programmi di investimento che l'Italia è tenuta a presentare alla Commissione europea nell'ambito del *Next Generation Europe* (d'ora in poi: NGEU). Come è noto, si tratta del primo programma di intervento capace di creare debito europeo di dimensioni inedite senza che sia necessario fornire la previa garanzia degli Stati, in larga parte destinato a erogazioni a fondo perduto per finanziare, appunto, i PNRR degli Stati membri, integrati nella programmazione di bilancio europea[6]. Il NGEU mette a disposizione ingenti risorse per il rilancio degli investimenti pubblici, sfruttando anche le sinergie con gli altri strumenti di investimento da tempo previsti dal diritto dell'Unione europea, a partire dai Fondi europei disponibili all'interno del Quadro Finanziario Pluriennale[7]. Al riguardo, occorre precisare che tra i principali criteri per il monitoraggio dei programmi nazionali di investimento sono espressamente richiamate le specifiche raccomandazioni annualmente rivolte agli Stati membri nell'ambito del Semestre europeo, sicché dagli interventi europei dipende in buona parte la "tenuta" delle misure di sostegno all'economia già votate in extra-*deficit* dal Parlamento nazionale[8].

Per dare la dimensione delle cifre di cui stiamo parlando, è opportuno ricordare che per l'Italia le risorse finanziarie messe a disposizione ammontano a circa 196 miliardi a prezzi correnti, 69 dei quali sotto forma di trasferimenti, 127 sotto forma di

---

[2] AA.VV., *I contratti pubblici dopo il decreto semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema "a regime"*, a cura di D. Bolognino – H. Bonura – A. Storto, Piacenza, La Tribuna, e-book, 2020.
[3] Cfr. il il PNRR approvato dal Governo Draghi il 15 aprile 2021, 2 ss.
[4] Cfr. il PNRR presentato dal secondo Governo Conte il 12 gennaio 2021: cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, NextGenerationItalia, approvato dal Consiglio dei ministri del 12 gennaio 2021.
[5] Cfr. il PNRR approvato dal Governo Draghi il 15 aprile 2021: cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, NextGenerationItalia, Italia/domani, trasmesso alle Camere il 25 aprile 2021.
[6] Cfr. il Quadro di finanziamento pluriennale 2021-2027.
[7] Per un efficace inquadramento sul piano del Diritto costituzionale dei programmi del *Next Generation Europe*, cfr. C. Bergonzini, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost.*, 2020, 761 ss., spec. 768 ss.
[8] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos*, n. 3/2020, 22 ss.

prestiti. Si tratta, quindi, di un programma di investimento senza precedenti di fonte ad un'emergenza senza precedenti, almeno nel periodo repubblicano.

Uno degli obiettivi maggiormente qualificanti del Piano Nazionale è costituito dall'«aumento permanente dell'efficienza della Pubblica Amministrazione e della sua capacità di decidere e mettere a punto progetti innovativi, accompagnandoli dalla selezione e progettazione fino alla realizzazione finale»[9] (PNNR, 13).

Tra le specifiche «missioni» in cui si articola il Piano, largo spazio è dedicato agli «Interventi speciali di coesione territoriale», tra i quali assumono particolare rilievo la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche[10] e lo sviluppo delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile[11].

Al riguardo, in sede di audizione parlamentare dinanzi alle Commissioni riunite bilancio, finanze e politiche dell'Unione europea di Camera e Senato in data 8 marzo 2021, il Ministro dell'economia Daniele Franco ha sottolineato tre priorità: a) completare il Piano rispettando il termine di presentazione del 30 aprile 2021; b) assicurare che i progetti di investimento siano effettivamente completati nei tempi previsti dal Piano; c) predisporre un sistema di monitoraggio e rendicontazione dell'avanzamento dei progetti stessi, del conseguimento di obiettivi intermedi e finali e del relativo impiego delle risorse: ciò che costituisce condizione per l'effettiva erogazione delle risorse da parte dell'Unione europea[12].

A tali fini – come anticipato dallo stesso Ministro – dovrebbe essere istituita un'apposita struttura di monitoraggio e controllo del Piano nazionale di ripresa e resilienza presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, anche mediante l'istituzione di un'unità di *audit*, di carattere indipendente, a cui affidare le verifiche a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e della sana gestione degli investimenti, nonché l'adozione delle eventuali azioni correttive per non compromettere il conseguimento degli obiettivi del PNRR[13]. Sottolineo questo punto perché mi pare rilevante anche per comprendere quello che potrebbe essere il ruolo della Corte dei conti nella fase di controllo e vigilanza che – è bene ricordare – è costituzionalmente distinta da quella degli organi del Ministero dell'Economia e delle Finanze e deve rimanere tale, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza costituzionale[14].

Dal quadro normativo euro-nazionale e dalle già anticipate linee di attuazione del PNRR seguono quindi specifiche esigenze: a) dovranno essere selezionati i progetti che rientrano nelle linee programmatiche e sono conformi ai parametri previsti dalla

[9] Cfr. il PNRR approvato dal Consiglio dei ministri del 12 gennaio 2021, cit., 13.
[10] Cfr. il PNRR approvato dal Consiglio dei ministri del 12 gennaio 2021, cit., 51 ss.
[11] Cfr. il PNRR approvato dal Consiglio dei ministri del 12 gennaio 2021, cit., 98 ss.
[12] Cfr. l'audizione del Ministro dell'Economia e delle Finanze, Daniele Franco, dinanzi alle Commissioni riunite bilancio, finanze e politiche dell'Unione europea di Camera e Senato nell'ambito dell'esame del Doc. XXVII, n. 18 (Proposta di Piano nazionale di Ripresa e Resilienza), 8 marzo 2021, in *www.gov.mef.it*, 10 e 13.
[13] Cfr. l'audizione del Ministro dell'Economia e delle Finanze, Daniele Franco, cit., 13.
[14] Cfr. sentt. n. 60 del 2013; n. 39 del 2014.

normativa europea di sostegno degli investimenti; b) l'individuazione di tali progetti dovrà avvenire in tempi rapidi, secondo criteri di efficienza e in maniera conforme ai parametri euro-nazionali.

Non si tratta, per la verità, di un approccio nuovo, bensì già largamente sperimentato nel diritto dell'Unione europea: basti pensare alle diverse "stagioni" dei fondi strutturali europei e ai diversi istituti rivolti ad incentivare gli investimenti previsti all'interno del Quadro Finanziario Pluriennale. Pertanto, alla luce della non sempre felice esperienza italiana circa l'impiego dei fondi, le linee di attuazione del Programma nazionale dovranno cercare di superare le difficoltà strutturali e i ritardi nella valutazione *ex ante* dei progetti e nella valutazione *ex post* circa i risultati nell'impiego dei fondi.

Da questo punto di vista, come ben chiarito dall'Introduzione dei curatori del volume da cui muove la nostra discussione, il decreto semplificazioni si inserisce in un contesto normativo che poneva già queste esigenze e quindi, in linea generale, non può che essere apprezzato il tentativo del legislatore di introdurre nuovi istituti e rafforzare quelli già esistenti al fine di garantire il rilancio degli investimenti pubblici in coerenza con i diversi strumenti previsti dal Quadro di finanziamento pluriennale europeo 2021-2027 e anticipando quelli che saranno successivamente introdotti dal PNRR.

2. Come interviene il decreto-legge c.d. "semplificazioni" sugli investimenti pubblici

Su questa stessa linea ricostruttiva si colloca il richiamato decreto-legge n. 76 del 2020, in una logica dettata dalle esigenze di rilancio dell'economia a seguito dell'emergenza pandemica.

Coerentemente con i programmi di intervento euro-unitari, il decreto interviene lungo una duplice direttrice: agevolare gli investimenti e favorire la realizzazione delle infrastrutture.

A questi fini, sono previsti interventi particolarmente incisivi per: la disciplina dei contratti pubblici; l'edilizia e la ricostruzione nelle aree colpite da eventi sismici; le semplificazioni procedimentali; lo sviluppo di sistemi informativi nelle amministrazioni pubbliche; la disciplina della finanza degli enti locali in relazione allo stato di emergenza; il sostegno all'innovazione tecnologica e all'innovazione digitale; le semplificazioni in materia di attività di impresa e di investimenti pubblici; le semplificazioni in materia ambientale e di *green economy*; la disciplina della responsabilità penale e amministrativo-contabile.

Al riguardo, il volume curato da Bolognino, Bonura e Storto offre un'utile sintesi e una significativa analisi dei diversi interventi previsti. Le articolate misure contenute nel decreto sono accomunate non soltanto da obiettivi di semplificazione dei procedimenti strettamente intesi, ma soprattutto dall'introduzione di una disciplina in

parte temporanea e in parte "a regime", di carattere comunque derogatorio rispetto al diritto vigente. Si tratta, quindi, di una corposa normativa che trova fondamento nell'emergenza ed è rivolta ad introdurre misure acceleratorie dei procedimenti disciplinati dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*; c.d. Codice dei contratti pubblici) e dalla normativa degli altri comparti su cui interviene il decreto "semplificazioni".

Questo aspetto è ben messo in rilievo, in particolare, dagli articoli di Raffaele Tuccillo sulle procedure di incentivazione degli investimenti pubblici e di Daniela Bolognino sulla sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica, che toccano profili centrali della semplificazione e accelerazione dei procedimenti.

Più in generale, il volume oggi qui in commento si sofferma sulla disciplina maggiormente rilevante sia quantitativamente sia qualitativamente nel tentativo di conseguire questi obiettivi, vale a dire quella relativa ai contratti pubblici, rivolta a eliminare vincoli e oneri per le amministrazioni pubbliche e a favorire la ripresa economica. Da questo punto di vista, viene approfondita l'analisi relativa alla disciplina dei contratti c.d. "sotto soglia" per i quali sono previsti affidamenti diretti e procedure negoziate semplificate mediante, tra l'altro, l'introduzione di un sistema di consultazione di un numero variabile di operatori a seconda del valore dell'appalto in relazione alle diverse soglie, a cui è funzionale il previsto criterio di rotazione degli inviti, capace di tenere conto anche della diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate[15]. Quanto, invece, ai contratti c.d. "sopra soglia" sono introdotte rilevanti deroghe alla disciplina prevista dal decreto legislativo n. 50 del 2016 con riferimento alle procedure di selezione dei contraenti poiché è attribuito specifico rilievo alla procedura negoziata senza bando e viene introdotta una disciplina derogatoria per alcune categorie di opere[16].

La normativa in esame si pone come alternativa anche al commissariamento delle procedure di realizzazione delle opere pubbliche al fine di favorire l'accelerazione della realizzazione di interventi infrastrutturali[17]. Per questa parte, essa non costituisce una normativa temporanea, ma una soluzione definitiva "a regime".

Si tratta di un'occasione utile anche per offrire una soluzione alternativa al regime speciale dei commissariamenti che non ha sempre adeguatamente funzionato. Al riguardo, per la logica stessa di funzionamento dei commissariamenti straordinari e per gli obiettivi di accelerazione che tali interventi si prefiggono, sarebbe stato

[15] Cfr. l'art. 1 del decreto-legge n. 76 del 2020.
[16] Cfr. l'art. 2 del decreto-legge n. 76 del 2020.
[17] Cfr., in particolare, l'art. 9 del decreto-legge n. 76 del 2020.

probabilmente opportuno ridurre o espungere il controllo preventivo della Corte dei conti su tali procedimenti, secondo quanto suggerito dal contributo di Alberto D'Ercole.

Come si tenterà qui di seguito di argomentare, il carattere emergenziale degli interventi contenuti nel decreto in parola, rivolti a favorire la tempestiva ripresa degli investimenti, mal si concilia con il rafforzamento dei controlli preventivi della Corte dei conti, ben potendosi all'opposto intensificare controlli successivi sull'impiego delle risorse affidati alla magistratura contabile.

Il libro si concentra pressoché integralmente sugli interventi previsti in relazione alle amministrazioni pubbliche statali: ciò si spiega perché esse costituiscono l'oggetto principale del decreto semplificazioni. Sarebbe stato utile, però, anche un approfondimento delle misure di semplificazione che hanno ad oggetto le autonomie: quelle territoriali e quella universitaria, su cui si registrano interventi interessanti in ordine a taluni profili organizzativi e funzionali toccati dal decreto. Basti pensare, soltanto a titolo di esempio, sul secondo versante, ai progetti di ricerca che possono essere attivati sfruttando le sinergie offerte dal quadro normativo europeo.

Quanto alle autonomie territoriali, le novità degne di maggior rilievo sono quelle previste per gli enti locali, soprattutto in relazione al ruolo della Corte dei conti nella procedura di pre-dissesto (o dissesto-guidato) e nella procedura di riequilibrio finanziario pluriennale prevista dall'art. 243-*bis* del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*; c.d. TUEL)[18]. Su tali procedimenti e sull'assetto della finanza locale è successivamente intervenuto anche l'art. 53 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (*Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*), convertito in legge, con modificazioni dell'art. 1, comma 1, della legge 13 ottobre 2020, n. 126.

Tali norme hanno previsto: a) forme di sostegno agli enti locali in *deficit* strutturale, incrementando la dotazione del Fondo di rotazione previsto dal TUEL; b) la sospensione dei procedimenti e dell'efficacia delle deliberazioni delle Sezioni regionali della Corte dei conti – chiamate a verificare il piano di riequilibrio e la corretta adozione delle previste misure correttive – per gli enti locali che hanno approvato il piano di riequilibrio pluriennale ai sensi dell'art. 243-*bis* del TUEL; c) la sospensione delle procedure esecutive a qualunque titolo intraprese nei confronti degli enti locali.

Si tratta di norme che, da un lato, si spiegano per sostenere nell'emergenza l'autonomia locale, ma che, dall'altro, se la loro applicazione non sarà rigorosamente limitata all'emergenza, potrebbero avere un considerevole impatto finanziario non soltanto perché riguardano i numerosi comuni che si trovano in stato di pre-dissesto, ma perché la disciplina introdotta potrebbe interferire con il percorso di convergenza verso gli obiettivi di risanamento dei conti imposti dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 e dalla normativa attuativa dei precetti costituzionali dell'equilibrio e della sostenibilità della finanza pubblica allargata.

[18] Cfr. l'art. 17 del decreto-legge n. 76 del 2020.

Occorre infatti ricordare che tali norme si inseriscono in un quadro di pronunce della Corte costituzionale che sono intervenute negli ultimi anni sia sul versante delle modalità di risanamento della finanza degli enti locali[19], sia su quello della garanzia del pagamento dei debiti delle amministrazioni pubbliche, considerato valore preminente dal diritto dell'Unione europea, recentemente ribadito anche dalla sent. della Corte costituzionale n. 78 del 2020. Quest'ultima, infatti, ha dichiarato non fondate questioni di legittimità costituzionale promosse da alcune Regioni in relazione alle norme rivolte ad assicurare il rispetto dei tempi di pagamento delle obbligazioni contratte dagli enti sanitari regionali, consentendo che sia condizionata a tali obiettivi una quota di indennità di risultato dei dirigenti amministrativi e avvalorando, in tal modo, il percorso intrapreso dalla legislazione finanziaria statale rivolto, sin dalla crisi del 2011, ad introdurre istituti idonei a smobilizzare i crediti commerciali mediante l'allentamento delle regole del patto di stabilità interno e la concessione di anticipazioni di liquidità per favorire maggiori disponibilità di cassa per gli enti creditori[20], allo scopo di ridurre i ritardi nei pagamenti dei debiti commerciali di *tutte* le pubbliche amministrazioni, statali e regionali, incluse nel conto consolidato rilevante per la verifica del rispetto dei parametri europei[21]. Guardando al quadro di riferimento euro-nazionale, si tratta di una tendenza che sembrerebbe necessario preservare anche nell'attuale crisi pandemica ed economia poiché proprio ai fini di assicurare l'effettività dell'obbligo di pagamento dei debiti commerciali delle amministrazioni pubbliche sono recentemente intervenute pronunce di condanna dell'Italia in sede europea[22].

Pertanto, l'applicazione di tali norme "di favore" per gli enti locali – inserite, tra l'altro, come purtroppo troppo spesso accade, mediante decreti-legge *omnibus* – e i loro possibili effetti sulla finanza pubblica andranno seguiti con grande attenzione per evitare che misure rivolte ad assicurare la «stabilità finanziaria degli enti locali» come recita il titolo dell'art. 17 del decreto semplificazioni non si pongano in contrasto con i *dicta* della Corte costituzionale e della Corte di giustizia e non si traducano in una dequotazione del principio di legalità finanziaria[23]. Infatti, come emerge dai controlli delle Sezioni regionali della Corte dei conti (che vengono invece limitati, dalle norme in parola, se non, a certe condizioni, sospesi), nel periodo più recente si riscontrano discutibili prassi contabili degli enti locali: dalla rinuncia alla attivazione dell'anticipazione del Fondo di rotazione, alla tendenza a ricorrere a un uso improprio dell'avanzo di amministrazione o del fondo pluriennale vincolato o – aspetto ancor più

[19] Cfr. sentt. n. 18 del 2019; n. 4 e n. 115 del 2020.
[20] Cfr. d.l. 8 aprile 2013, n. 35: per un'analisi delle misure richiamate, cfr. C. Bergonzini, *Ancora un* singolare malfattore legale*? I perduranti ritardi nel pagamento dei debiti commerciali delle p.a.* (19 giugno 2017), in *www.amministrazioneincammino.luiss.*it, 14 ss.
[21] Per un approfondimento, cfr. G. Rivosecchi, *Affidabilità delle transazioni commerciali delle amministrazioni pubbliche e limiti all'autonomia regionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/2020, 892 ss.
[22] Cfr. sent. Corte Giustizia UE 28 gennaio 2020, in causa C-122/18, *Commissione c. Italia*.
[23] Al riguardo, si vedano le considerazioni critiche di G. Colombini, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi.it*, n. 8/2021, 21 ss., spec. 24 ss.

critico – delle anticipazioni di liquidità; o, ancora, la tendenza a sopravalutare le entrate, o ad occultare i debiti fuori bilancio nei rapporti debito-credito tra i comuni e la Regione di appartenenza[24].

Deve essere invece ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha posto limiti ben precisi al ricorso a tali istituti. Quanto alle anticipazioni di liquidità, ad esempio, pur trattandosi di istituto largamente utilizzato dalla legislazione finanziaria statale in favore degli enti locali, sono state definite dai Giudici costituzionali «anticipazioni di cassa di più lunga durata di quelle ordinarie»[25]: sicché il loro impiego va ritenuto ammissibile nei limiti del rispetto del precetto costituzionale che impone di riservare l'indebitamento degli enti territoriali alle spese di investimento (art. 119, sesto comma, Cost.). Non è certamente un caso che la Corte abbia tentato di limitare il fenomeno, ritenuto espressione di «una disciplina di carattere speciale e temporaneo»[26], «non riproducibile serialmente nel tempo e inidoneo a risanare bilanci»[27], bensì rivolto *unicamente* ad assicurare disponibilità di cassa per fronteggiare i debiti arretrati degli enti sub-statali[28].

3. Il ruolo della Corte dei conti alla stregua dei decreti-legge c.d. "semplificazioni" e "rilancio", in ordine ai diversi profili dei giudizi di responsabilità…

Le considerazioni da ultimo sviluppate consentono di giungere al tema centrale relativo alle norme contenute nel decreto "semplificazioni" rivolte a definire il ruolo della Corte dei conti "ai tempi del *Recovery plan*".

È opportuno muovere dalle norme previste dal decreto-legge n. 76 del 2020 per poi allargare lo sguardo in chiave prospettica all'indubbio ruolo che potrebbe avere la Corte dei conti ai fini di garantire l'efficienza, l'efficacia e l'economicità nella gestione delle risorse del PNRR. Dal primo punto di vista, la disciplina introdotta dal decreto "semplificazioni" sembra porre non pochi problemi di opportunità e financo di compatibilità con il quadro costituzionale; dal secondo punto di vista, invece, è indubbio che, guardando al sistema dei controlli sull'impiego delle risorse pubbliche, tanto più se di derivazione europea, potrebbe invece delinearsi uno spazio significativo e rilevante per il coinvolgimento della Corte dei conti, pienamente sintonico ed anzi rivolto all'attuazione dei principi costituzionali, muovendo dal presupposto che le funzioni attribuite alla Corte dei conti, volte ad assicurare il rispetto delle regole sulla

[24] Così, G. Colombini, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica*, cit., 22. Al riguardo, cfr. anche AA.VV., *Rapporto Ca' Foscari sui Comuni 2018. I comuni italiani dopo la grande crisi finanziaria*, a cura di M. Degni, Roma, Castelvecchi, 2019, spec. 125 ss.
[25] Sentt. n. 181 del 2015, punto n. 4.3.2 del "Considerato in diritto"; nonché n. 115 del 2020, punto n. 7.1 del "Considerato in diritto".
[26] Sent. n. 181 del 2015, punto n. 4.2 del "Considerato in diritto".
[27] Sent. n. 4 del 2020, punto n. 4.1 del "Considerato in diritto".
[28] Cfr. sentt. n. 181 del 2015, punto n. 4.2 del "Considerato in diritto"; n. 4 del 2020, punto n. 4.1 del *Cons. in dir.*; nonché n. 115 del 2020, punto n. 7.1 del "Considerato in diritto".

trasparenza delle decisioni in materia di finanza pubblica e il corretto impiego delle risorse, appartengono a pieno titolo al sistema delle garanzie dell'ordine costituzionale[29].

Nel contesto dell'emergenza e delle richiamate esigenze di celerità, efficienza ed efficacia poste dal diritto dell'Unione europea, gli artt. 21 e 22 del decreto-legge n. 76 del 2020 agiscono parallelamente sia sulla funzione giurisdizionale sia sulla funzione di controllo della Corte dei conti. Questo approccio mi sembra condivisibile perché presuppone un intervento coordinato in relazione alla manutenzione del plesso complessivo delle funzioni della Corte dei conti nell'emergenza, anche in relazione al significativo ruolo che essa potrebbe assumere nel controllo delle risorse pubbliche di derivazione europea.

Secondo quanto affermato dal decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174 (*Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124*), dalla giurisprudenza costituzionale[30] e da quella di legittimità[31], è proprio l'elemento oggettivo della natura pubblica delle risorse, tanto più alla luce dei parametri costituzionali sull'equilibrio di bilancio, a determinare la sostanziale sinergia tra la funzione giurisdizionale e quella di controllo della Corte[32]. Ciò consente oggi di fornire un'interpretazione unificante delle funzioni della magistratura contabile: da un lato, nella natura pubblica delle risorse da impiegare trovano fondamento i giudizi davanti alla Corte dei conti per accertare la responsabilità amministrativo-contabile, sempre più incentrata sull'elemento oggettivo su cui incide la condotta produttiva del danno erariale; dall'altro lato, la stessa natura pubblica delle risorse giustifica l'estensione dei controlli affidati alla Corte dei conti per evitare un impiego distorto o illegittimo delle risorse stesse.

Tale linea ricostruttiva mi sembra significativamente adottata anche dal decreto "semplificazioni". Gli artt. 21 e 22 del decreto-legge n. 76 del 2020 consentono infatti di fornire un'interpretazione unificante delle funzioni della magistratura contabile: da un lato, la natura pubblica delle risorse giustifica la manutenzione della funzione giurisdizionale nell'accertamento della responsabilità amministrativo-contabile; dall'altro lato, la stessa natura pubblica delle risorse giustifica i controlli affidati alla Corte dei conti per evitarne un impiego distorto o illegittimo.

---

[29] Al riguardo, cfr., ad esempio, M. Ristuccia, *La Corte dei conti quale strumento di governance*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 2011, 44; G. D'auria, *Sull'ingresso in Costituzione del principio del "pareggio di bilancio" (a proposito di un recente parere delle sezioni riunite della Corte dei conti)*, in *Foro it.*, III, 2012, 55 s.; U. Allegretti, *Controllo finanziario e Corte dei conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospet- tive*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, spec. 10 ss.; nonché G. Rivosecchi, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2019, 741 ss.

[30] Cfr. sentt. n. 60 del 2013, n. 39 e n. 40 del 2014; n. 18 del 2019.

[31] Cfr. ord. Cass., Sez. U, 13 marzo 2014 n. 5805; conformemente sent. Cass., Sez. U, 8 novembre 2016, n. 22645.

[32] In questa prospettiva, cfr. F. Sucameli, *La "iurisdictio" contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione "domestica" del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio* (8/11/2017), in *www.federalismi.it*, n. 21/2017, spec. 9 ss.

È bene ricordare che la responsabilità amministrativo-contabile riguarda l'esercizio della funzione e deve entrare in gioco soltanto quando impedire l'evento dannoso non è più possibile: in questa prospettiva, si dovrebbe privilegiare il controllo, preventivo e successivo, in quanto rivolto a prevenire il danno, evitando, cioè, l'uso illegittimo o scorretto delle risorse pubbliche. Al riguardo, deve essere ricordato che la nozione di controllo sull'impiego delle risorse affidato alla Corte dei conti, inteso quale istituto rivolto ad evitare «danni irreparabili» agli equilibri di bilancio, emerge molto chiaramente nelle sentt. della Corte costituzionale n. 60 del 2013, n. 39 del 2014 e n. 40 del 2014 ove è stato ripetutamente affermato che i controlli di legittimità-regolarità dei conti, in particolare quelli introdotti dal decreto-legge n. 174 del 2012, sono rivolti a prevenire «squilibri di bilancio», tanto più in forza rinnovati parametri costituzionali sull'equilibro introdotti dalla legge costituzionale n. 1 del 2012.

Se l'approccio metodologico del decreto semplificazioni è condivisibile – intervenire, cioè, sul plesso complessivo delle funzioni della Corte dei conti –, lo sono molto meno i contenuti degli artt. 21, 22 e 23 del decreto-legge n. 76 del 2020.

Mi limito soltanto a un cenno sui profili penalistici in quanto connessi alla limitazione della responsabilità erariale: le norme richiamate rischiano di determinare il passaggio da un eccesso di penalizzazione che connotava l'approccio della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*; c.d. "spazza-corrotti"), tutta orientata a valorizzare il momento repressivo e l'inasprimento delle pene, mentre è stato ampiamente dimostrato che il controllo della corruzione politica e amministrativa deve essere assicurato soprattutto attraverso la prevenzione[33], a un presumibile eccesso di depenalizzazione, per effetto della riforma del reato di abuso d'ufficio (art. 23), combinata alla limitazione della responsabilità erariale (art. 21)[34].

Nel provvedimento i due profili dell'intervento sono strettamente collegati per superare quella che è stata giornalisticamente definita la c.d. "paura della firma".

Sulla riforma dell'abuso d'ufficio non aggiungo molto alle considerazioni di Lucia Gizzi che nel libro oggi presentato ricostruisce efficacemente le linee evolutive della normativa e della giurisprudenza rilevante: dal tentativo di tipizzare maggiormente la condotta delittuosa con la legge 16 luglio 1997, n. 234 (*Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale*) che tentava di espungere dall'area del penalmente rilevante l'eccesso di potere collegando l'abuso d'ufficio alla «violazione di norme di legge o di regolamento», al successivo orientamento della giurisprudenza

[33] Cfr. B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2007, 17 ss.

[34] In questa prospettiva, cfr. G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione, dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)* (17/7/2020), in *www.sistemapenale.it*, 2020.

di legittimità che, nella fase successiva alla sent. Cass. Sez. Un. Pen. 10 gennaio 2012, n. 155, ha interpretato la riforma sopra richiamata non sempre nel senso di limitare l'applicazione della fattispecie di reato alle violazioni di legge in senso stretto, bensì nel senso di «mantenere la rilevanza penale anche di altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo» (eccesso di potere) purché «contrastanti con disposizioni di legge o di regolamento incluso il precetto costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione» (art. 97 Cost.)[35].

In questa chiave di lettura, potrebbe forse spiegarsi la modifica alla disciplina apportata dall'art. 23 del decreto "semplificazioni", rivolta, cioè, a delimitare ulteriormente l'elemento materiale della fattispecie criminosa, sia per rendere maggiormente determinata la condotta tipica, sia per limitare il sindacato del giudice penale sulle scelte discrezionali dell'amministrazione, in conformità al principio di legalità, determinatezza e tassatività del precetto penale.

Mi pare, però, che espungere i regolamenti dalle fonti la cui inosservanza possa determinare l'abuso d'ufficio – fattispecie di reato ora integrata soltanto in caso di violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste da fonti di rango primario – rischi di innalzare troppo l'asticella perché molto spesso, in esito ai processi di delegificazione connessi a quelli di semplificazione amministrativa, proprio come prevede parte della disciplina del Codice dei contratti pubblici, sono le fonti secondarie a recare le specifiche regole di condotta relative alla funzione o al servizio esercitato da una determinata amministrazione pubblica e questo potrebbe rendere difficile l'effettività della tutela penale del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione[36].

Tale impressione è confermata dall'ulteriore requisito introdotto dalla riforma per qualificare il reato, relativo al carattere vincolante delle regole di condotta, che devono essere tali da non lasciare «margini di discrezionalità all'agente», quando, in realtà, la discrezionalità (amministrativa, tecnica) involve tutti i settori di esercizio del potere amministrativo[37]. È senz'altro ragionevole escludere dal sindacato del giudice penale la discrezionalità politica, che ha carattere assoluto e riguarda scelte di indirizzo, per il resto sarebbe stato invece auspicabile eliminare il riferimento ai «margini di discrezionalità» rimettendo la questione al prudente apprezzamento del giudice[38].

È tuttavia sul versante della limitazione della responsabilità erariale che si registrano le maggiori perplessità. Si tratta di una forma di responsabilità capace di fungere da deterrente e quindi di contrastare efficacemente la corruzione mediante l'attività di prevenzione e repressione delle diverse forme di *mala gestio*, derivanti da

[35] In questi termini, D. Irollo, *Depotenziato (o depenalizzazione di fatto?) il reato di abuso d'ufficio*, ne *Il Quotidiano per la P.A.*, n. 7/2020 (cui appartengono le espressioni virgolettate).
[36] In questa prospettiva, G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; D. Irollo, *Depotenziato (o depenalizzazione di fatto?) il reato di abuso d'ufficio*, cit.; D. Irollo, *Depotenziato (o depenalizzazione di fatto?)*, cit.
[37] Così, G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.
[38] Cfr. G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.

condotte illecite o da gestioni contabili irregolari, su cui spetta alla Corte dei conti giudicare.

L'art. 21 del decreto semplificazioni interviene su un duplice versante della disciplina. Sotto un primo profilo, quanto alla "prova del dolo", inserendo un apposito periodo all'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*), viene richiesto espressamente di dimostrare la «volontà dell'evento dannoso» (art. 21, comma 1). In tal modo, il legislatore sembra accogliere la nozione penalistica di azione dolosa, sinora ritenuta invece non immediatamente applicabile al processo per responsabilità erariale dal prevalente orientamento della giurisprudenza contabile. In altre parole, mentre ai fini della sussistenza del dolo è stato sinora ritenuto sufficiente che il comportamento tenuto dal dipendente pubblico violi gli obblighi di servizio (dolo c.d. contrattuale), senza dover necessariamente dimostrare la volontà di produrre l'evento dannoso, la pretesa estensione dell'onere probatorio renderà presumibilmente più difficile affermare la responsabilità per danno erariale.

Quanto, poi, alla colpa grave, l'art. 21, comma 2, ha introdotto una disposizione transitoria, in relazione ai fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto sino al 31 dicembre 2021, che "argina" anche la colpa grave, in quanto introduce una sorta di «scudo erariale»[39], poiché limita la responsabilità per danno erariale «ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta», con l'effetto di abolire per l'anno corrente la responsabilità erariale per colpa grave, salva l'ipotesi di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente a cui non si applica tale limitazione di responsabilità.

Ci si potrebbe chiedere quanto tale disciplina, maggiormente penalizzante nei confronti di chi non agisce, poiché la colpa grave può essere sempre accertata e fatta valere in caso di condotta omissiva, possa essere ritenuta non soltanto effettivamente ragionevole e compatibile con il principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.)[40], ma anche quanto tale orientamento del legislatore possa ritenersi effettivamente rispondente a quelle esigenze anche sopra richiamate di maggiore efficienza nell'impiego delle risorse; esigenze, come dicevo, affermate proprio dal diritto euro-unitario nell'attuazione del *Recovery plan* e del PNRR nella selezione dei progetti su cui investire le risorse di derivazione europea.

In tale contesto, la riforma della responsabilità per danno erariale qui in esame non sembra sintonica né con la nozione di agire amministrativo postulata dai principi costituzionali sotto il profilo del principio del buon andamento e della legalità sostanziale, né con quella desumibile dal diritto dell'Unione europea che guarda anzitutto all'impiego efficiente delle risorse attraverso meccanismi di responsabilizzazione del decisore e alla tutela sostanziale degli interessi finanziari

[39] G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.
[40] Si vedano le considerazioni critiche di G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.

dell'Unione nell'impiego delle risorse, come ha dimostrato anche la lunga "saga Taricco" svoltasi tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale.

Al riguardo, deve essere anzi sottolineato che l'art. 3 del 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, individua tra le violazioni dei principi dello Stato di diritto «la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive» nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione, sicché la limitazione della responsabilità erariale, riferita all'impiego di risorse di derivazione europea, mal si concilierebbe con la tutela degli interessi che la riforma intenderebbe preservare, potendo all'opposto integrare una violazione del diritto euro-unitario.

Sulla stessa linea ricostruttiva può collocarsi – come osservava il Procuratore Generale Angelo Canale – il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, vale a dire il principale strumento di intervento del programma NGEU, capace – come ho detto – di mettere a disposizione degli Stati membri prestiti e sovvenzioni per un ammontare di 672,5 miliardi di euro. Ebbene l'art. 8 del richiamato Regolamento dispone che il dispositivo in parola sia «attuato dalla Commissione in regime di gestione diretta, in conformità delle pertinenti norme adottate a norma dell'articolo 322 TFUE, in particolare il regolamento finanziario e il regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio», con ciò rinviando ai richiamati principi del regolamento finanziario sulla responsabilità degli agenti finanziari e sul controllo e *audit* finanziario. Detto altrimenti: la disciplina europea sui controlli e la responsabilità finanziaria viene a postulare normative nazionali di rafforzamento e non certo di restringimento della responsabilità erariale in relazione all'impiego dei fondi derivanti dal *Recovery plan*. Occorre inoltre precisare che la questione della compatibilità della normativa interna in parola con il diritto euro-unitario è tutt'altro che meramente teorica perché sono già pendenti davanti alla Corte di giustizia rinvii pregiudiziali della Corte dei conti. Basti pensare al rinvio pregiudiziale delle Sezioni riunite della Corte dei conti (ord. n. 5/2021/RIS) avente ad oggetto l'art. 23-*quater* del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (*Ulteriori misure urgenti in materia della tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 18 dicembre 2020, n. 176, nella parte in cui limita la giurisdizione della Corte dei conti in ordine al perimetro delle pubbliche amministrazioni incluse nel c.d. "elenco Istat", funzionale alla formazione del conto economico consolidato dello Stato, poiché le previsioni e i risultati delle gestioni di bilancio di ogni pubblica amministrazione concorrono alla determinazione dei saldi del bilancio nazionale, sicché la determinazione del perimetro delle amministrazioni pubbliche costituisce atto presupposto alla formazione del bilancio e all'applicazione degli obblighi derivanti dai Trattati europei in materia di

finanza pubblica (limiti all'indebitamento netto e al disavanzo). Da ciò potrebbe seguire la lesione dei parametri del diritto euro-unitario in quanto la norma nazionale oggetto del rinvio pregiudiziale circoscrive la giurisdizione della Corte dei conti ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa pubblica. Se la Corte di giustizia accogliesse la prospettazione del giudice del rinvio, si affermerebbe il principio a cui facevo poco sopra riferimento in forza del quale il diritto dell'Unione potrebbe costituire limite invalicabile ad eventuali compressioni della giurisdizione contabile e della responsabilità per danno erariale.

Sottolineo infine che la limitazione della responsabilità erariale appare tanto più contraddittoria in quanto interviene in un momento storico in cui, da un lato, il già citato decreto legislativo n. 174 del 2016 (c.d. Codice della giustizia contabile) ha introdotto significative innovazioni rivolte a semplificare e accelerare i processi, con l'introduzione del processo monitorio, vale a dire di un procedimento a ridotte garanzie per danni erariali di lieve entità, e del rito alternativo (c.d. abbreviato) che consente il rapido recupero delle somme sottratte in misura pari al cinquanta per cento del danno prodotto e, dall'altro lato, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione sembra oggi più "generosa" rispetto al passato nei confronti della giurisdizione della Corte dei conti nell'interpretare le «materie di contabilità pubblica» di cui all'art. 103 Cost.[41].

Non deve essere sottaciuto che l'ampliamento o il restringimento della responsabilità per danno erariale possa determinare problemi di coordinamento tra giurisdizioni per effetto della moltiplicazione dei processi a cui possono essere sottoposti i dipendenti pubblici, con il rischio di non assicurare in maniera sempre adeguata l'effettività del diritto di difesa (art. 24 Cost.), ripetutamente qualificato principio supremo dell'ordinamento dalla giurisprudenza costituzionale[42]. Nondimeno, a me pare che *de iure condendo* problemi di questo tipo debbano essere affrontati sul piano del coordinamento sistematico tra giurisdizioni, nella specie tra processo penale e processo per danno erariale, piuttosto che ricorrendo ad interventi di modificazione di figure tipizzate (*id est*: restringimento della responsabilità per danno erariale) che rivestono per loro natura carattere residuale.

Sotto altro profilo, riforme di questa portata, che incidono cioè, sulla responsabilità penale, amministrativa e contabile dei dipendenti pubblici e che involvono quindi principi fondamentali come quelli affermati dall'art. 28 Cost., meriterebbero riflessioni maggiormente approfondite e articolate per la portata dei principi costituzionali in gioco e dovrebbero conseguentemente essere collocate in

[41] Cfr., ad esempio, sent. Cass. Sez. U., 4 ottobre 2019, n. 24858, che afferma la giurisdizione della Corte dei conti anche nei confronti di un privato che concorra a realizzare il danno erariale mettendo a disposizione il proprio conto corrente bancario, determinando lo sviamento dell'erogazione di fondi pubblici dalle loro finalità istituzionali in relazione all'impiego di fondi europei.
[42] Cfr. sentt. n. 98 del 1965; n. 18 del 1982; n. 232 del 1989; n. 10 del 1993; n. 26 del 1999, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto"; n. 266 del 2009; n. 526 del 2000; n. 39 del 2014, punto n. 6.3.9.8 del "Considerato in diritto"; n. 238 del 2014.

leggi "di sistema" anziché in decreti-legge che rispondono a regimi emergenziali e per giunta approvati dal Consiglio dei ministri "salvo intese", con rinvio, quindi, della più puntuale definizione dei contenuti normativi stessi.

Mi sembra invece condivisibile la disciplina introdotta dal decreto-legge n. 76 del 2020 nella parte in cui tende a qualificare il mancato rispetto dei termini, la mancata stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dell'opera come indici sintomatici ai fini della determinazione della responsabilità per danno erariale del responsabile unico del procedimento perché ciò costituisce elemento di bilanciamento rispetto agli elementi di semplificazione e accelerazione dei procedimenti.

4. …e alle funzioni di controllo

Quanto alle funzioni in senso stretto di controllo affidate alla Corte dei conti, occorre osservare che l'art. 22 del decreto "semplificazioni" tenta di rilanciare i controlli concomitanti della Corte dei conti «per accelerare gli interventi di sostegno dell'economia nazionale», con un richiamo ai controlli già previsti dall'art. 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15 (*Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti*; c.d. legge Brunetta). Ricordo che, al momento della sua introduzione, quel modello di controllo concomitante non fu ritenuto felicissimo perché replicava il controllo già affidato alla Corte dei conti dall'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994 che, per quanto successivo, può esplicarsi «anche in corso di esercizio» «sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche»[43].

In ogni caso, sviluppando ulteriormente la richiamata prospettiva, l'art. 11, comma 2, della legge n. 15 del 2009 prevede che «ove accerti gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi stabiliti da norme, nazionali o comunitarie» o «ritardi nella realizzazione di piani e programmi» o «nell'erogazione di contributi», la Corte dei conti ne individua, in contraddittorio con l'amministrazione, le cause, e provvede a darne comunicazione al Ministro competente che può adottare misure correttive o attivare misure di blocco della spesa.

Pertanto, sia quelli previsti dall'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994, sia quelli previsti dall'art. 11, comma 2, della legge n. 15 del 2009 sono controlli sulla gestione del bilancio e sui risultati nell'impiego delle risorse rivolti a stimolare, anche in corso di esercizio, la responsabilità del decisore politico. Deve essere pertanto sottolineato che si tratta di controlli che possono arrivare determinare misure impeditive della spesa. Alla stregua di quanto detto, quelle richiamate si configurano come forme

[43] Al riguardo, si vedano le considerazioni critiche di G. D'Auria, *La "nuova£ Corte dei conti*, in *www.astrid.eu*, 2009.

di controllo concomitante «in corso di realizzazione dei programmi» pacificamente applicabili anche ai piani e programmi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale e ai controlli sull'attuazione degli investimenti previsti dal *Recovery plan*: la fase attuativa del PNRR richiede infatti un costante monitoraggio sulla realizzazione delle linee di intervento dei programmi e sul tempestivo e corretto impiego delle risorse.

Da questo punto di vista, mi sembra condivisibile il coinvolgimento della Corte dei conti anche in procedimenti idonei a garantire controlli concomitanti capaci di esplicare eventuali effetti impeditivi in corso di esercizio. Per questa parte, risulta quindi convincente il richiamo dell'art. 22 del decreto semplificazioni al controllo già previsto dalla legge n. 15 del 2019 perché esso, per quanto praticamente mai applicato, si configura come un controllo sull'impiego delle risorse rispetto alla realizzazione dei programmi rivolto a stimolare e a responsabilizzare il decisore politico. In definitiva, tali procedimenti parrebbero ben attagliarsi ai controlli sui programmi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale, inclusi quelli previsti dal *Recovery plan*.

Più discutibile, invece, è la seconda proposizione del comma 1 dello stesso art. 22, nella parte in cui viene a collegare l'eventuale accertamento delle irregolarità gestionali o dei ritardi nell'erogazione dei contributi alla responsabilità dirigenziale ai sensi dell'art. 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*). Al riguardo, dovrebbe essere meglio chiarito quello che potrebbe essere il ruolo della Corte dei conti nell'accertamento della responsabilità dirigenziale che non è strettamente connessa a parametri normativi certi ed inequivoci – come quelli posti a fondamento dei controlli esterni affidati alla magistratura contabile – bensì a programmi e piani di valutazione degli obiettivi rispetto ai quali si attivano processi di valutazione dei risultati rimessi ai controlli interni. La responsabilità dirigenziale, che può arrivare a determinare la revoca o l'esclusione del rinnovo dello stesso incarico, segue inoltre una specifica disciplina – peraltro distinta da quella relativa ai controlli sulla sana gestione finanziaria – e pone specifiche esigenze di tutela rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo e soprattutto di quello ordinario dopo la privatizzazione del pubblico impiego, rispetto ai quali andrebbe quantomeno coordinata la funzione di accertamento rimessa alla Corte dei conti.

Resta poi da chiarire sino a che punto la disciplina dell'organizzazione e del coordinamento delle misure di controllo della Corte dei conti possa essere affidata alla potestà regolamentare di autorganizzazione del Consiglio di Presidenza come prevede il comma 2 dell'art. 22 dello stesso decreto "semplificazioni"[44], trattandosi di materia che, così interpretata, potrebbe essere ricondotta alle riserve di legge previste dalla

[44] A tenore del quale «Il Consiglio di presidenza della Corte dei conti, nell'esercizio della potestà regolamentare autonoma di cui alla vigente normativa, provvede all'individuazione degli uffici competenti e adotta le misure organizzative necessarie per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e nell'ambito della vigente dotazione organica del personale amministrativo e della magistratura contabile».

Costituzione in materia di ordinamento e organizzazione degli uffici giudiziari. Queste ultime, infatti, a partire da quella prevista dall'art. 108 Cost., non dovrebbero essere interpretate nel senso meramente organizzatorio, essendo invece rivolte, affermando principi di portata generale, ad assicurare le garanzie di indipendenza interna di ogni giudice[45].

In definitiva, mentre il coinvolgimento della Corte dei conti appare pacifico ed anzi necessario in forza dell'art. 100 Cost. in tutte le ipotesi in cui i controlli concomitanti previsti dall'art. 22 del decreto "semplificazioni" vengano collocati nella prospettiva di controlli sulla realizzazione dei programmi e sull'impiego delle risorse, aventi quale parametro le norme sull'equilibrio di bilancio, sulla sana gestione finanziaria e sull'efficiente impiego delle risorse del *Recovery plan*, appare invece meno chiaro il ruolo della Corte dei conti in procedimenti rivolti ad attivare la responsabilità dirigenziale.

Quando invece "agganciati" ai parametri sulla sana gestione finanziaria e sull'equilibrio di bilancio, i controlli preventivi di legittimità sugli atti o i controlli concomitanti possono essere d'aiuto nel monitoraggio costante sull'impiego delle risorse e nella lotta alla corruzione, anche nella prospettiva della verifica sull'impiego delle ingenti risorse derivanti dal *Recovery plan*.

In questo contesto, anche in considerazione delle risorse da impiegare in relazione al PNRR, la disciplina dei controlli affidati alla Corte dei conti potrebbe essere rivista anche in relazione alle diverse soglie dei contratti pubblici individuate dalla normativa euro-nazionale ed andrebbe estesa alle amministrazioni regionali e locali poiché non tutti i contratti pubblici sono soggetti ai controlli preventivi oggi vigenti in quanto si trovano spesso al di sotto della soglia di spesa fissata dall'Unione europea prevista per attivare i controlli medesimi e soprattutto perché il 70 per cento circa di tali contratti è sottoscritto da Regioni ed enti locali e quindi rischia spesso di sfuggire ad uno specifico controllo preventivo della Corte dei conti, specialmente nella forma del controllo successivo e concomitante.

Occorre poi aggiungere che, in regime d'emergenza, quando larga parte dei procedimenti di verifica sono affidati al Ministero dell'Economia e delle Finanze e alle strutture di *audit* che saranno create ai fini del monitoraggio del PNRR, lo spazio riservato alla Corte dei conti sui controlli preventivi e concomitanti andrebbe coordinato con i controlli affidati al Ministero dell'Economia sia perché si tratta di controlli costituzionalmente distinti, sia per evitare inutili duplicazioni e aggravamenti procedurali che non consentirebbero di rispondere a quelle esigenze di celerità e di efficienza nell'impiego delle risorse postulate dal diritto dell'Unione europea.

Qualora fossero estesi i controlli preventivi, ciò che a mio parere deve essere evitato è qualificare il visto o la registrazione preventiva come titolo di esonero di

[45] Al riguardo, cfr. F. Sorrentino, *I poteri normativi del CSM*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari, Laterza, 1994, 44 ss.

responsabilità: da un lato, tale orientamento non risolverebbe ma rischierebbe di aggravare i problemi in ordine alla limitazione della responsabilità erariale; dall'altro lato, così operando, la Corte dei conti rischierebbe di uscire dall'alveo costituzionale della funzione di controllo per assumere compiti di amministrazione attiva.

Chiudendo sul tema dei controlli, sarebbe a mio avviso utile accompagnare l'istituzione delle previste strutture di *audit* con forme di monitoraggio "a valle" dei flussi finanziari di provenienza europea basato sulla rendicontazione dell'impiego delle risorse derivanti dal *Recovery* impiegate nella realizzazione del Piano di investimenti. Tali controlli andrebbero necessariamente affidati alla Corte dei conti e potrebbero essere previsti nella forma del controllo documentale, già felicemente sperimentato, ad esempio, nei controlli sui rendiconti dei gruppi consiliari dei Consigli regionali introdotti dall'art. 1, commi 9-12, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 (*Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 dicembre 2012, n. 213; controlli che hanno superato il vaglio di costituzionalità[46] e che hanno impedito ulteriori casi di *mala gestio*, favorendo, al contempo, un migliore impiego delle risorse a livello regionale.

5. Verso una Corte dei conti sempre più "consulente" e sempre meno giudice?

In definitiva, 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. Detti controlli sembrerebbero molto più sintonici con il concetto di «amministrazione di risultato»[47], rafforzato dal diritto dell'Unione europea che richiede da tempo il passaggio dai «controlli di conformazione» ai «controlli di integrazione», rivolti ad assicurare la coerenza della condotta degli attori istituzionali e il conseguimento degli obiettivi di sistema[48].

In conclusione, i temi affrontanti nel Seminario odierno pongono una rilevante domanda di diritto costituzionale: le esigenze di semplificazione e di celerità che sono ragionevolmente richieste dal diritto euro-unitario per uscire dalla crisi e rilanciare gli

[46] Cfr. sent. n. 39 del 2014, punti n. 6.3.9, n. 6.3.9.1, n. 6.3.9.2, n. 6.3.9.3, n. 6.3.9.4, n. 6.3.9.5, n. 6.3.9.6.
[47] Sul punto, cfr. S. Cassese, *Che vuol dire amministrazione di risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2004, 941 s.
[48] Al riguardo, cfr. S. Cassese, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/1985, 383 s.; nonché, con specifico riferimento ai controlli finanziari, G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1996, 271 ss.; G. D'Auria, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2000, 1250 ss. e 1337 ss.

investimenti possono valere sino al punto di fondare sull'emergenza l'introduzione di una disciplina non soltanto transitoria ma anche "a regime" che rischia di sacrificare i principi costituzionali della legalità costituzionale-finanziaria?

A me pare che il legislatore debba porre grande attenzione nel dare la risposta nei delicati bilanciamenti tra principi costituzionali che sarà chiamato a realizzare nei prossimi mesi, perché tutte le emergenze, anche quelle più gravi come quella che stiamo vivendo, a un certo punto sono destinate a finire in fatto e non possono consegnarci un diritto derogatorio che rischia di proiettare la sua ombra ben al di là del regime emergenziale con il rischio di ridurre le garanzie costituzionali.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Revisione del Tuel e attuazione delle norme costituzionali sugli enti locali

di Guido Meloni*

10 dicembre 2021

Sommario: 1. La diversa possibile portata dell'intervento di revisione del Tuel e i profili, comunque, caratterizzanti. – 2. La valenza tradita delle funzioni fondamentali. – 3. Le funzioni fondamentali dei comuni quali elementi caratterizzanti del livello di base dell'amministrazione locale. – 3.1. Funzioni fondamentali e ricomposizione del tessuto amministrativo locale. – 4. L'occasione per una riconsiderazione organica del ruolo e della configurazione istituzionale della provincia. – 4.1.Opportunità e limiti di un intervento di mero adeguamento della l. n. 56/2014. – 5. Le città metropolitane tra conferma della disciplina vigente ed esigenze di revisione.

1. La diversa possibile portata dell'intervento di revisione del Tuel e i profili, comunque, caratterizzanti

Torna periodicamente all'attenzione dei decisori politici, nonché nel dibattito della dottrina, il tema della revisione del Testo unico degli enti locali, d. lgs. n. 267 del 2000.

Tema che si può ritenere si imponga, innanzitutto, per l'esigenza di garantire maggiore coerenza al sistema dell'amministrazione locale rispetto alla riforma costituzionale del 2001.

In effetti, in ragione del tuttora limitato, incompleto e talvolta fortemente contraddittorio processo di attuazione delle norme costituzionali sulle autonomie locali, la revisione del Tuel non dovrebbe rappresentare solo l'occasione per mettere ordine ed adeguare il complesso delle norme sugli enti locali, così come all'epoca sistematizzato, rispetto alla legislazione nel frattempo intervenuta, quanto piuttosto

* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi del Molise.

l'opportunità per perseguire, in chiave anche fortemente innovativa, l'obiettivo di una piena attuazione costituzionale.

L'opera di sistematizzazione organica del complesso delle norme sugli enti locali realizzata nel 2000 ha senz'altro costituito un punto significativo di razionalizzazione e armonizzazione delle discipline normative che, soprattutto a seguito della l. n. 142 del 1990, si erano succedute negli anni nel configurare le istituzioni locali.

La riforma costituzionale del 2001 ha però da subito evidenziato l'esigenza che nel processo di attuazione dei nuovi disposti costituzionali, espansivi del principio autonomistico, il complesso delle norme, pure da poco consolidato nel Tuel, fosse posto alla prova stringente della coerenza con il nuovo impianto costituzionale e, laddove necessario, superato proprio in ragione del forte impulso innovativo determinato dalle scelte del legislatore costituzionale.

Ciò che ne è seguito è fin troppo noto per indugiare ulteriormente nel sottolineare i limiti che hanno invece contraddistinto la timida, se così vogliamo definirla, attuazione della riforma delle norme della costituzione su comuni, province e città metropolitane, contraddistinta da interventi parziali, spesso dettati per lo più da esigenze di razionalizzazione della spesa, come nel caso della determinazione delle funzioni fondamentali, o, addirittura, in chiave transitoria-anticipatoria di futuri interventi costituzionali, come nel caso della legge n. 56 del 2014, di destrutturazione delle province.

Tanto che, anziché riscontrare pur necessari interventi sul Tuel, che fossero frutto di un organico disegno riformatore di attuazione delle nuove norme costituzionali, si è in presenza, tuttora, di un marcato disallineamento tra quanto previsto nel Testo unico e quanto successivamente il legislatore è andato affermando.

L'attualità della necessaria revisione del Tuel pone, pertanto, ancora una volta, di fronte all'esigenza di confrontarsi, anche sul piano del metodo, con quanto finora perseguito nella attuazione della riforma costituzionale del 2001 e, ancora prima, con quanto resta ancora da compiere; allo stesso tempo, l'opera di revisione imporrebbe di riconsiderare prioritariamente le scelte legislative che in questi anni si sono succedute, e che spesso, anziché poter essere considerate, seppur nella loro frammentarietà, elementi di un disegno riformatore coerente con il nuovo impianto costituzionale, tradiscono invece non pochi limiti e, talvolta, addirittura una forza recessiva rispetto alla portata autonomistica affermata con la riforma del Titolo V.

Non vanno peraltro neppure sottaciuti i limiti intrinseci che un'opera di revisione del Tuel è chiamato a scontare, trattandosi inevitabilmente di un intervento affidato al legislatore delegato che, nel più o meno ampio mandato del parlamento, è chiamato comunque ad esercitare la competenza legislativa statale secondo quanto previsto, in primo luogo, dalla lett.p) del secondo comma dell'art. 117, Cost.

Ruolo fondamentale, quello dello Stato, nel delineare i tratti caratterizzanti dei nuovi enti locali, sia per le funzioni fondamentali che per l'assetto ordinamentale, ma che di per sé non è tale da poter esaurire il processo di attuazione costituzionale, a cui

sono chiamati a concorrere attivamente le regioni e gli stessi enti locali, tenuti ad interpretare, ciascuno per la propria parte e con i poteri propri, la rinnovata dimensione autonomistica dell'amministrazione locale.

Pur con tale consapevolezza, è evidente che l'intervento dello Stato, per la competenza ad esso riservata, rimane determinante nel processo attuativo e può trovare proprio nell'opera di revisione del Testo unico degli enti locali una tappa decisiva del percorso.

Tanto più l'intervento sul Tuel risultasse ampio e generalizzato, in ragione di una riconsiderazione dell'intero corpo normativo, a partire dai principi che lo sostengono, da operare alla luce delle norme costituzionali così come riformulate nel 2001, tanto più l'opera di revisione potrebbe tradursi in un disegno riformatore organico capace di dare finalmente corpo, per la parte di competenza statale, al nuovo impianto autonomistico delineato dal legislatore costituzionale.

Laddove invece la riconsiderazione del Testo unico si incentrasse su taluni specifici profili, con interventi puntuali, seppur significativi, atti soprattutto a superare talune criticità emerse a seguito della legislazione succedutasi in questi ultimi anni, ci troveremmo di fronte ad una soluzione che, seppur senz'altro da apprezzare e sostenere per il suo intento volto ad eliminare taluni dei limiti più evidenti dei più recenti interventi legislativi statali, non risulterebbe, di per sé, tale da poter essere considerata di organica attuazione del portato riformatore voluto dal legislatore costituzionale nel 2001.

A distanza di venti anni dalla riforma del Titolo V, non v'è dubbio che la scelta di affidare alla revisione del Tuel un portato fortemente innovativo ed organico, capace di dar corpo finalmente ad un assetto dell'amministrazione locale rispondente al dettato costituzionale, sarebbe non solo auspicabile, ma senz'altro da preferire.

Ciò non toglie che interventi pur circoscritti e mirati, possano costituire un 'ulteriore' primo passo per rivedere, da parte dello stesso legislatore statale, scelte pure recenti, ma che anziché richiedere una mera sistematizzazione nel quadro del complesso normativo sugli enti locali, necessitano di un loro deciso superamento atto a ristabilire maggiore coerenza con la posizione degli enti locali in ragione della garanzia costituzionale di cui godono.

In tale ultima prospettiva, che caratterizza anche le più recenti bozze di d.d.l. delega del governo (v. la bozza di d.d.l. di delega per la revisione del Tuel e di altre disposizioni per la funzionalità degli enti locali, del 14 ottobre 2021, NT Plus EELL & Edilizia 15 ottobre) alcuni profili della disciplina sull'assetto funzionale e ordinamentale di comuni, province e città metropolitane assumono, comunque, carattere prioritario e richiedono di essere considerati nella loro valenza potenzialmente innovativa rispetto alla legislazione vigente, al fine di assicurare, pur attraverso una revisione 'circoscritta' del Testo unico, un contributo significativo al processo di implementazione della riforma costituzionale del 2001 sugli enti locali.

2. La valenza tradita delle funzioni fondamentali

Il primo dei profili da considerare, ritenendo sempre opportuno partire dalle funzioni e in ragione della riserva espressa a favore del legislatore statale, è quello relativo alla determinazione delle funzioni fondamentali.

La previsione innovativa delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane, introdotta dal legislatore costituzionale nel 2001, la cui determinazione è riservata alla competenza esclusiva dello Stato, ha avuto – come noto – alterne vicende sul versante della attuazione legislativa.

Con un tratto che però risulta caratterizzante: quello di una determinazione per lo più parziale e comunque incompleta e talvolta transitoria, operata con interventi del legislatore statale succedutisi nel tempo, peraltro significativamente connotati da un forte condizionamento dettato da obiettivi di razionalizzazione delle risorse finanziarie.

Basti solo ricordare la prima ricognizione, provvisoria, di funzioni fondamentali operata con la legge delega n. 42 del 2009, in vista della realizzazione del processo per il c.d. federalismo fiscale; a cui è seguita la individuazione sistematica delle funzioni fondamentali per i piccoli comuni (d.l. n. 78/2010 conv. in l. n. 122/2010 e d.l. n. 95/2012 conv. in l. n. 135/2012) determinata al fine di perseguire il contenimento della spesa pubblica, da realizzare attraverso l'obbligo dell'esercizio associato; per approdare alla individuazione delle funzioni fondamentali di province e città metropolitane operata dalla l. n. 56 del 2014, volta, per quanto riguarda l'ente provincia, e in vista della dichiarata prospettiva della sua decostituzionalizzazione, al depotenziamento dell'ente intermedio, a partire dai compiti fondamentali definiti dal legislatore statale.

Appare evidente, al di là delle riserve che potrebbero essere espresse con riguardo a ciascuno degli interventi richiamati, come in ogni caso il ruolo riconosciuto alla Stato per la definizione di quelli che dovrebbero risultare i tratti funzionalmente caratterizzanti gli enti locali costituzionalmente garantiti, sia stato finora interpretato dal legislatore in chiave residuale, talvolta strumentale e, comunque, senza una visione organica e allo stesso tempo puntuale delle funzioni fondamentali da riconoscere a ciascun livello di governo, che risultasse idonea a delineare il volto stesso della 'nuova' amministrazione locale, valevole su tutto il territorio nazionale.

Con il risultato che, a tutt'oggi, per tali ragioni, anche se non solo per queste, la portata della riforma del Titolo V, che si caratterizza per aver ribaltato la visione della amministrazione, fondandola su una dimensione prevalentemente locale, risulta ancora largamente inespressa sul piano della concreta realizzazione.

Ma, forse, è proprio la difficolta ad interpretare fino in fondo e compiutamente la competenza riservata al legislatore statale, che tradisce la carenza di un disegno organico volto a perseguire la dimensione di un governo locale capace di rispondere

alla sfida di una amministrazione radicata su comuni, province e città metropolitane, come previsto dalla costituzione.

Sarebbe pertanto auspicabile che le funzioni fondamentali per tutti i livelli territoriali fossero, finalmente, determinate nel quadro di un intervento legislativo volto a delineare nel suo complesso i tratti caratterizzanti dell'amministrazione locale, ridefinendo, per quanto di competenza statale, non solo il dato funzionale ma anche quello ordinamentale, soprattutto al fine di superare le scelte, pur transitorie, compiute nel recente passato, così da ricondurre a coerenza l'intero sistema, rispetto ai principi affermati sul piano costituzionale.

Pur tuttavia, nel mettere mano alla revisione del Tuel, almeno alcune preminenti questioni andrebbero affrontate.

3. Le funzioni fondamentali dei comuni quali elementi caratterizzanti del livello di base dell'amministrazione locale

Per quanto attiene al livello comunale, ci troviamo di fronte –come noto- a una definizione delle funzioni fondamentali operata per soddisfare una presunta esigenza di razionalizzazione della spesa, attraverso la previsione dell'obbligo dell'esercizio associato per i comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti.

Già questo evidenzia i limiti intrinseci dell'intervento statale degli anni 2010-2012, volto com'è non tanto a delineare i compiti caratterizzanti i comuni nel loro insieme, quanto quello di imporre agli enti di minori dimensioni il vincolo del loro esercizio associato.

Certo, come pure sembra del tutto fondato ritenere, le funzioni fondamentali così individuate, non sono state riconosciute ai soli comuni di minori dimensioni demografiche, ma a tutti i comuni, salvo determinarne le diverse modalità di esercizio, singolo o obbligatoriamente associato, in ragione del dato dimensionale dell'ente.

In ogni caso, la disciplina tuttora in vigore ha mostrato tutti i suoi limiti, che richiedono di essere superati dal legislatore statale.

In primo luogo, l'obbligo associativo imposto ai comuni più piccoli si è in gran parte risolto in una mera previsione a cui non è seguito un sufficiente grado di effettività.

Non solo la corte costituzionale ne ha dichiarato la illegittimità, laddove il legislatore non ha tenuto conto che gli enti possano sottrarsi all'obbligo associativo in ragione della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali del comune obbligato, tali da far venir meno i vantaggi, in termini di efficacia ed efficienza, nell'esercizio delle funzioni fondamentali per l'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni (sent. n. 33/2009).

Ma lo stesso percorso attuativo, che prevedeva il progressivo esercizio associato da parte dei comuni, secondo cadenze annuali per gruppi di funzioni, si è caratterizzato

per una sorta di presa d'atto della sua sostanziale impraticabilità, registrata dai plurimi rinvii annuali da parte del legislatore statale delle scadenze ultime definite per la realizzazione della modalità associativa.

Il dato esperienziale, per lo più caratterizzato dai forti limiti riscontrati, pone di fronte ad una questione di fondo, sul come risolvere l'esigenza di garantire un efficiente esercizio delle funzioni fondamentali da parte di tutti i comuni, a partire da quelli di minori dimensioni.

La questione, così posta, però, rappresenta ancora una volta una prospettiva ricostruttiva che parte dal pur rilevante dato della effettiva capacità di esercizio degli enti, rispetto alle funzioni determinate come fondamentali, per trarne le eventuali conseguenze non solo sul piano organizzativo, ma potenzialmente e, pregiudizialmente, su quello della stessa dotazione funzionale da riconoscere ai comuni in ragione della rispettiva dimensione. In altri termini, i dati dimensionali, posti alla prova delle difficoltà nel garantire l'esercizio dei compiti fondamentali su scale dimensionali considerate adeguate e da perseguire perlomeno in chiave associativa, possono portare a ragionare in chiave di differenziazione delle funzioni fondamentali da riconoscere ai comuni, così da assicurare, anche in chiave residuale rispetto al mancato conseguimento dell'obiettivo associativo, un efficiente esercizio di esse.

L'ottica interpretativa andrebbe però capovolta, chiedendosi innanzitutto qual è il tratto caratterizzante che dovrebbe connotare il comune, ciascun comune a prescindere dalla rispettiva dimensione, così che il livello di base del governo locale possa rispondere appieno a ciò che le norme costituzionali delineano nel senso di un'amministrazione fondata, in primo luogo, sui comuni. Conseguentemente, individuare le misure idonee perché tutti i comuni possano garantire l'esercizio effettivo dei compiti fondamentali ad essi affidati.

In un certo qual modo, rispetto alle funzioni fondamentali, l'adeguatezza, quale principio costituzionale la cui concreta valutazione dovrebbe risultare preventivamente nella sua applicazione rispetto alle funzioni conferite, determinando in ragione del mancato riscontro anche un assetto differenziato da parte del legislatore statale e di quelli regionali, andrebbe invece perseguita per le funzioni fondamentali in ragione di queste, come necessario obiettivo da raggiungere, piuttosto che da presupporre, al fine di assicurare che il tessuto amministrativo di base risulti ugualmente caratterizzato, su tutto il territorio nazionale, almeno dai medesimi compiti fondamentali.

Ciò soprattutto in quanto le funzioni fondamentali, rimesse alla determinazione del legislatore statale, dovrebbero garantire in primo luogo l'eguale godimento dei diritti da parte dei cittadini, a prescindere dalla realtà geografico-territoriale in cui si trovano a vivere, avendo quale interlocutore primario il livello di governo comunale, nella sua valenza di ente esponenziale della comunità e politicamente responsabile nei confronti di questa.

Il numero dei comuni potenzialmente coinvolti nel processo di differenziazione, a solo considerare il dato dimensionale, risulta peraltro estremamente elevato (comuni

con meno di 5.000 abitanti sono circa 5.500, sui quasi 8.000 comuni italiani) e, comunque, interesserebbe circa 10 milioni di cittadini, che risiedono stabilmente nei comuni più piccoli. Senza considerare, che la misura dell'incidenza di una possibile differenziazione potrebbe risultare assai più rilevante se a determinarla fosse la considerazione anche di altri elementi, quali le caratteristiche geografiche, economiche, sociali o, addirittura, connesse alla capacità contributiva per abitante.

Peraltro, differenziando ab origine le funzioni fondamentali per i comuni di minori dimensioni o capacità, ovvero facendo discendere la differenziazione quale conseguenza di una mancata collaborazione associativa o strutturale di questi, si finirebbe con il favorire, del tutto prevedibilmente, un processo di progressivo depotenziamento delle realtà più fragili e, conseguentemente, si rafforzerebbero ancor più i processi di spopolamento e impoverimento dei territori considerati già oggi per lo più come marginali.

Senza contare, sul piano delle ricadute anche organizzative, che la differenziazione dei compiti pure ritenuti come essenziali nella connotazione dell'ente comune, comporterebbe che, nel caso della ritenuta non adeguatezza, le funzioni relative siano affidate all'esercizio di altro livello di governo, quale la provincia, ovvero a comuni maggiori, con evidenti problemi non solo di legittimazione politica rispetto alle comunità amministrate, ma anche di sovradimensionamento dei compiti amministrativi, peraltro non rientranti nelle funzioni proprie, degli enti affidatari.

3.1. Funzioni fondamentali e ricomposizione del tessuto amministrativo locale

Ciò nonostante, il problema di un eguale determinazione delle funzioni fondamentali per i comuni rimane, testimoniato in primo luogo proprio dalle esperienze negative finora riscontrate, soprattutto per quanto concerne la scarsa capacità dei comuni a realizzare soluzioni associative stabili, idonee a garantire anche il necessario livello di efficienza nell'esercizio dei compiti ad essi attribuiti.

Anche sotto questo particolare angolo visuale, probabilmente, c'è da chiedersi se il legislatore statale e quelli regionali siano stati finora in grado di prefigurare soluzioni atte a favorire concretamente la ricomposizione del tessuto amministrativo di base delle realtà comunali.

La prospettiva finora seguita risulta prevalentemente caratterizzata da forme di incentivazione finanziaria, che seguirebbero il perseguimento degli obiettivi associativi, nonché dallo stesso obbligo associativo connesso all'esercizio proprio delle funzioni fondamentali, ma entrambe hanno sperimentato i limiti propri di una visione prevalentemente economico-finanziaria ed efficientista.

Le resistenze alla collaborazione locale risultano prevalere, assai di frequente, sia sulle premialità economiche che sugli stessi vincoli legislativi, fondate come sono su

una difesa delle identità locali che, seppur talvolta perseguita in chiave difficilmente condivisibile, rappresenta comunque un dato di cui non è possibile ignorare l'esistenza.

Probabilmente, anche per questo specifico profilo, andrebbe capovolta l'ottica, puntando in primo luogo a favorire processi, pur lunghi e complessi, atti a superare le mere frammentazioni identitarie e capaci di far progredire i comuni interessi sociali, culturali, produttivi, economici ed ambientali: in altri termini, favorire una dimensione allargata di comunità locale che, pur non disconoscendo le specificità identitarie, riesca a ricomporle intorno a interessi comuni e a un comune progetto di sviluppo in cui tutte le realtà territoriali coinvolte possano riconoscersi.

L'azione di incentivazione, sia da parte dello Stato che delle regioni, dovrebbe in tale prospettiva mirare prioritariamente al conseguimento di tali obiettivi, piuttosto che incentrarsi esclusivamente sul dato funzionale e, conseguentemente, solo sul livello di efficienza ad esso connesso. Allo stesso tempo il processo richiederebbe di essere accompagnato da azioni di supporto da parte di tuti i soggetti istituzionali, a partire dalle province, che, in ragione delle richieste provenienti dai territori, siano in grado di assicurare il sostegno necessario perché le nuove realtà locali caratterizzate da dinamiche collaborative possano concretamente realizzarsi. Per giungere al ruolo determinante delle regioni, che anziché porsi come le artefici della definizione unilaterale degli ambiti ottimali intorno ai quali prevedere la realizzazione della dimensione associativa dei comuni, possano finalmente assicurare la sintesi di un assetto che si va realizzando partendo dal livello locale, sostenendolo ed indirizzandolo in un confronto partecipato tra tutti i soggetti del governo locale.

Un processo, però, che non può che fondarsi su un'azione dal basso, da parte degli stessi comuni interessati, che devono poter riconoscersi nella dimensione associativa, senza subire determinazioni eterodirette, che risulterebbero, ancora una volta, come insegna l'esperienza, del tutto inidonee a realizzare una nuova dimensione amministrativa locale.

Anche per questo profilo, l'occasione della revisione del Tuel potrebbe rappresentare l'occasione per affermare una visione realmente autonomistica dell'amministrazione locale, i cui tutti i comuni, quali primi elementi costitutivi della Repubblica, vedono riconosciuto il proprio ruolo attraverso la eguale determinazione delle funzioni fondamentali, ma, allo stesso tempo, trovano gli strumenti idonei a che possano perseguire, attivamente, quali protagonisti primari, l'avvio di processi di ricomposizione del tessuto amministrativo locale laddove necessari, incentivati e sostenuti non solo sul piano dell'esercizio delle funzioni ad essi affidate, ma ancor prima su quello della ricerca delle comuni ragioni di una concreta volontà collaborativa su cui fondare nuove identità locali.

4. L'occasione per una riconsiderazione organica del ruolo e della configurazione istituzionale della provincia

Con la revisione del Tuel non può non essere affrontata anche la questione connessa al ruolo e alla stessa configurazione istituzionale delle province.

L'assetto determinato dalla l. n. 56/2014 risultava coerente, seppur non condivisibile, rispetto alla prospettiva della decostituzionalizzazione dell'ente provincia perseguita con la riforma costituzionale che seguiva, bocciata però dal referendum del dicembre 2016.

Ci troviamo di fronte, così, ad una ridefinizione legislativa della provincia che, introdotta in via transitoria e in chiave in certo qual modo anticipatoria della riforma costituzionale, risulta invece a tutt'oggi consolidata nella sua valenza riduttiva, ma non più suffragata da una rivisitazione della posizione costituzionale dell'ente, come invece lo stesso legislatore statale aveva dichiarato a sostegno delle scelte operate.

Ancor più per questo profilo, rispetto ai pur rilevanti ulteriori aspetti che caratterizzano la attuazione incompiuta della riforma costituzionale del 2001, il legislatore statale, nel porre mano alle norme del Testo unico, si trova a dover affrontare una questione di fondo, relativa alla scelta da compiere rispetto alla intervenuta legislazione di riforma introdotta nel 2014, in attesa della ulteriore riforma costituzionale, poi mancata.

Diverse possono essere le scelte, e la valenza innovativa ad esse connessa, verso le quali orientare l'intervento di revisione.

Sembra però da escludere, proprio in ragione del carattere transitorio della l. n. 56/2014, che fondava la riconfigurazione della provincia in attesa di sottrarla alla garanzia costituzionale da parte del legislatore costituzionale, che l'opera di revisione del Tuel possa tradursi in un mero coordinamento normativo tra le disposizioni sulle province del Testo unico, in larga parte superate, rispetto a quelle della l. n. 56/2014. Si tratterebbe di un consolidamento in blocco di scelte che sia rispetto ai limiti riscontrati nella esperienza istituzionale di questi ultimi anni, che, ancor prima, su quello della coerenza rispetto alla posizione costituzionale garantita dell'ente provincia, uscita indenne dalle prospettive riformatrici non conseguite, richiedono invece di essere riconsiderate e messe alla prova di quanto finora perseguito e realizzato.

Ciò non toglie che profondamente diversa possa essere la portata delle scelte che il legislatore statale intenda compiere, riproponendosi, ancor più emblematicamente, l'alternativa tra una revisione organica del complesso delle norme sulle province, volta a ridefinirne ruolo, funzioni ed ordinamento, nella richiamata prospettiva di una piena attuazione dei disposti costituzionali, ovvero interventi puntuali e mirati, operati soprattutto rispetto a taluni profili della disciplina introdotta nel 2014.

Nel caso delle province è del tutto evidente che il propendere per l'una o l'altra delle opzioni richiamate è particolarmente rilevante, tenuto conto che in ragione della l. n. 56 l'ente provincia è stato innanzitutto ridefinito nel ruolo, quale ente di secondo livello rappresentativo delle istanze comunali.

La portata dell'intervento di revisione affidata al legislatore delegato risulterà pertanto condizionata in ragione di una scelta pregiudiziale del parlamento: consentire il potenziale ma totale superamento della l. n. 56/2014, anche con il ritorno ad una provincia rappresentativa della comunità locale e degli interessi territoriali, ovvero affidare al governo una rivisitazione della l. n. 56, ma nella conferma dei tratti caratterizzanti che il legislatore ha introdotto nel 2014, a partire dalla connotazione della provincia quale ente di secondo grado, rappresentativo delle istituzioni locali di base.

È da questa opzione di fondo che dovrebbero seguire le scelte in ordine alla ridefinizione di compiti e funzioni delle province e dello stesso carattere rappresentativo dell'ente. La definizione dei margini di intervento da affidare al legislatore delegato costituisce, pertanto, la scelta prioritaria, dalla quale far discendere sul piano attuativo, le soluzioni funzionali ed ordinamentali.

Scelta che dovrebbe scaturire da una attenta riflessione che porti a riconsiderare, attraverso una valutazione obiettiva di quanto avvenuto in questi ultimi anni, i caratteri stessi della prospettiva perseguita dal legislatore nel 2014 e i presupposti che la sostenevano, e con essi i limiti di un'esperienza che si è andata connotando in chiave fortemente riduttiva del ruolo provinciale.

Ciò non per riaprire questioni, oramai superate, sulla compatibilità costituzionale delle scelte della l. n. 56/2014, quanto invece per mettere alla prova della coerenza le soluzioni perseguite come transitorie dalla l. n. 56, rispetto ad un assetto costituzionale che, confermato dal referendum del 2016, riconosce tuttora la pari piena garanzia costituzionale alle province.

4.1. Opportunità e limiti di un intervento di mero adeguamento della l. n. 56/2014

La l. n. 56 mirava ad anticipare un modello di amministrazione locale diverso da quello affermato con la riforma del 2001, che risultasse incentrato, anche sul piano costituzionale, di là da venire, esclusivamente sul livello comunale, oltre che sulle città metropolitane, pur sempre, comunque, considerate quali espressioni delle primarie istanze comunali. Al contrario, il sistema amministrativo locale prefigurato con la l.c. n. 3/2001 risulta caratterizzato proprio per una dimensione del governo locale articolato su due livelli, fondati su enti a cui è riconosciuta e garantita pari garanzia costituzionale e che, in ragione della loro natura di enti autonomi, non possono che essere ricondotti innanzitutto al carattere di enti esponenziali di comunità.

Un'autonomia politica che sia pienamente tale, come riconosciuta anche alle province dall'art. 114 cost., richiede perlomeno che le scelte operate con la riforma legislativa delle province siano riconsiderate nei fondamenti e non subite come inevitabili conseguenze, da ritenersi oramai consolidate, di un progetto riformatore abortito proprio sul piano costituzionale.

Si potrebbe anche sostenere che, proprio con riguardo alle province e alla loro controversa vicenda istituzionale, l'occasione della revisione del Tuel potrebbe rappresentare intanto una prima occasione per superare i limiti più evidenti di un assetto, sia sul piano delle competenze, che su quello più propriamente organizzativo-ordinamentale, pur nell'ottica della conferma del modello proprio della l. n. 56. Per affidare, ad un eventuale futuro intervento, una più generale riconsiderazione del profilo istituzionale della provincia.

Scelta questa, che sembra caratterizzare la recente proposta di d.d.l. delega del governo, che persegue una prospettiva di potenziamento e razionalizzazione degli assetti funzionali ed organizzativi della provincia, nel quadro però di una conferma del modello di rappresentanza indiretta sancito dalla l. n. 56.

Anche in questo caso la ridefinizione delle funzioni fondamentali da riconoscere all'ente intermedio risulta prioritaria, tenuto conto anche del dato esperienziale di questi ultimi anni, che ha testimoniato un deficit funzionale proprio con riguardo al livello intermedio di governo locale.

Apprezzabile, in tal senso, il potenziamento previsto dei compiti provinciali da riallineare con talune funzioni fondamentali delle città metropolitane, in primo luogo per quanto attiene ai compiti di pianificazione strategica, di promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale, di realizzazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici. Così come opportuna sembra la più dettagliata e comprensiva individuazione dei compiti fondamentali in materia ambientale, che anche in passato hanno caratterizzato l'esperienza delle province.

Così come significative risultano le prospettate innovazioni sul piano della organizzazione istituzionale dell'ente, con il riallineamento delle cadenze temporali tra i mandati di presidente e del consiglio provinciale; ovvero con la reintroduzione della giunta provinciale, a supporto dell'azione di governo dell'ente.

Interventi di potenziamento e razionalizzazione operati pur sempre nel solco della l. n. 56/2014 e che, proprio per tale ragione, pur mirando a rafforzare opportunamente le province, non potranno che subire gli effetti condizionanti dello stesso contesto normativo all'interno del quale vengono a realizzarsi e, allo stesso tempo, a scontarne magari anche qualche potenziale, ma non irreale, contraddizione, come nel caso dei rafforzati poteri provinciali di programmazione e coordinamento che, in taluni casi, richiederebbero di essere assistititi da poteri conformativi nei confronti dei comuni, di cui l'ente però risulta al contempo rappresentativo.

5. Le città metropolitane tra conferma della disciplina vigente ed esigenze di revisione

La forza innovativa dell'intervento di revisione del Tuel, nella prospettiva della attuazione costituzionale, può essere considerata anche con riferimento all'assetto delle città metropolitane.

Anche per gli enti metropolitani la l. n. 56/2014 costituisce il dato normativo che ne caratterizza tuttora ordinamento e funzioni.

V'è da chiedersi, però, così come per le province, quanto del vigente impianto istituzionale per le realtà metropolitane risulti coerente rispetto al fallimento del disegno riformatore solo anticipato con la l. n. 56, ma non realizzato sul piano costituzionale.

A partire, anche in questo caso, da natura e ruolo delle città metropolitane, oggi enti di secondo livello, rappresentative dei comuni, ma con evidente sovra rappresentazione del comune capoluogo, il cui sindaco è al contempo sindaco metropolitano.

La chiave ricostruttiva che sostiene la l. n. 56, fondata sulla centralità del comune, finisce così per connotare anche le città metropolitane, non senza mostrarne però i limiti intrinseci soprattutto alla luce della mancata riforma costituzionale che sarebbe dovuta seguire.

In effetti, proprio la permanente vigenza dell'assetto costituzionale uscito dalla riforma del 2001, richiederebbe una riconsiderazione delle scelte legislative alla luce del modello di amministrazione locale definito in costituzione e caratterizzato da una amministrazione locale, preferenzialmente destinataria dei compiti di amministrazione, articolata su due livelli: base e intermedio. Quest'ultimo a sua volta articolato in province e città metropolitane, con pari garanzia costituzionale.

L'intervento di revisione del Tuel potrebbe costituire, anche per questo profilo, l'occasione utile per contribuire alla realizzazione del disegno costituzionale, in cui le città metropolitane vengono a collocarsi, nella loro connotazione autonoma, quali enti intermedi chiamati al governo dei fenomeni complessi delle realtà metropolitane.

Con le conseguenze che ne dovrebbero derivare, a partire dalla delimitazione territoriale, che non può essere risolta, come è oggi in virtù della l. n. 56, attraverso la mera sovrapposizione dei confini provinciali.

Allo stesso tempo, proprio la specificità della realtà metropolitana, da affrontare col riconoscere all'ente di governo poteri fortemente conformativi anche nei confronti dei comuni ricompresi, richiederebbe non solo una attenta riconsiderazione del carattere di ente rappresentativo della collettività locale, piuttosto che degli enti locali, ma anche e innanzitutto un riequilibrio tra i comuni dell'area e il comune capoluogo.

Anche per le città metropolitane, però, e in termini ancor più minimali rispetto a quanto prospettato per le province, la recente bozza governativa di d.d.l. delega si limita ad intervenire solo su taluni profili attinenti alla configurazione degli organi e al loro funzionamento (anche in questo caso è prevista l'introduzione della giunta metropolitana), lasciando sostanzialmente confermato l'impianto complessivo della l. n. 56.

È pur vero che la scelta definitiva, laddove il processo dovesse andare avanti, spetterà al parlamento, chiamato a definire i confini e gli obiettivi dell'intervento di revisione del Tuel da affidare al legislatore delegato. Ciò nonostante, la portata e i caratteri delle proposte che vanno maturando proprio in sede governativa, fanno emergere chiaramente l'approccio che si intende seguire e che, nel suo complesso, pur a fronte di talune significative soluzioni innovative, atte a superare deficit e inadeguatezze dell'attuale assetto normativo, sembra però rinunciare ad un ripensamento organico dell'impianto ordinamentale e funzionale degli enti locali nell'ottica di una compiuta attuazione costituzionale.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

The EU carbon border tax. A sustainable market-based instrument or an obstacle to the free trade of goods?

Luna Aristei*

16 dicembre 2021

Summary: 1. Introduction. – 2. Market based mechanisms and environmental taxes: pros and cons. – 3. Carbon Taxation. Different examples from different countries. – 4. The EU carbon border tax. Is it the future? – 5. Conclusions.

1. Introduction

The principle of sustainable development[1] has now become part of many States' policies after the approval of the United Nations 2030 Agenda in 2015. The Agenda was signed by the governments of 193 UN Member States on 25 September 2015, and it contains 17 Sustainable Development Goals (SDGs) to 2030, replacing the eight Millennium Development Goals (MDGs) as of 2015. These goals are divided into 169 targets, or milestones, to be achieved by 2030 to pursue international environmental, economic, social and institutional sustainability. These goals involve all government sectors, from the public to the private ones, and in particular private companies, civil society and information and cultural operators. Between these, there is SDG 13, which concerns the fight against climate change by setting targets, as in the Paris Agreement[2], that take into account not only mitigation but also adaptation to climate change.

* PhD student in Law and Business, LUISS Guido Carli.

[1] The principle of sustainable development was introduced in the 1987 Brundtland Report as a development that meets the needs of the present generations without compromising the ability of future generations to meet their own.

[2] The Paris Agreement was reached during the Conference of the Parties (COP) of the 1992 Convention on Climate Change on December 2015. It is the first binding climate change agreement and it sets for the first time a climate target: to reduce the average global rise temperature of 2°C degree with a more stringent aim of 1.5°C degree.

Market economies are designed to reward those who create net value, rather than those who simply redistribute value in zero or negative sum games. When the production of a good causes pollution, the costs of this pollution must therefore be paid by those who make the decision to produce and consume the product, rather than by unrelated third parties. Otherwise, producers and consumers can forcibly redistribute welfare from those third parties to themselves. Without bearing the full costs of their actions, such producers and consumers have an incentive to engage in transactions even when these transactions cause net harm to society after calculating the external costs incurred by their victims. To safeguard the fundamental principles of freedom and net value creation, economic agents must therefore bear the full costs of their actions. Carbon pricing contributes to this 'internalisation of costs'.

The aim of this paper is to analyse how to fight climate change trough the use carbon taxes. In particular, we will find how the new EU carbon border tax can replace the existent climate change mechanisms, such as the Emission Trading System.

2. Market based mechanisms and environmental taxes: pros and cons

Various treaties (such as the Brundtland Report of 1987, the Rio Declaration of 1992 or the Maastricht Treaty of 1992) begin to strengthen environmental policy on the basis of principles such as sustainable development. In the wake of these documents, it became clear that the existing institutions based on command and control - which concentrated decision-making power in the hands of public institutions - were no longer sufficient. In fact, the idea that market failures are the main cause of environmental degradation began to emerge. It is therefore in the market that decisive mechanisms must be found to implement the new-born principle of sustainable development[3]. In those years, therefore, economic instruments for environmental protection, such as taxes, tariffs and tradable permits, began to be used to guide the market in determining the right price for environmental resources and services and the costs of polluting activities[4]. This is ensured through the establishment of: artificial markets, tradable property rights (such as the emissions trading scheme), taxes and fees on polluting activities (such as waste or air emissions), certification marks, etc[5].

---

[3] See D.M. ROODMAN, *La ricchezza naturale delle nazioni. Come orientare il mercato a favore dell'ambiente*, Edizioni Ambiente, Milano, 1998; M. BUCELLO – M. CAFAGNO, *Inquinamento*, in *Nuovo Dig. Disc. Pubbl.*, Giappichelli Editore, Torino, 2005; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, n. 1, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 219-240.

[4] EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Using the market for cost-effective environmental policy. Market-based instruments in Europe*, EEA Report n. 1, 2006.

[5] COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Bringing our needs and responsibilities together. Integrating environmental issues with economic policy*, 20 September 2000, COM(2000) 576 final.; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Green Paper on market-based instruments for environment and related policy purposes*, 28 March 2007, COM(2007) 140 final; EUROPEAN PARLIAMENT, *GDP and beyond – Measuring progress in a changing world*, 20 August 2009,

Before analysing the market instruments, a brief parenthesis should be open on the EU Emission Trading Scheme (EU ETS). The EU ETS is a cornerstone of the EU's climate change policy and a key instrument for cost-effective reduction of greenhouse gas emissions. It is the world's largest CO2 market and it was established in 2005. It operates in all EU countries, plus Iceland, Liechtenstein, UK and Norway, and it limits emissions from around 11 000 installations in the power sector and manufacturing industry, as well as airlines operating between these countries. The EU establishes the total volume of greenhouse gases that can be emitted (*cap*) and it distributes among States the emission allowances. An allowance correspond to a tonne of carbon dioxide (CO2) that can be emitted, and the total amounts of permits decrease every year to reach the EU 55% reduction of greenhouse gas emissions by 2050. Auctioning is the standard method of allocating allowances under the EU ETS, which is the more transparent system that applies the "polluter pays" principle. This means that companies have to buy an increasing percentage of allowances through auctions if they exceed their permitted emissions ceiling (*trade*). Even if the auctioning method is increasing over time, some allowances are still freely assigned for those sectors in which the risk of carbon leakage is very high, which consists in the transfer of polluting production to countries with less strict or no emission limits, with obvious environmental drawbacks.

Regarding economic instruments, they have the capacity to remedy market failures, deliver cost-efficient results, offer flexibility to companies, stimulate their technological innovation and support employment[6]. They also make it possible to manage the environment in line with the principle of sustainable development by integrating social, environmental and economic aspects.

The forerunners of economic instruments for reducing polluting emissions into the environment are Pigou and Coase, who theorised mechanisms based on the "polluter pays" principle, according to which who pollutes have to pay for that pollution. Pigou[7] suggests using taxation as a means of disincentivising pollution, equal to the cost of the damage caused: the public authority sets the level of taxation by passing the costs on to companies that do not meet the set standards. In order to be efficient, this tax should correspond to the marginal external cost of correcting the negative externality, as firms have to integrate the cost of pollution into their production. Consequently, with the imposition of such a tax, the final product fully reflects the costs required for its production.

The mechanism envisaged by Coase[8], on the other hand, is based on imposing a limit on production, making limited access to a scarce resource; it is then up to the

COM(2009) 433 final. See also F. GIOVANNELLI – I. DI BELLA – R. COIZET, *La natura nel conto. Contabilità ambientale: uno strumento per lo sviluppo sostenibile*, Edizioni Ambiente, Milano, 2000.

[6] EUROPEAN COMMISSION, *European values in the globalised world*, Brussels, 20 October 2005, COM(2005) 525 final and EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper*, *ibidem*.

[7] A. C. PIGOU, *The Economics of welfare*, Palgrave Macmillan, London, 1932.

[8] R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, Chicago, vol. 3, 1960.

market actors to predict who can access to the resource according to market forces. Based on this Coase theory, later demonstrated by Dales[9] and Montgomery[10], tradable permits were established.

Pigouvian and Coaseian economic instruments lead to the same result, although they involve different practices; for example, in Pigou's taxation it is the State that benefits from the tax revenues, whereas in Coase's restrictions the economic benefit of higher prices as a result of the restrictions goes to producers.

Alongside these measures, sustainable development can be ensured with economic measures capable of directing the behaviour of individuals by influencing production activities. This is an evolution of the command and control system that affects the choices of individuals. The instrument adopted can intervene on various aspects of the economic system, provided that the economic equilibrium resulting from market relations contributes to environmental protection, inserting the environmental variable into the system where it is not spontaneously present. These are different instruments with different public incidence, greater in the hypothesis of the so-called environmental tax aimed at incentivising or disincentivising certain behaviours, or in the mechanisms of the so-called cap and trade which provide for a maximum ceiling and leave the allocation of target resources to market dynamics among operators within this limit, creating an artificial market (as for the EU Emission Trading System). It is then up to the public sector to monitor the overall price of emissions by adjusting the cap level so as to ensure that the price of pollution corresponds to the social costs of reductions, an aspect not included in the Pigouvian tax. Alternatively, the public sector can have less impact with operators' voluntary behaviour; in this case operators decide to direct consumer choices towards virtuous products or entrepreneurs (think of environmental certifications of products such as eco-label[11] or of production systems such as EMAS[12]).

Between authoritative interventions and market-based instruments such as eco-labels, there are mixed remedies[13] such as eco-taxes. These instruments reflect trust in the quality of information held by individuals and their behaviour towards the environment and combine public decisions with market calculations. The main actors are companies and public institutions, and nowadays the separation between regulatory

[9] J.H. DALES, *Pollution, Property and Prices: an essay in policy making and economics*, University of Toronto Press, Toronto, 1968.
[10] W.D. MONTGOMERY, *Markets and Licences and Efficient Pollution Control Programs*, in *Journal of Economic Theory*, Elsevier, Amsterdam, n. 5, 1972, pp. 395-418.
[11] A volounteer certificate that certifies that a specific product is green and sustainable.
[12] EMAS is an European certificate which attests that companies and organizations have an environmental management system based on the ISO14001 rule.
[13] Some authors talk about "hybrid instruments" between *command and control* mechanism and *standard*'s determination. In M. CAFAGNO – F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente,* in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (eds.) *Trattato di Diritto dell'Ambiente,* Cedam, Padova, Vol. I, 2012, p. 497.

and economic instruments is not so clear-cut, so most of the latter support the former in order to complement each other appropriately[14].

Through these instruments, the public authority modifies the cost of access to the environmental system by directly or indirectly assigning a price to natural resources or services that are otherwise freely accessible and free of charge. It is, therefore, a price set collectively and not on the basis of the matching of supply and demand. However, the collective decision is still influenced by individual cost-effectiveness judgments and market calculations, so that each recipient is able to compare the price charged for a resource with the expenditure he or she would otherwise have to incur to limit its consumptions, in order to make the most convenient choice.

However, the benefits that the State guarantees as a result of paying taxes are not always proportionate to the payment itself. This non-proportionality differentiates taxes from duties, although the boundary is very blurred and the two terms are often used synonymously.

The imposition of taxes can then be translated into different applications. For example, use-related fees, sewage taxes, product taxes, tariff charges or authorisation and control fees[15].

Fiscal measures are essential for circular taxation, i.e. taxes that discourage unsustainable behaviour (e.g. pollution) by individuals and companies and for encourage sustainable development and behaviours. The latter can be stimulated by means of reduced rates (excise duty or VAT) for those productions that ensure a long life cycle of products, limit waste production or improve products' life cycle[16]. The imposition of such environmental taxes implements the circular economy model and ensures resource-efficient development. Most taxes are based on the consumption of energy or energy products (e.g. excise duties) or on transport, but there are no taxes on environmental resources to limit their use in favour of efficient industrial processes. Thus, it can be said that environmental taxation operates on two fronts. The first, negative, which taxes waste and pollution; the second, positive, that provides tax breaks to stimulate productive innovation[17].

According to the economic literature, an optimal tax is able to stimulate the same results as the imposition of an ideal standard, but leaving it to the market to determine the price on the basis of a comparison of the amount of the tax and the personal pollution reduction costs. The aim of this mechanism is to reward efficiency and avoid wastefulness, which is covered by undifferentiated and rigid constraints.

---

[14] W.J. BAUMOL – W.E. OATES, *The Theory of Environmental Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, McGraw-Hill Education, New York, 2006.
[15] More specifically, examples of taxes are those linked to sulphur dioxide emissions, those levied on batteries or spent batteries or the more recent one on plastics.
[16] A.F. URICCHIO – G. CHIRONI – F. SCIALPI, *Sostenibilità e misure fiscali e finanziarie del D.L. Clima*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 3, 2020, p. 5.
[17] For example, Article 15 of the enabling Italian act for tax reform No. 23/2014 provides incentives for the purchase of goods for environmental innovation.

However, taxes are not exempt from criticism[18]. In fact, they can be compared to a sort of 'right to pollute', a criticism that is out-dated since, in fact, even the command and control mechanism in some way provides for a permit to pollute[19]. Other authors fear that such a tax might be passed on with the price of goods; however, this hypothesis also extends to compensatory sanctions resulting from non-compliance with obligations and prohibitions. At the same time, it would be inefficient to impose a very high tax that would turn into a ban, or even one on those operators who have homogeneous pollution reduction costs[20]. Other criticisms are that if all taxed operators had to bear the same pollution abatement costs, the same results would be achieved with less effort[21]. In addition, if the environmental costs of a pollution-producing activity were so high as to lead to a tax so punitive as to constitute a substantial ban, the flexibility and meaning of the model would be lost[22].

The first body that decided to use taxation to protect the environment was the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), which, however, focused exclusively on damage to natural resources as a cost to be eliminated. The OECD studies were mainly based on the notion of negative externalities and on the Pigouvian concept, which was then also taken up by the European Commission to delineate environmental taxation with a negative and specific polluting impact on the environment as its tax base. However, on the basis of Articles 113 and 115 TFEU, Europe, and in particular the Council, can only adopt taxes by unanimity, leaving the determination of taxation systems to individual Member States. However, Europe can influence the design and use of national taxes.

Nevertheless, taxation is seen as an excellent economic instrument for environmental protection and sustainability. While until a few years ago taxation was placed on the same level as other economic instruments such as subsidies and tradable permits, the OECD's 2010 paper *Taxation innovation and the environment*[23], puts environmental taxes at the heart of economic instruments for environmental purposes. This demonstrates that taxation of pollutant emissions, at least in theory, can benefit

---

[18] See, for instance, M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Carocci Editore, Roma, 1993.

[19] F. ROMANI, *Strumenti di politica economica per la tutela dell'ambiente*, in G. ALPA – F. PULITINI – S. RODOTÀ – F. ROMANI (eds.) *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè Editore, Milano, 1982.

[20] On the criticism of corrective taxes, see: F. ROMANI, *Strumenti*, *ibidem*, pp. 232 ff.; W.J. BAUMOL – W.E. OATES, *The Theory*, *ibidem*, pp. 156 ff.; M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Carocci Editore, Roma, 1993, pp. 219 ff.; A. BARILETTI, *Uso delle risorse ambientali e analisi economica*, in S. GRASSI – M. CECCHETTI – A. ANDRONIO (eds.), *Ambiente e diritto*, Olschki, Firenze, 1999, pp. 101 ff.; OECD, *Environmentally Related Taxes in OECD countries. Issues and strategies*, OECD, 2001, https://www.oecd-ilibrary.org/environment/environmentally-related-taxes-in-oecd-countries_9789264193659-en; I. MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2003; M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, *ibidem*, pp. 192-195.

[21] F. ROMANI, *Strumenti di politica*, *ibidem*, p. 239.

[22] *Ibidem.*

[23] See also OCSE, *Environmental Taxation: a guide for Policy Makers*, OCSE, 2011, in https://www.oecd.org/env/tools-evaluation/48164926.pdf.

the environment by stimulating technological innovation to reduce the incidence of taxation on emissions. In such cases, the reduction or elimination of emission damage is set as a prerequisite for taxation and not as an extra-fiscal purpose of the tax. The effect that is presumed to derive from the tax relating to the search for innovations to contain polluting emissions remains as an objective extraneous to the tax case with the consequence that the increase in the tax is directly proportional to the drive in the search for innovative mechanisms. It follows that the tax must act both as a reparative and reductive instrument and as an incentive mechanism for innovation and research.

According to the OECD document quoted above, an environmental tax exists if the taxable item is a physical unit of something for which there is scientific evidence of the negative effects it may cause in the environment if it is used or released. The negative impact must be understood as a reversible deterioration of environmental assets (activities causing irreversible damage being always prohibited, otherwise actions that might produce them would be justified) or a reduction in their supply, while the physical unit might be a unit of an emitted substance or of a specific natural resource[24]. Thus, there must be a causal relationship between the physical unit causing a scientifically demonstrated damage or deterioration to the environment and the taxable amount of the tax itself[25].

The correct application of an environmental tax presupposes the precise identification of the tolerable pollution, to be assessed case-by-case on the marginal damage associated with the emissions and the marginal costs of activities aimed at reducing them. In fact, an economic pressure mechanism containing errors or underestimations regarding the environmental effects of conduct could create distorted incentives, pushing recipients towards environmentally harmful behaviour[26].

There are different types of environmental taxes. First of all, there are commutative taxes where a price is paid in return for a counter-performance. On the basis of the rules of internalisation of environmental externalities, the commutative nature of the tax makes it possible to calculate the polluting effect of the anthropogenic activity carried out by charging the person responsible for its remediation[27]. One example is the Italian waste collection and disposal service, which is compulsory and the levy is commensurate with the cost of the service (commutative and not contributory). Such commutative taxes can undoubtedly play an important role in the payment of environmental protection services.

Then there are special purpose taxes with the environment relevant as an extra-tax purpose of the tax, without penetrating the tax base[28]. Such purpose taxes are

[24] F. MARCHETTI, *I tributi ambientali*, in R. FERRARA – M. A. SANDULLI (eds.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2014, p. 284. See also F. GALLO – F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rassegna tributaria*, Wolters Kluwer, Milano, 1999.
[25] F. ROMANI, *Strumenti*, *ibidem*, p. 235; A. BARILETTI, *Uso delle risorse ambientali*, *ibidem*, pp. 108 ff.
[26] M. CAFAGNO – F. FONDERICO, *Riflessione*, *ibidem*, p. 524.
[27] F. MARCHETTI, *Tassa, imposta, corrispettivo o tributo ambientale?*, Maggioli editore, Rimini, 2004.
[28] F. GALLO – F. MARCHETTI, *I presupposti*, *ibidem*.

imposed with a constraint on the destination of the revenue and do not seem to fall within the OECD definition of environmental tax. In particular, if the revenue is earmarked to finance environmental remediation works, there is a violation of the Community principle of 'the polluter pays', since the cost of remediation would not be borne directly by the polluter but by the entire community[29]. Thus, environmental purpose taxes are contrary to that principle whenever they are imposed not directly on the polluter, but on the business community as a whole, and the burden is distributed among that community to the advantage of the polluter.

For the sake of completeness, mention should also be made of tax concessions that provide a tax reduction to encourage companies to make additional investments to make their plants more sustainable. Tax concessions have long been debated because of their close correlation with State aid[30]. However, the OECD paper has allowed the use of tax instruments to encourage research and innovation by providing for the possibility of using tax breaks in combination with environmental taxes.

On the opposite of taxes, there are subsidies that stimulate the reduction of pollution instead of taxing its growth. So, while taxes tax the growth of pollutant levels, subsidies aim to stimulate the reduction of pollutants by promoting the containment of environmental degradation and internalising the social benefit of anti-pollution measures. So, like taxes, subsidies[31] aim to internalise the consequences of a behaviour, but while taxes focus on negative externalities, subsidies focus on positive ones. However, subsidies are more inefficient than taxes because the taxpayer has to pay for the monetary support, which increases the costs of the incentivised activity and may lead to new externalities from which further polluting activities may arise[32]. It should not be underestimated that improper use of subsidies can lead to distortions of competition. Subsidies can be divided into Environmentally Favourable Subsidies (EFS) and Environmentally Harmful Subsidies (EHS) depending on whether they produce positive or negative effects on the environment. However, classification is not always straightforward, as knowledge of all the impacts of subsidies is required, in addition to the fact that very often a subsidy has both positive and negative effects on the environment[33].

---

[29] F. MARCHETTI, *I tributi*, *ibidem*, p. 289.
[30] *Ibidem*, pp. 290-294.
[31] Examples of incentives include benefits for companies adhering to environmental management systems or EMAS, or subsidies provided for the cost of modernising facilities. For more details, see: W. J. BAUMOL – W. E. OATES, *The Theory*, *ibidem*, pp. 211 ff.; I. MUSU, *Introduzione*, *ibidem*, pp. 53 ff.; F. ROMANI, *Strumenti*, *ibidem*, p. 234.
[32] A. BARILETTI, *Uso delle risorse*, *ibidem*, pp. 101 ff.
[33] In addition, many measures are subject to reassessment between EFS and EHS. For example, support for dairy buffalo farming is considered EFS in terms of emissions but could be changed to EHS if it was made conditional on the use of good environmental husbandry practices. MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE, *Catalogo dei sussidi ambientalmente dannosi e dei sussidi ambientalmente favorevoli*, 2017 e 2018, in https://www.minambiente.it/pagina/catalogo-dei-sussidi-ambientalmente-dannosi-e-dei-sussidi-ambientalmente-favorevoli.

Then there are the implicit subsidies that differentiate the level of taxation to encourage the adoption of more or less polluting techniques and technologies. In Italy, an example of implicit subsidy is given by the case of petrol/diesel: gas oil is cheaper than petrol, which encourages greater use of diesel vehicles. However, this leads to a significant distortion, encouraging the purchase and use of vehicles that are more polluting and produce greater negative environmental externalities. Despite the fact that the European Commission has stressed the need to eliminate excise duties that are more favourable to diesel than to petrol, many countries continue to apply this dualism, such as Italy[34].

Thus, an environmental tax will change behaviour if its price signal is strong enough and if it targets the right actors. Also, an environmental tax expenditure will improve the environment if it rewards activities that otherwise would not have taken place.

In conclusion, it is not the environmental damage that is the object of environmental taxation, but the environmental good. In fact, providing for a tax on damage would in itself be contrary to the purpose of taxation to compete with public expenditures, since a tax that affects damage it's efficient if generates the less revenue possible; in order to be environmentally efficient, in fact, a tax that has environmental damage as its premise should not aim at acquiring revenue.

Therefore, commutative taxation appears to be the most appropriate way of taxing polluting emissions while ensuring compliance with the EU principles set out in Article 191 TFEU, including the 'polluter pays' principle. With this tax, environmental protection services can be financed and those who cause environmental damage through their activities, which are not necessarily economic, can be affected, so that the revenue from the tax can be used to repair the damage. Together with the commutative tax, there can be tax concessions that encourage the adoption of environmentally correct behaviour, and taxes on human activities that affect the environment regardless of the damage caused[35]. In this last hypothesis, therefore, the premise is the environment itself considered as a constitutionally protected value, the revenue from which must be allocated to general taxation in implementation of the EU principles of precaution and 'polluter pays'[36].

3. Carbon Taxation. Different examples from different countries

One of the most used environmental taxes is the carbon one.

[34] L. GIAMPIETRO, *Riflessioni sulla tutela dell'ambiente e sulle proposte di riforma di fiscalità ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 11, 2019, p. 819.
[35] F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Il Mulino, Bologna, 2011.
[36] F. MARCHETTI, *I tributi*, *ibidem*, p. 300.

Carbon tax internalises the cost of pollution into production costs, leading producers to change their production structure to one with lower costs. At the same time, consumers, who pay the price of consuming fossil fuels, are steered towards new and more sustainable goods.

The carbon tax is one of the main instruments available to States to reduce polluting emissions. Basically, according to authoritative theory, all environmental taxes can be considered as carbon taxes, since they all intervene, to a greater or lower extent, to combat adverse climate phenomena[37]. However, the opposite can also be the case, when properly environmental taxes produce damage to the ecosystem, such as no taxation of aviation fuel.

Carbon taxes can act as incentives or be punitive and they are divided into two types: those for which the revenue is spent, in whole or in part, on environmental needs (such as those invested in renewable technologies) and those aimed at directing behaviour towards green practices (such as those incentivising citizens to use efficient cars).

The ideal tax is one that is transparent to citizens, aims to change the behaviour of authorities, businesses and citizens, it is incentive rather than punitive, it is part of a broader tax strategy and it openly declares its environmental intentions[38].

On the economic side, such taxes aim at eliminating negative externalities by ensuring proper cost allocation. To do this, as the consequential costs of resource use are difficult to calculate, taxes should be close to the place of production, so that they can be applied at every stage of production. In places where such taxes are first introduced, citizens could be offered so-called 'tax swaps', allowing them to offset environmental taxes with other tax reductions. This would reduce environmental impacts and benefit citizens elsewhere.

The carbon tax is a different mechanism than the cap-and-trade system. In fact, with this tax, the price is not determined on the basis of market trends but it is fixed per unit of emission. This makes the price of emissions predictable in the short term, and by imposing a fixed cost on the combustion of hydrocarbons in proportion to the quantity of carbon dioxide released, any CO2 emission is penalised. This would discourage emissions and encourage technological innovations and consumption of more sustainable forms of energy.

Nevertheless, the carbon tax can have the same effect as the cap-and-trade system, even if it is much broader in scope, applying to all carbon emitters. A carbon cap-and-trade system can limit emissions based on price changes in the market, but it is also subject to market developments. It also ensures that emission caps are not exceeded by providing incentives for technological innovations to reduce emissions. A

[37] Such as those whose revenues that are invested in rail transport to reduce emissions, although this is not their main objective. In A. GIDDENS, *The Politics of Climate Change*, Polity Pr., Cambridge, 2011, p. 162.
[38] *Ibidem*, p. 163.

tax at a fixed price, on the other hand, can lead to greater fluctuations in polluting emissions: only if the carbon tax is set on the basis of optimal carbon emissions it can produce the same efficient effects as a cap-and-trade system. In addition, while in the cap-and-trade system there are transfers of money between private individuals who have an incentive to implement their own production systems, with the carbon tax only the State benefits from the revenues, thus reducing the economic capacity of the private sector to implement its own production systems.

However, carbon taxes generate a double benefit: a cleaner environment as a result of the taxation and a stronger economy as a result of the reduction of distortionary taxes, such as those on labour. The carbon tax has the power to secure sufficient revenue to finance tax reforms. If the revenue from taxation is used to finance the objective that the tax sets itself, there is an acceleration in the achievement of the environmental objective as well as an awareness among polluters that their taxation is not only made to condemn them for their pollution, but also to remedy for its consequences.

Not to be underestimated is the fact that the imposition of a tax on carbon means that the most polluting industries are charged more than the greenest ones. This must lead policymakers to consider the economic impact of the tax imposed, as well as whether taxpayers with a higher tax cost become less competitive in the market or even move their production to other lower tax jurisdictions. These considerations inevitably lead to a reassessment of taxes, providing for possible exemptions or reductions, and considering the possibility of using revenues to reduce other tax burdens or provide transitional relief.

With carbon taxation the government does not need to have detailed information on the costs and benefits of mitigation projects, but only on the marginal social cost of emissions. After the government sets the rate of a carbon tax to match this cost, the private sector determines, in a decentralised process, which mitigation projects bring the greatest private benefits per tonne of carbon reduced. Carbon taxation is also relatively easy to implement in countries with a high risk of corruption or low institutional capacity. This is because the government does not need to be able to observe where fuels are burned in the economy to price these emissions efficiently; instead, carbon prices can be imposed "upstream" on the carbon content of fuels. The government can then focus its oversight on a small number of sites imposing a carbon price at certain points of entry of fuels into the economy, and all subsequent activities using these fuels are covered by climate policy. It is then the private trading partners who pass the carbon price signal through the market, to remote regions, to informal activities, to all industries.

However, who bears the burden of the tax? Carbon taxes are regressive, and politicians and voters often argue against their implementation because of the relatively higher tax burden on low-income families. Hillary Clinton's 2016 presidential campaign abandoned the idea of implementing a $42 per tonne carbon tax in the US because of its likely regressive impact; furthermore, one of the arguments made when

Australia's carbon tax was repealed in 2014 was that it increased the cost of living for households. Similarly, the 'Yellow Vest' movement, which began in France in October 2018, began as a protest against the proposed increase in the French carbon tax, arguing that it would place a disproportionately large burden on middle and working class households. Distributional concerns are thus an important reason as to why only a few countries have adopted carbon taxes and why these taxes only cover portions of the emitting sectors of their economies.

Carbon taxes were first introduced in northern European countries in the early 1990s. Denmark, in particular, introduced taxes on energy consumption, fossil fuels and electricity at that time, which were later extended to include a CO2 tax on households. However, the first CO2 tax in the world is the Finnish one in 1990. This tax was initially very low and designed for the transport, industry and household sectors, and it was gradually increased over time. These taxes pursued significant results over the years, reducing emissions in Finland by 2-3% in 2000 compared to what they would have been in the absence of the tax. The same is true for other countries such as Sweden[39], Iceland and Norway.

British Columbia introduced the carbon tax in 2008, based on the revenue neutrality model. The tax is levied on emissions from fossil fuels based on the percentage of carbon dioxide emitted. Taking exemptions into account, the tax covers about 70% of total pollutant emissions. Under the revenue-neutral approach, the revenue is used to reduce other taxes, which allows the government to provide tax relief to low-income taxpayers, homeowners and the elderly (addressing equity issues) and to reduce the general corporate income tax rate and the income tax rate for small businesses (addressing economic issues). Revenue generated will be used to provide additional tax relief for families, clean growth incentives for industry, and new green initiatives[40]. Other Canadian provinces have explored and executed carbon pricing measures, and, in October 2016, Prime Minister Justin Trudeau announced that Canadian provinces should adopt carbon pricing or implement a cap-and-trade program to achieve equivalent reductions[41]. However, to avoid excessive fragmentation across provinces, one solution would be to set a federal carbon price from the outset, but policy does not always allow this[42].

---

[39] In 1990, the Social Democratic government introduced the carbon tax. The tax started at $30 per tonne of CO2, a price that increased rapidly in the early 2000s. It then arrived at $130 in 2019, becoming the world's highest carbon tax imposed on households and non-commercial sectors. In J. ANDERSSON – G. ATKINSON, *The distributional effects of a carbon tax: The role of income inequality*, in Centre for Climate Change Economics and Policy, Working Paper No. 378, ISSN 2515-5709 (Online) and Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, Working Paper No. 349, ISSN 2515-5717 (Online), September 2020, pp. 6-9.

[40] BRITISH COLUMBIA MINISTRY OF FINANCE, *Budget and Fiscal Plan 2008/09 – 2010/11*, 9 February 2008; BRITISH COLUMBIA MINISTRY OF FINANCE, *Budget and Fiscal Plan 2016/17 – 2018/19*, 16 February 2016; BRITISH COLUMBIA MINISTRY OF FINANCE, *Budget 2018. Working for You. Budget and Fiscal Plan 2018/19 – 2020/21*, 20 February 2018.

[41] Prime Minister Justin Trudeau speech at the House of Commons, 3 October 2016.

[42] *Ibidem*.

Ireland has chosen a different design for its carbon tax, driven in part by the political environment and conditions in 2010. The tax base covers CO2 emissions from liquid and fossil fuels and from peat, focusing only on fossil fuels and not on emissions from other sources, as British Columbia. However, unlike British Columbia, the tax does not apply to emissions from the electricity sector or large industrial installations, because these sectors are already included in the EU Emissions Trading System. The Irish tax was not designed as a revenue-neutral tax, due to the need to generate new revenue to tackle the fiscal crisis. However, the Irish carbon tax and related policies have addressed equity and competitiveness issues in other ways. The government expanded its fuel allowance programme prior to the implementation of the tax and established a new programme for energy retrofitting of buildings after the tax came into effect. In addition, the ability to use the carbon tax to generate new revenue avoided a further increase in income taxes, which could have had a more negative effect[43].

The Japanese carbon tax came into force in 2012 and was designed primarily as a means of raising revenue for climate change mitigation projects. The tax applies to fossil fuels with limited exemptions and the revenue is invested in energy efficiency projects and low-carbon technology. The aim of the tax is to raise revenue in a way that has a political link to the environmental problem rather than influencing behaviour through a price signal.

The UK applies a tax on carbon emissions within the EU ETS, subjecting them to two different forms of carbon pricing. Since 2013, the UK has applied a *'carbon price floor'*[44] to carbon dioxide emissions from electricity generation. Although emissions are subject to the EU ETS, the government determined that the low and fluctuating price of ETS allowances was not sufficiently encouraging investment in the low-carbon technologies needed to meet the UK's emissions reduction targets. Therefore, the government changed its taxation by imposing a new price on fossil fuels used in electricity generation. In this way, taxpayers subject to the carbon price floor will pay the levy plus the cost of any allowances needed to comply with EU ETS requirements.

In Europe, there is no a single tax on carbon, with the EU only directing different national policies. The matter is currently regulated by Directive 2003/96/EC[45], which contains mostly general guidelines. This directive was approved to avoid distortions of competition in the EU energy sector, providing common and general rules on the purpose of taxation and minimum rates, calculated on the basis of the volume of energy consumed, products used for heating, electricity and motor fuels. It is then up to the States to set the national rates. However, this directive is partly incompatible with the ETS, since it provides for volume-based rates and historical rates (resulting in unfair

[43] Finance Act, 2010, Part 3, chapters 1-3; Finance Act, 2011, Part 2, paragraph 44.
[44] Finance Act 2000, Chapter 17, n. 6.
[45] Council Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity.

competition between energy sources, leading to unjustified tax benefits for some fuels over others) and it does not take into account the reduction of CO2 emissions. The European Commission therefore attempted to amend the directive in 2011 in order to create ground rules for common energy and carbon taxation. In particular, the proposal aimed at a stricter application of minimum rates, avoiding reductions for businesses, and trying to limit distortions in the internal market as much as possible. As the EU Commission noted in its proposal[46], Member States are starting to introduce their own CO2 taxes and approaches may differ. A patchwork of national policies could create difficulties for companies operating in different Member States and distort competition. However, the proposal has not entered into force, and the EU has currently shown interest in the creation of a carbon border tax, which is being developed.

US tax expenditures to encourage the construction of wind farms reward positive externalities, based on Pigouvian theory. Since 1992, the Federal Tax Code has provided an income tax credit for wind farms. Alternatively, operators can claim an investment tax credit equal to 30% of capital costs for an immediate tax benefit and, in addition, they were able to choose a direct cash subsidy instead of the investment tax credit for several years during the recession. Put in place in the short term to help the transition to renewable energy, this tax benefits gradually declined and ceased to exist for plants that started construction after 2019.

So, based on these examples, to mitigate climate change, a carbon price must be imposed on those consumer goods that are responsible for most emissions: transport, fuel, food, heating and electricity. These goods are, however, typically commodities and the distributional effect of carbon taxation is therefore likely to be regressive, the more unequal the distribution of income.

Following the signing of the Paris Agreement in 2015, countries around the world are trying to find ways to adjust their nationally determined contributions to the common goal of limiting global warming. Economists are, in a united and unprecedented way, recommending the implementation of carbon taxes as the greenest and cheapest way to achieve these emission reduction targets. At the same time, income inequality in the wealthiest States has risen steadily over the past four decades, in some cases to levels not seen since the late 19th Century. If rising income inequality makes the distributional effects of carbon taxes more regressive, it will be politically more difficult to implement carbon taxes in countries with high and rising inequality. Unfortunately, income inequality is high in OECD countries that are large emitters of greenhouse gases, such as the US, Japan, Germany, Canada and Australia. And where income inequality is relatively low, or carbon taxes are already implemented, such as the Nordic countries, GHG emissions are residual compared to the global total. To increase the political feasibility and equity of carbon taxes, policymakers in the world's

[46] EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Smarter energy taxation for the EU: proposal for a revision of the Energy Tax Directive*, 13 April 2011, COM(2011) 168.

largest economies therefore need to design a carbon tax policy that includes revenue recycling mechanisms, reductions in distortionary taxes, or other means of offsetting the regressive effect[47].

However, the low penetration of carbon pricing is largely due to people's aversion to taxes in general, and to carbon taxes in particular. Making carbon pricing more politically acceptable is therefore a precondition for stronger and more effective climate action. Polls show that individuals do not think that a carbon tax alone is effective in reducing emissions. Voters show a preference for allocating tax revenues to further emission reductions and are particularly enthusiastic about supporting low-carbon research and development, together with subsidies to promote diffusion. So far a great deal of political effort has gone into granting exemptions or permits to energy-intensive industries, often through grandfathering[48].

So it is a question of how revenue recycling could create real value for the economy and at the same time contribute to broad public support for achieving climate goals.

Countries with high carbon taxes, such as Sweden and Switzerland, have been successful in their implementation because they have used a mixed strategy of revenue recycling, with the revenue used partly for direct compensation to citizens, partly for green infrastructure spending and partly for industry compensation. On balance, these options should be evaluated as potential uses of revenue recycling along with the allocation of some revenue for an industrial decarbonisation fund[49].

The example of the Swedish tax[50] of €137 per tonne of CO2 shows convincingly that economies can indeed maintain high levels of growth and employment while significantly cutting GHG emissions across the board, and such effective decoupling brings to be optimistic about the potential effectiveness of carbon taxes. Much depends on how this emissions tax is set and collected in different parts of the world. Also, it depends on the integration of the carbon tax into existing carbon markets where identified emitters have to buy emission permits at the price based on the tax per tonne of CO2e to the extent that they want to continue emitting those greenhouse gases. Of course, the use that will be made of the revenues from the carbon tax will also be important. A part of this revenue will have to go to protect low-income households from rising energy and electricity prices. However, another part can be directed towards promoting low-carbon investments by financing promising mitigation and adaptation projects, directing funds mainly towards those projects that replace high-carbon goods and processes. Since carbon taxes will provide a major source of globally collected

[47] J. ANDERSSON – G. ATKINSON, *The distributional*, *ibidem*, pp. 28-29.
[48] LSE, *The future of carbon pricing: Consultation response*, August 2019, p.6.
[49] *Ibidem.*
[50] As reported by Sala the progressively increasing carbon tax in Sweden promoted a 25% reduction in carbon emissions between 1990 and 2015, while the country's GDP grew by 69% over the same period. In L. SALA, *The Swedish Carbon Tax: How to Tackle Climate Change in an Efficient Way*, in *Traileoni*, Bocconi University, Milano, 5 December 2017.

revenue, they can also usefully finance transfers of capital, technology and resources from rich to poor countries at the heart of the global fight against global warming. So, carbon taxes can replace or help reduce other less productive (from a fairness or efficiency perspective) taxes, such as labour-restricting payroll taxes or regressive consumption taxes, and thus serve as a linchpin for broader tax reform[51].

So, in conclusion, carbon taxes have the advantage of imposing a sufficiently high, stable and therefore predictable price on greenhouse gas emissions with which to assess the profitability of investment projects, evaluate climate-related risks and pursue emission reduction targets. Where environmental taxes hit, consumers and producers have clean alternatives with which to reduce their tax burden. One of the International Monetary Fund (IMF)'s key arguments is that such a carbon tax cannot be set at a uniform level[52]. On the contrary, IMF research has shown large differences between countries when it comes to the costs of internalising their respective contributions to global warming and thus justifying very different carbon tax rates. For Saudi Arabia and Iran, for example, these costs (and thus ideally also the carbon tax rates) would be very high not only because of their leading position in oil production, but also in light of how artificially their theocratic governments have maintained petrol prices and electricity costs for decades. In India and China, costs (and thus also rates for any carbon taxes) are kept high because of their over-reliance on coal, particularly dirty fossil fuel. On the other hand, Brazil has effectively negative costs since it is the supplier of the world's largest carbon sink, the Amazonian rainforest.

At the same time, a single, globally harmonised carbon price, rising at an appropriate rate and applying to all emission sources, could help achieving cost-effective reductions in greenhouse gas emissions and improving tax's cost-effectiveness by equalising abatement costs at the margin[53].

An attempt of this nature is the European carbon border tax.

4. The EU carbon border tax. Is it the future?

In recent years, the idea of creating a carbon border tax has emerged in Europe in compliance with the European Green Deal[54] and on the basis of two assumptions: it is not possible to avoid burning fossil fuels for all industries and they have the possibility to avoid paying the surcharge by moving their polluting activities out of Europe (*carbon leakage*) or by importing cheaper goods as they are not subject to stringent rules on emissions. For this reason, Europe devised the Carbon Border Adjustment Mechanism

[51] R. GUTTMANN, *Eco-capitalism*, *ibidem*, pp. 235-236.
[52] *Ibidem*, p. 161.
[53] LSE, *The future of carbon pricing: Consultation response*, August 2019, p. 2.
[54] EUROPEAN COMMISSION, Communication *'Fit for 55': delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality*, Brussels, 14 July 2021, COM/2021/550 final.

(CBAM) as part of the Green Deal to protect EU companies that are subject to higher costs resulting from stricter emissions regulations.

The European Commission Communication "*Fir for 55*" declares that: CBAM is "*designed as a climate action instrument, it introduces a market dynamic that protects the integrity of EU and global climate policy by reducing GHG emissions in the EU and globally, and induces the relevant sectors to modernise, become more sustainable, and drive down their carbon content*"[55].

CBAM is a duty that applies to products imported into Europe from countries with less stringent emissions regulations in order to avoid *carbon leakage*, protect the EU market from unfair competition and encourage Member States to achieve high climate ambitions. The proposed EU regulation of 14 July 2021 determines the standard procedure for calculating product-integrated emissions, both direct and indirect[56].

EU importers will have to purchase carbon certificates equal to the price that would have been paid if the goods had been produced under EU carbon pricing rules. However, when a foreign producer demonstrates that he or she has already paid in a third country the price for the carbon used in the generation of the imported goods, this cost can be deducted in full for the EU importer.

Such border carbon adjustment mechanism is already in place in some regions of the world, such as California, where an adjustment is made to certain electricity imports, while other States are planning equivalent systems (such as Canada and Japan).

For this mechanism to be firmly accepted by businesses and third countries, it will be phased in starting in 2023 and only for a number of goods covered by the EU ETS that are at risk of carbon leakage, such as cement, aluminium and iron[57]. From that year onwards, a reporting system for these products will be in place to facilitate dialogue with non-EU countries and the functioning of the mechanism, while in 2026 importers will start paying a financial adjustment. In addition, CBAM revenues will contribute to the EU budget and go into the NextGenerationEU[58].

The CBAM will also be integrated with the ETS so that free allowances will be completely eliminated from 2026 and it will be based on a system of certificates to cover the emissions of products imported into the EU. However, the mechanism will apply gradually and in direct proportion to the reductions of free allowances allocated in the ETS[59], in order to ensure that importers are treated equally to EU producers.

---

[55] *Ibidem*, paragraph 4.

[56] Direct emissions are those over which the producer has direct control; indirect emissions are those derived from the electricity consumed in production. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism*, Brussels, 14 July 2021, COM(2021) 564 final.

[57] These are the sectors at risk of relocation as well as those for which it was more feasible to bring them under the CBAM mechanism at the administrative level.

[58] It is estimated that this measure will be worth between EUR 5 and 14 billion per year. In https://www.rinnovabili.it/ambiente/politiche-ambientali/carbon-border-tax-ue-importazioni/.

[59] EUROPEAN COMMISSION, Communication *'Fit for 55'*, *ibidem*, paragraph 4.

It will then be up to national authorities to authorise the registrations of importers in the mechanism and to sell CBAM certificates to them. Importers will be required to declare by 31 May each year the quantity of goods and emissions contained in those goods imported in the preceding year, and they will return certificates purchased in advance from the authorities corresponding to what was issued. This will also ensure that EU and non-EU producers pay the same carbon price[60].

So, EU-registered importers should be provided with information on the emissions of goods subject to CBAM. If no such information is available, default values for the carbon emissions of each product can be used to calculate the number of certificates to be purchased. It will then be up to importers to demonstrate their actual emissions during a reconciliation process and return the correct number of certificates.

Although all third countries will be involved in the mechanism in principle, some countries that are part of the ETS or have their own trading system will be excluded (such as Switzerland and the European Economic Area's States)[61]. Additionally, sectors and companies outside the EU with already low carbon production cycles or that apply a similar carbon pricing system will benefit from the mechanism[62].

But what are the consequences of such an introduction?

First of all, CBAM would encourage the decarbonisation of EU and non-EU industries and protect the competitiveness of companies. Moreover, this tax will make the price of imports reflect their carbon content.

At the same time, however, in order to prevent companies from relocating, there is a risk of violating the rules of the World Trade Organisation, which provide for equal treatment of similar products without discrimination on the basis of origin. Theoretically, therefore, CBAM should also be extended to EU products, which would pose a number of economic and political challenges[63]. In fact, the imposition of tariffs on imports of products generated by technologies using high levels of coal could be in contrast with Articles I and III of GATT. Under Article III of the GATT, State's taxes may not discriminate in such a way as to protect domestic products to the detriment of similar foreign products.

If the CBAM were to act as a protectionist measure, the WTO could block the EU initiative, which could be avoided if the EU earmarks part of the revenue from the tax to aid the green transition of the most disadvantaged countries[64]. Moreover, if the CBAM is simply coupled with the current redistribution of free ETS allowances, this would result in unjustified over-protection of European industries; but since free allowances are currently reserved for the sectors most prone to carbon leakage, a

[60] *Ibidem*.
[61] See EUROPEAN COMMISSION, *Carbon Border Adjustment Mechanism: Questions and Answers*, 14 July 2021, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/qanda_21_3661.
[62] EUROPEAN COMMISSION, Communication *'Fit for 55'*, *ibidem*, paragraph 4.
[63] M.C. CAVUOTO, *Unione Europea: primi passi verso la carbon border tax*, in *Close-up Engineering*, 21 February 2021, https://energycue.it/unione-europea-primi-passi-verso-carbon-border-tax/22023/.
[64] https://www.rinnovabili.it/green-economy/green-market/carbon-tax-europea-bozza/.

duplication of market shields would be detrimental to EU competition rules and consumers[65]. However, the idea is to accompany the phasing out of free quotas with the CBAM, precisely to overcome the possibility of double protectionism.

To overcome these issues, the costs imposed on carbon productions in the European Emission Trading System could be compared to the duties on imported products. In this way, under Article II.2(a) GATT, the same burdens would be imposed on similar goods' productions based on their carbon footprint, regardless of whether they come from the EU or not. Otherwise, under Article XX GATT, the introduction of the carbon border tax would be justified on exceptions to the prohibition of discrimination, such as the protection of health or the conservation of exhaustible natural resources. Obviously, to implement Article XX, it would be necessary to demonstrate the causal link between the measure and the protection, which is not always easy in the context of decarbonisation policies. In fact, the exceptions under Article XX GATT cannot justify international trade restrictions or arbitrary or unjustified discrimination between countries with similar conditions. Therefore, abuses for protectionist purposes are not admissible. On the contrary, with the introduction of this carbon border tax, the EU should aim to align its sustainable production standards with those abroad.

However, there is more than just the WTO, as this tax could also cause retaliation against other countries that trade with Europe. These include Russia, which exports large quantities of energy resources to Europe, China, which among other things has introduced a national carbon market for Chinese companies along the lines of the EU's, and the United States.

There are also those who have opted for the inclusion of imports in the ETS, which would require foreign producers to purchase emission allowances[66]. However, this is not a feasible solution, as it would disrupt the mechanisms of the system, including the Market Stabilisation Reserve.

However, within the EU, the CBAM is particularly desired by industry groups, who are eager to compensate for the extreme increase in the price of emission allowances, which has reached around €50 per tonne of CO2 emitted, more than double the pre-Covid price. This exponential increase in the cost of EU emissions leads to serious competitive disadvantages for EU companies compared to foreign companies where there is no such taxation, as well as limiting investment in new technologies.

The procedure is currently open for comments, which will be submitted to the European Parliament and the Council in order to feed into the legislative debate.

---

[65] M. CAMPORESE – A. MINATI, *Il discorso sulla Carbon Border Tax europea entra nel vivo*, in *Il Caffè Geopolitico*, 23 July 2021.

[66] Such as the European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition (ERCST). In https://www.rinnovabili.it/ambiente/politiche-ambientali/carbon-border-tax-ue-importazioni/.

5. Conclusions

Carbon tax aims at internalise the damage caused to the environment by pollution. There is no doubt that imposing both the EU ETS and taxation on an installation would lead to major distortions of competition, so the two instruments should be complementary but, above all, applied at central European level. Applying a tax only in certain countries would put installations located there at a disadvantage, since they would have to bear a double cost (allowances and tax). One might therefore consider applying the tax to different sectors that are not subject to international competitive pressures.

But can CBAM be considered the future of ETS?

First, both the ETS and the CBAM have the common objective of pricing greenhouse gas emissions through allowances and certificates. However, the former determines a maximum amount of emissions and allows trading, while the latter does not set quantitative limits on imports, ensuring that trade is not restricted. In addition, the ETS applies only to the EU context, the CBAM to imports into the EU.

In order to remain effective as an emission leakage measure, the tax must reflect the ETS price faithfully by mirroring the price of the ETS auctions through weekly averages. Weekly average prices are in fact able to faithfully reflect ETS price fluctuations by providing ambitious margins for importers to benefit from price changes while ensuring manageability of the scheme by administrative authorities.

Moreover, the price of ETS allowances is determined by the matching of market supply and demand, an upper limit of allowed emissions is set and scarcity of allowances is necessary to incentivise price increases. In contrast, there can be no cap on the number of CBAM certificates available to importers, and if importers are given the opportunity to trade these certificates, the CBAM price may no longer reflect the evolution of the ETS price. This would discourage decarbonisation in favour of carbon leakage, and would also lead to price differences between countries. Therefore, while trading of certificates is not allowed, the Regulation proposal on CBAM proposes, in paragraph 22, a system whereby authorities may purchase from importers a number of surplus certificates set in such a way as to allow importers a reasonable margin of amortisation of costs over the period of validity of the certificates, while safeguarding the environmental objective and prices.

The connection between CBAM and ETS is made with regard to the activities, which should be the same in order to ensure that imported products are not treated less favourably than similar products of EU origin. Furthermore, the actual selection of activities should consider materials and products covered by the ETS, ensuring that imported products are as energy intensive as EU products, setting the carbon price in the context of the ETS and avoiding carbon leakage.

So can we see the CBAM as the future of the ETS?

As Article 1(3) of the Regulation proposal declares, the CBAM will progressively become an alternative to the ETS mechanisms to prevent the risk of carbon leakage, in particular free allocation of allowances in accordance with Article 10a of the ETS Directive[67]. In fact, CBAM aims to replace existing mechanisms by addressing the risk of carbon leakage in a different way, ensuring an equivalent carbon price for imports and domestic products. While, as we have seen above, some sectors of the ETS currently provide for free allocation of allowances to avoid carbon leakage, such a mechanism would ensure an equal result with the added taxation of polluting producers. While an operator subject to the free mechanism would tend to continue to operate in Europe because it does not have to pay for its emissions, the absence of revenue from the ETS and payment by the operator itself does not in fact provide an incentive to invest in new technologies, as the zero cost of emissions is undoubtedly cheaper. On the other hand, the gradual introduction of the CBAM with the parallelism of the gradual elimination of free ETS quotas would produce the same effects in terms of carbon leakage (the operator would still have the advantage of producing in Europe, even if subject to the ETS auction mechanism, since he or she would in any case be taxed if he or she imports its own goods produced in third countries, without discrimination between EU and non-EU production), but there would be advantages both on the environmental and financial levels.

On the environmental side, this would encourage operators to invest in green technologies to pollute less and thus incur lower costs in purchasing emission permits. On the other hand, taxing emission quotas by auctioning them or by taxing the entry of non-EU products would raise useful financial resources to be invested in sustainability and green financial plans such as the recent Next Generation EU.

The last issue to be resolved in order to consider such a CBAM optimal is that of trade relations with third countries with which Europe has a dense commercial exchange. Given that the European Commission has ensured compliance with international WTO rules and the absence of discrimination between domestic and foreign goods, it is necessary to establish a cooperative dialogue with third countries so that EU operators can see the competitive advantage of the entry into force of such a mechanism, which would for the first time treat European goods equally to foreign ones.

The question is now in Europe's hands to create a sustainable market-based instrument that is truly environmentally efficient.

[67] Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Concessioni demaniali marittime, potere di disapplicazione della P.A. e affidamenti*

di Attilio Simonelli**

17 dicembre 2021

Sommario: 1. Introduzione, la caparbietà malposta dello Stato Italiano. – 2. L'affidamento legittimo dei privati, un moto ondulatorio tra negazione e riconoscimento. – 3. La disapplicazione della P.A., un mostro giuridico. – 4. Conclusioni. Oneri gravosi che limitano efficienza e libertà di iniziativa economica.

1. Introduzione, la caparbietà malposta dello Stato Italiano

La più che nota vicenda delle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali che ha occasionato l'ennesimo richiamo della Commissione Europea allo Stato Italiano, non fa che evidenziare, con non poco sconforto di tutti coloro che assistono da anni a certe inerzie, la difficoltà endemica alla rapida risoluzione delle falle di sistema che i governi succedutisi negli ultimi lustri hanno tentato di superare con la disinvoltura di una indifferenza neanche troppo malcelata, culminata nel ricorso all'ormai famoso regime delle proroghe indiscriminate delle concessioni in questione. Ciò ha avuto luogo in riferimento a settori che, peraltro, rivestono un grande interesse economico e produttivo all'interno del quadro dell'economia nazionale nel quale il settore del turismo, e nella specie del turismo costiero, assurge ad una posizione di rilevanza innegabile e che, pertanto, necessitano della più pervasiva applicazione delle regole in tema di concorrenza richieste dall'Europa. La miopia del decisore italiano è tanto più inspiegata ed inspiegabile quanto più si rilevi, come fanno le sentenze in commento, l'entità minima che lo Stato Italiano ricava dai contributi di concessione delle aree

* Commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. 9 novembre 2021, n. 17 e Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. 9 novembre 2021, n.18.
**Abilitato all'esercizio della professione forense.

demaniali marittime nel confronto con l'impatto, a livello di produzione della ricchezza, delle attività che su tali aree insistono[1].

Per ricapitolare il susseguirsi delle norme che hanno interessato la materia, è bene compiere una rapida sintesi degli interventi: 1) prima proroga, fino al 31 dicembre 2015, disposta dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009, convertito con modificazione in legge 26 febbraio 2010, n. 25; 2) seconda proroga, il termine del 31 dicembre 2015 successivamente prorogato sino al 31 dicembre 2020 in virtù della legge 24 dicembre 2012, n. 228; 3) terza proroga, legge n. 145 del 2018, all'art. 1, commi 682 e 683, ha disposto l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2033.

Più volte la Commissione europea è intervenuta con richiami formali e lettere di messa in mora nei confronti dello Stato italiano[2], alle quali quest'ultimo, per mezzo dei propri organi preposti, ha replicato con rassicurazioni sulla imminente promozione di iniziative legislative volte al riordino della materia, peraltro mai giunte a risultati tangibili.

Ebbene, come è evidente, il permanere della situazione di omessa reazione ad ogni invito sovranazionale, ha comportato l'intervento necessitato del Consiglio di Stato che, al netto di quella che appariva una decisione obbligata vista la chiarezza delle norme UE violate, ha tuttavia percorso una strada che contempera le necessità di

---

[1] Si legge in entrambe le sentenze in commento appunto che *"Al contrario degli appalti o delle concessioni di sevizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime."*, determinando così un introito a favore dello Stato italiano addirittura minore dell'1% rispetto alla capacità produttiva delle aree balneari, lacuali e fluviali concesse, anche senza considerare che i dati cui fa riferimento il Consiglio di Stato ragionevolmente non tengono conto dell'economia sommersa, che se fosse conteggiata andrebbe a diminure ancora la percentuale.

[2] La prima procedura di infrazione risale al 2008. Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908, su cui v. la lettera di messa in mora inviata all'Italia il 29 gennaio 2009, iniziata in seguito della segnalazione dell'AGCM (segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008), procedura poi chiusa nel 2012, confidando sul fatto che l'art. 11 d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, aveva delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. La più recente, del 3 dicembre 2020, evidenzia che l'ulteriore provvedimento di moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, co. 2, d.l. 34/2020, che produce un ulteriore blocco delle procedure di concessione per via dell'emegenza COVID-19, presenta profili di incompatibilità comunitaria. Così come evidenzia il medesimo Consiglio di Stato nelle sentenze in commento *"Non è, infatti, seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica".* Pertanto la Commissione ha nuovamente evidenziato che *"la Repubblica italiana non abbia ottemperato agli obblighi imposti dall'articolo 12 della direttiva sui servizi e dall'articolo 49 TFUE".*

compromesso, imposta anche dall'onere di doversi sostanzialmente sostituire ad un legislatore inerte. Così, come sempre accade quando, per necessità, i ruoli vengono distorti e gli interpreti istituzionali distolti dal proprio ambito operativo naturale, le decisioni in commento hanno lasciato qualche alone di opacità su alcuni passaggi motivazionali di cui si darà conto più innanzi.[3]

Le due pronunce, da definirsi gemelle, in quanto condividono gran parte del testo nella parte motiva, sono dotate di una rara capacità di tangenza di una serie di punti dall'importanza sostanziale su una serie di questioni che, nel tempo più o meno recente, hanno interessato il diritto amministrativo anche in relazione ai rapporti con le fonti sovranazionali.

Di tutte queste non si darà pienamente conto nel presente contributo che sarà viceversa focalizzato sui due argomenti che si ritengono forse più dirompenti e contraddittori e che, pertanto, paiono suscitare maggiore interesse di approfondimento critico.

Senza presumere di darne completa contezza al lettore, è bene però evidenziare "in sedicesimo" quali e quanti sono stati i chiarimenti che la Plenaria ha avuto occasione di compiere nella vicenda di specie, anche per avere un quadro completo dell'importanza che rivestono le decisioni in commento sul piano della chiarificazione dei rapporti tra fonti del diritto e della loro esatta interpretazione. Per farlo è utile riportare le questioni rimesse all'Adunanza Plenaria: "*a) se sia doverosa la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; b) nel caso di risposta affermativa, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; c) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore*

[3] Si vedano, *mutatis mutandis*, le incertezze rimaste sul campo delle scelte di fine vita all'indomani della famosa sentenza n. 242 del 2019 della Corte Costituzionale sul Caso Dj Fabo – Cappato, la quale ha dovuto introdurre una serie di requisiti e presupposti per individuare come lecito il c.d. aiuto a morire. Ciò per soppire all'inerzia del legislatore già sollecitato dal medesimo Giudice delle Leggi con il rinvio della decisione di un anno per consentire appunto l'iter legislativo di una norma che disciplinasse il fine vita. Requisiti che però non trovano riscontro nella normativa nazionale e che lasciano tuttora ampio spazio all'interpretazione, nonché spettri di travalicamento oltre lo spazio consentito dei poteri interpretativi o additivi, sconfinando nell'ambito della creazione della norma.

della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145".

Ebbene, la Plenaria si determina rispetto ai quesiti con una serie di pregevoli passaggi che così possono essere schematicamente riassunti: 1) la limitazione della concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime è contraria all'art. 49 TFUE nonché all'art.12 della c.d. direttiva *Bolkestein*, n. 123/2006, come già evidenziato dalla Corte di giustizia U.E. con la sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*; 2) le aree oggetto di concessione, dato il loro immenso valore naturalistico e l'attrattiva economica capace di generare un mercato che interessi operatori anche oltre confine, sono dotate di quell'*interesse transfrontaliero certo* che impone l'obbligo di gara pur in assenza di specifica disciplina contenuta nelle direttive, anche in considerazione della immediata e rapida produzione di ricchezza scaturente dalla possibilità di addivenire a subconcessioni, come ammesso dal codice della navigazione all'art. 45*bis*; 3) comunque, anche prescindendo dall'interesse transfrontaliero certo, la direttiva n. 123/2006 sui servizi, e quindi il conseguente obbligo di messa in concorrenza in presenza di beni scarsi, deve ritenersi applicabile alle concessioni demaniali marittime[4] perché sostanzialmente qualificabili come *"autorizzazioni di servizi"*[5] secondo la nomenclatura della direttiva; 4) la suddetta direttiva n. 123/2006 è dotata di un livello di dettaglio tale da potersi certamente ritenere fonte *self executing* del diritto UE, quindi direttamente applicabile nel diritto interno (quanto ai rapporti verticali PA - cittadino) e capace pertanto di produrre la disapplicazione delle norme interne in conflitto; 5) non è necessario scomodare la giurisprudenza della CGUE *Khune* e *Kempter*[6] in tema di autotutela obbligatoria, che comunque il Consiglio di Stato ritiene di dover confermare seppure con le limitazioni già individuate dalle predette decisioni della Corte di Lussemburgo, in quanto gli atti amministrativi di rinnovo della proroga sono meramente ricognitivi di un effetto già prodotto *ex lege*, quindi non possono essere destinatari della suddetta autotutela, viceversa l'effetto che tali atti di proroga hanno prodotto sarà *tamquam non esset* in virtù della disapplicazione della norma interna che li impone; 6) neppure rileva la questione dei giudicati intervenuti su tali vicende in quanto è certamente vero che

[4] Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 35, ha espressamente affermato che essa *"si applica a numerose attività in costante evoluzione, tra le quali figurano i servizi collegati con il settore immobiliare, nonché quelli nel settore del turismo"*.

[5] Corte di giustizia U.E., sent. 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa: "*tali concessioni possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica".*

[6] Rispettivamente CGUE, sent. 13 gennaio 2004, C-453/00 e CGUE sent. 12 febbraio 2008, C-2/06.

normalmente la norma sovranazionale non impinge le statuizioni del giudicato (salvo il famoso caso *Lucchini*[7] sugli aiuti di Stato e le vicende della c.d. vigilanza bancaria sull'*affaire Tercas*[8]), purtuttavia ciò vale per gli effetti esauriti, non essendovi alcuna regola che osti alla rimozione di quegli effetti durevoli ancora in essere in ragione del giudicato il quale, infatti, è per sua natura sottoposto alle mutazioni di fatto e di diritto che riguardano le circostanze su cui si è formato.

Pertanto, ritenuta la persistenza di un obbligo di concorrenza nella materia *de qua*, il Consiglio di Stato è addivenuto ad una particolare pronuncia di disapplicazione a termine, dando tempo al legislatore di interessarsi definitivamente della materia in coerenza con quanto richiesto dalle fonti UE, peraltro mutuando una tecnica tipica dell'armamentario del giudice amministrativo, già utilizzata in tema di annullamento con effetti posposti nel tempo. Se quest'ultimo strumento nasce dalla necessità di non lasciare una materia priva di regolazione, lì dove sia migliore la situazione di una normazione seppure parzialmente illegittima ad una totale assenza di regole[9], nel caso di specie viceversa la posposizione dei termini di efficacia della pronuncia di disapplicazione è volta, a quanto sembra doversi inferire, oltre alla concessione di un tempo tecnico utile a normare specificamente la vicenda, se ritenuto necessario dal legislatore, e ad espletare le gare, anche alla tutela degli affidamenti dei privati interessati dalla concessione.

2. L'affidamento legittimo dei privati, un moto ondulatorio tra negazione e riconoscimento

[7] CGUE, Sentenza 18 luglio 2007, causa C119/05 . in dottrina A. AMATUCCI, *Il ruolo del giudice nazionale in materia di aiuti fiscali*, in *Rass. trib.*, 2008, 1291; P. BIAVATI, La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario, *Rassegna tributaria*, 2007, I, pagg. 1591e ss.; E. GAMBARO - A. PAPI ROSSI, *Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili*, in AA.VV. *Concorrenza e Aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 231; F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, , Torino, Giappichelli, 2011, p. 278.

[8] Corte giust., 2 marzo 2021, causa C-425/19 P, in dottrina: A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in MCR, n. 2, 2015, p. 327 ss.; L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza, in Innovazione e Diritto*, n. 5, 2017, p. 284 ss.; D. DIVERIO, *Le misure nazionali di sostegno al mercato bancario: un'applicazione à la carte della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese?*, in DCI, n. 3, 2017, p. 603 ss; A. CIRCOLO, *Gli aiuti di Stato nel settore bancario e l'affaire Tercas: quando finisce la discrezionalità e quando inizia la responsabilità*,in EuroJus, 2/21, pp.187 e ss. .

[9] *Ex multis* Consiglio di stato, sent. del 10 maggio 2011, n. 2755, in tema di modulazione degli effetti dell'annullamento di un piano faunistico venatorio.

Quello degli affidamenti[10] è il tema che ci introduce nel vivo delle questioni sottese al presente contributo. Ed infatti non può non riscontrarsi nelle decisioni una qualche distonia sul tema della tutela dell'affidamento.

Nella prima parte della motivazione, l'Adunanza Plenaria pare infatti negare qualsiasi tipo di affidamento in capo ai privati che siano stati destinatari di una disciplina legislativa interna in conflitto con le norme UE. Ebbene, da tale approccio sembra doversi desumere che l'Adunanza Plenaria probabilmente dubiti della capacità dello Stato Italiano di essere, attraverso le sue norme, la *"fonte autorizzata"* (richiamata dalla lettera di messa in mora della Commissione) a produrre affidamenti con le proprie *"rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti"*, in quanto non depositaria della esatta interpretazione da dare alle norme sovranazionali. Tanto è vero che le medesime decisioni del massimo consesso della Giustizia Amministrativa utilizzano l'argomento ulteriore per cui *"qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato" (richiamando Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C67/09* ed evocando peraltro alla mente quella teoria degli *"occhi aperti"* che in tema di diritto penale ha improntato la giurisprudenza sovranazionale[11]*)* e a tal fine fanno

[10] Per un inquadramento generale si vedano, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in Dir. Proc. Amm. 2018, 3, pp. 823-854; C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in Dir. proc. amm., 2016, 564 ss; M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e antigiuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, in Danno e resp., 2014, 10, pp. 943-949.
ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in Dir. pubbl., 2018, 138; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in Foro it., 2011, 2398; M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*, in Giorn. di dir. amm., 2014, 7, pp. 704-721; , in Danno e resp., 2014, 10, pp. 943-949.

[11] Quanto alla possibilità di confiscare per sproporzione beni entrati nel patrimonio del reo prima che il reato entri a far parte di quelli di cui al c.d. catalogo che consente la confisca per sproporzione (e secondo altre interpretazioni anche per reati consumati prima dell'inserimento degli stessi nel catalogo), la Cedu, Welch v. United Kingdom, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), ha evidenziato che il reo deve avere "gli occhi aperti in relazione alle possibili conseguenze" che possono derivarne, ivi compresa la confisca dei profitti di precedenti reati, anche se il reato è stato successivamente compiuto e successivamente è entrato nella lista di quelli che possono provocare la confisca per sproporzione. E' chiaro che il paragone è volutamente provocatorio e che in questo caso l'attenzione imposta al reo è giustificata dal fatto che egli sta compiendo illeciti penali e, secondo una logica della specie del *"versari in re illicita"*, ad esso sono addossate le conseguenze negative che ne derivano anche in termini di confisca. Tuttavia anche nella vicenda di diritto amministrativo in commento si impone una assunzione del rischio di ingente gravità che è il fio da pagare per esercitare

riferimento ad alcune decisioni del medesimo Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale, che già avevano preannunciato l'incompatibilità della disciplina delle proroghe incondizionate con le norme sovranazionali di derivazione eurounitaria.

Tuttavia, non lo si può negare, le norme interne potevano sicuramente definirsi *"precise, incondizionate e concordanti"*, nel senso di garantire certamente, attraverso il regime delle proroghe, la lunga durata delle concessioni. Ma ciò non basta evidentemente alla serenità del privato che si determini ad operare investimenti, privato al quale, in tale passaggio motivazionale, è demandato non solo l'obbligo di diligenza della conoscenza delle vicende giurisdizionali che interessano non solo la materia delle concessioni, seppure le sentenze di merito e di legittimità non facciano stato che per le parti, ma anche le questioni di legittimità costituzionale che riguardano quelle che paiono essere delle vicende che solo indirettamente coinvolgono la sfera degli interessi in gioco.

E infatti le decisioni fanno riferimento: 1) a due pronunce del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825) le quali avevano già affermato *"che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione"*; 2) alle procedure di infrazione in materia, ormai risalenti nel tempo; 3) alla sent. Corte Cost. n. 180/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, L.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n.8; alla sent. Corte Cost. n. 340/2010 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, comma 2, L.r. Toscana del 23 dicembre 2009, n. 77; alla sent. Corte Cost. n. 213/2011 che ha colpito con declaratoria di incostituzionalità l'art. 4, comma 1, L.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7, l'art. 5, L.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13 e gli artt. 1 e 2, L.r. Abruzzo,18 febbraio 2010, n. 3, tutte decisioni aventi ad oggetto norme regionali che tendevano a riconoscere automatiche proroghe o potenziali prolungamenti generalizzati ed a mera richiesta del concessionario in materia di concessioni marittime locali.

Si elencano e si valorizzano, quindi, una serie di indici che sicuramente fanno riferimento alla magmaticità della vicenda, ma coinvolgono l'attività dello Stato legislatore, che era chiaramente orientata in maniera del tutto chiara ed univoca nel senso della proroga, bensì ad una serie di decisioni provenienti da un diverso potere, quello giurisdizionale, cui ontologicamente non è demandato dalla struttura dell'ordinamento di *civil law* di produrre né di rimuovere degli affidamenti. Difatti,

---

l'iniziativa economica in determinati settori. Si richiede poi una continua verifica prognostica e seppure il rischio non coinvolge la sottrazione di beni per confisca, tuttavia impone allo stesso modo la perdita di ricchezza consistente nell'azzeramento del valore degli investimenti lì dove non si riconosca l'esistenza dell'affidamento legittimo e i danni che derivano dal suo svilimento.

neppure l'*overruling* giurisprudenziale è capace di alcun effetto, men che meno di intaccare la fiducia che le parti ripongono nella stabilità della tendenza giurisprudenziale di una determinata Corte, proprio perché tale affidamento non è degno di alcun riconoscimento e tutela se non in particolari casi: quando l'*overruling* riguardi una regola processuale, sia stato imprevedibile e abbia comportato un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa.[12]

Ed allora non ci si può esimere dal domandarsi in quale potere deve confidare il privato se non in quello legislativo, essendo l'unico indice univoco della volontà dello Stato. E poi, ancora, ci si deve porre il quesito seguente: se bastino o meno una serie di fattori che in altro ambito scalfiscano tale autorevolezza, come le decisioni giudiziarie anche della Corte Costituzionale rese rispetto a materie non identiche ed in casi diversi.

Non può infatti non notarsi che le sentenze dichiarative di incostituzionalità cui rimandano le decisioni in commento riguardano tutte delle norme regionali e che di conseguenza coinvolgono una serie di ulteriori problemi inerenti al rapporto tra Stato e Regioni in termini di disciplina necessariamente unitaria della concorrenza. Difficile poter immaginare che un qualsiasi privato potesse desumere da decisioni di tal fatta che viceversa il legislatore statale non fosse dotato del potere di prescrivere proroghe a lungo termine in tema di concessioni demaniali marittime.

Ed infine, ha ragionevole motivo di esistere il quesito su quale gravoso peso debba essere addossato al privato in termini di conoscenza del diritto. Se esso cioè possa fidarsi delle norme interne (quindi riporvi legittimo affidamento) - peraltro, nel caso di specie, norme più e più volte replicate nel proprio contenuto di proroga - oppure debba essere gravato dell'onere di diligenza di conoscere tutto lo scibile del diritto, dalle decisioni giurisdizionali che riguardano estranei, alle norme nazionali, fino alle norme UE ed alle interpretazioni che di esse danno le sentenze della CGUE (che delle norme UE costituiscono sostanziale integrazione). Si pretenderebbe così una capacità di discernimento in diritto tale che, pur in costanza di una norma interna che autorizzi l'affidamento sulla lunga permanenza delle concessioni demaniali marittime (fino all'anno 2033), debba far sorgere comunque nel privato medesimo un dubbio che gli deriva da una prognosi di disapplicazione della norma interna, generata del contrasto con le norme UE. Qualunque norma interna potrebbe essere potenzialmente in contrasto con le norme sovranazionali direttamente applicabili, così ciascuna norma potrebbe essere oggetto di disapplicazione e pertanto, per la caducità dei suoi effetti, incapace di ingenerare affidamenti legittimi di per sé. Solo lo studio approfondito e trasversale del combinato disposto di tutte le norme UE capaci di tangere l'ambito di applicazione della norma interna da applicare, potrebbe garantire un barlume di conoscenza utile a produrre affidamenti.

[12]*Ex multis* Cass., sez. VI civ., 27 luglio 2016, n. 15530.; Cass., sez. VI, 9 ottobre 2015, n. 174.; Cass. sez. un. 16 giugno 2014, n. 13676

La decisione sembra inferire, infatti, che lì dove ci sia un dubbio, non possa esserci affidamento, ma perché ci sia un dubbio in tal senso rilevante, è necessario che esso sia ragionevole sia alla luce della capacità delle fonti del dubbio di minare l'autorevolezza della fonte dell'affidamento e sia per la capacità cognitiva del percettore di quella che potremmo definire una autorevolezza in dismissione, di apprendere e discernere gli indizi della decadenza già insiti nella contraddittorietà delle fonti della conoscenza.

Se è stato necessario che giungesse il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria a stabilire che nel caso di specie si tratti *interesse transfrontaliero certo* e che comunque si applichi la direttiva n. 123/2006, o che magari non sia necessaria l'autotutela dei provvedimenti di proroga delle concessioni, allora è lecito domandare quale competenza sia richiesta al cittadino per confidare nel testo delle norme. E di qui a quali enormi costi di consulenze esso sia condannato prima di poter legittimamente effettuare degli investimenti che facciano affidamento sulle norme vigenti[13]. E poi, in tutto ciò, il Consiglio di Stato non pare prendere in considerazione il fattore tempo, nel senso dell'ormai lunghissima permanenza delle concessioni e della loro costante proroga pur in costanza di procedure di infrazione. Se anche durante le procedure di infrazione ormai da decenni pervenivano da parte del legislatore ulteriori proroghe, come si può affermare che per il privato non fosse ragionevole attendersi la lunga durata delle stesse e che non fosse confortato nella sua convinzione dall'autorevolezza di una caparbietà dello Stato Italiano ormai di lunga data? Ciò appare a maggior ragione sensato ove si valorizzi anche la giurisprudenza comunitaria che in ragione del lungo trascorrere del tempo ed il persistere dell'inerzia dell'Autorità Pubblica, giustifica l'affidamento anche in costanza di situazioni di conosciuta illegittimità ove ci si trovi in presenza di beni di rilevante rango, come è accaduto per il diritto alla casa,[14] ed in costanza di conseguenze importanti dal punto di vista economico e sociale. Allo stesso modo, il diritto alla libera determinazione in ambito economico costituisce un diritto fondamentale che trova rango costituzionale e posto di rilievo nelle Carte fondamentali dell'Unione Europea ed il cui svilimento può provocare conseguenze esiziali sulla permanenza nel mercato degli operatori economici, quindi sulla vita dei cittadini.

Deve rilevarsi che tale questione richiama alla mente quanto ha già prescritto la Corte di Giustizia di Lussemburgo in tema di aiuti di Stato. Infatti in tali casi, in presenza di una materia che interessi così pervasivamente le prerogative ed i principi di concorrenza e circolazione dei capitali nell'Unione Europea, gli organi di quest'ultima hanno rivendicato una forza espansiva delle proprie decisioni addirittura capace di superare il giudicato interno. Inoltre, per quanto più qui interessa, il mancato

[13] Sul tema dell'autorevolezza dei soggetti pubblici in riferimento alla produzione di affidamenti legittimi in capo ai privati, sia consentito citare, in questa stessa rivista, A. SIMONELLI, *Affidamento legittimo e illegittimo, brevi riflessioni sul ruolo sociale della P.A., due rimessioni all'Adunanza Plenaria*, 18.06.2021.
[14] Ci si riferisce al noto caso Ivanova, CEDU, sent. 21 aprile 2016, C. 46577/15.

rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato che identifica un settore rientrante, appunto, nella competenza esclusiva dell'Unione, non consente la produzione in capo al privato di alcun affidamento ingenerato da autorità dei singoli Stati. Ciò in quanto, allo stesso modo di quanto sopra accennato, ogni operatore economico diligente ha il dovere di raggiungere la ragionevole certezza che la procedura di erogazione della sovvenzione o del contributo sia conforme alle regole del diritto europeo. L'affidamento, pertanto, può ritenersi fondato solo negli eccezionali casi in cui la stessa Commissione operi con comportamenti ambigui e contraddittori o denotanti una palese violazione dei propri doveri istituzionali di diligenza.[15] A nulla rileveranno i comportamenti dello Stato membro che siano viceversa apparentemente legittimi e *prima facie* dotati di stabilità, né sarà dirimente la percezione che il singolo abbia potuto trarre dal comportamento rassicurante delle autorità pubbliche circa la legalità dell'aiuto.[16]

In entrambi i casi, ma per motivi parzialmente diversi, non si ritiene di poter dare valore di fonte dell'affidamento alle norme interne quali espressione delle rassicurazioni dello Stato sulla permanenza di un determinato *status quo*. Se però nel caso degli aiuti di Stato ciò sembra essere giustificato dalla loro natura eccezionale tale da imprimere una competenza esclusiva in capo all'Unione, circostanza che impone ai singoli di guardare unicamente alle fonti sovranazionali come unico indice su cui fondare il proprio affidamento, tuttavia ciò non appare allo stesso modo ragionevole nel caso delle concessioni demaniali.

Prosegue poi il Consiglio di Stato prevedendo che l'unico modo per corrispondere tutela al legittimo affidamento ingenerato sarebbe, peraltro, quello di regolamentare le procedure di gara a riguardo tenendo conto degli investimenti già effettuati e riconoscendo così un qualche valore alle proroghe, e non viceversa quello di annullare tutti i principi europei in tema di concorrenza con l'automatica e generalizzata proroga delle concessioni.

Ebbene, il quadro delle scelte interpretative dell'Adunanza Plenaria sembrerebbe chiaro senonché nella parte finale della motivazione essa si impegni non solo nel dare indicazioni al legislatore quanto ai criteri da utilizzare nella redazione del testo normativo che regolerà la materia, valorizzando evidentemente l'affidamento ingenerato nei singoli concessionari dalla normativa nazionale, ma auspica e ritiene doverosa la previsione di indennizzi in capo a costoro.

E allora, delle due l'una, o l'affidamento non può esistere, in ragione dei numerosi indici che imponevano al privato il sorgere quantomeno del dubbio sulla legittimità delle norme interne e sulla loro persistenza, oppure l'affidamento esiste ed il suo svilimento deve essere compensato con regole *ad hoc* che favoriscano il concessionario uscente nonché con indennizzi.

[15] CGUE, sent. 22 aprile 2008, C-408/04.
[16] CGUE, sent. 20 marzo 1997, C-24/95.

3. La disapplicazione della P.A., un mostro giuridico

L'Adunanza Plenaria decide, poi, di prendere posizione, con un assunto dal taglio generale e non riferito alla sola questione di interesse, su una materia su cui per decenni le Corti hanno provato in tutti i modi a non cimentarsi, dato anche lo stato dubitativo della dottrina in tema.[17]

Tanto ciò è vero che i precedenti di cui danno conto le sentenze sono pochi e per lo più risalenti.

Guardando alla possibilità logico-giuridica di riconoscere cittadinanza nell'ordinamento nazionale ad un potere di disapplicazione in capo agli organi della P.A., è chiaro che essa non incontra limiti di alcun tipo. Tutti i soggetti di diritto sono sottoposti alle fonti per come gerarchicamente esse sono concepite nell'ordinamento c.d. multilivello che è scaturito dall'apertura del diritto interno degli Stati membri UE alle norme sovranazionali. A maggior ragione vi sono sottoposti gli organi della Pubblica Amministrazione i quali rivestono la funzione di interlocutore qualificato dei privati che ad essa richiedano la tutela di un bene della vita. E' il seguente forse il passo più significativo che le Plenarie producono in tema: "*In altri termini, delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini*".

[17] R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in European Papers, 2020, p. 493 ss; E. PICOZZA, *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, (a cura dello stesso Autore), Padova, 2003; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1997; E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di atti amministrativi illegittimi e giurisdizione del Consiglio di Stato*, in Giur. it., 111, 1994; R. CARANTA, Giustizia amministrativa e diritto comunitario, Napoli, 1992.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membr*i, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1994; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1992; F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in Dir. amm. n. 1/2003.

Già in tali affermazioni possono rinvenirsi le radici di un ragionamento induttivo più che deduttivo, basato su un sillogismo la cui premessa maggiore è la eguaglianza di prerogative del giudice e della P.A., assunto tutto da dimostrare.

Se si cala la questione nel reale della quotidianità e del contingente, cui non può essere indifferente nessun interprete ragionevole del diritto, è chiaro che consentire, da una parte, e imporre, dall'altra, alla P.A. di disapplicare la norma interna perché da ritenersi in conflitto con la norma sovranazionale direttamente applicabile, risulta essere una pretesa più che azzardata. E' ai principi di efficienza ed effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive che va immediatamente il pensiero, ove si immagini una P.A. intenta, per ogni provvedimento da emanare, ad interrogare l'universo sterminato non solo delle leggi nazionali, che spesso già soffrono di antinomie e insanabili sovrapposizioni, ma anche le norme UE. Ma non solo queste, perché insieme alle norme UE devono essere indagate le decisioni della Corte di Giustizia, come sopra individuato quanto al compito gravoso richiesto ai privati, poiché esse costituiscono parte integrante di quelle norme. Poi all'organo della P.A. sarà demandato di comprendere e valutare se la norma sovranazionale sia direttamente applicabile, prima di decidersi a giudicare e ritenere la norma interna in contrasto con le norme UE e pertanto determinarsi al fatidico passo della disapplicazione.

Se si rapporta tale scenario alla quotidianità delle Pubbliche Amministrazioni, magari di piccoli Comuni, prive di quelle competenze specifiche e di quella dotazione organica che consenta lo studio più che approfondito delle questioni sottese all'importante momento della disapplicazione, è chiaro che tutto ciò pare davvero irrealistico.

Ci si chiede come può la P.A. addivenire ad una disapplicazione operata con una ragionevole certezza di legittimità se spesso tale procedimento diviene complesso anche per le Corti Supreme degli Stati Membri, poiché, come detto, tale decisione impone il trapasso attraverso una serie di questioni giuridiche complesse anche per gli organi giurisdizionali, naturalmente demandati a tali verifiche. Quello della disapplicazione appare infatti un vero e proprio giudizio di merito che necessita di tutti i crismi e di tutte le competenze di cui è depositario il potere giurisdizionale. Tanto più, come sottolineato nelle ordinanze di rimessione nella vicenda in commento, ove si rammenti che il giudice è l'unico soggetto capace di interloquire, in presenza di un dubbio sulla interpretazione della norma interna in relazione alle fonti eurounitarie, con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea tramite una questione pregiudiziale. Se al giudice è concesso il dubbio sulla disapplicazione ed è fornito lo strumento di sua risoluzione tramite la rimessione della questione alla CGUE, non si vede quale sia la possibilità della P.A. di sciogliere una simile *impasse* e quale sia la strada da preferire ove essa persista.

Se le recenti innovazioni legislative vanno nel senso di evitare la c.d. paura della firma del pubblico dipendente, è evidente che quello che viene individuato nelle sentenze in commento come un vero e proprio obbligo della P.A. di disapplicare, non

può che comportare seri problemi di responsabilità in capo al dipendente. Se egli, pur in presenza di una norma perfettamente vigente, decidesse di disapplicare, potrebbe incorrere in responsabilità erariali e disciplinari ove la disapplicazione fosse illegittima e produttiva di danni per la P.A. o per il privato che a questa ricorra per vedersi risarcito. Si vede bene quanto sia complicato che il pubblico dipendente decida di disapplicare, magari dinanzi alle richieste del privato che fa valere una norma cogente e valida. E allo stesso modo è facile immaginare le stesse conseguenze negative nel caso in cui, viceversa, l'organo della P.A. decida, a torto, di non disapplicare. Se infatti sono così chiari gli indici da cui desumere la necessità di disapplicazione, come pare voler affermare l'Adunanza Plenaria, allora sarà certamente semplice per il pubblico dipendente travalicare il confine della colpa grave ove egli non se ne avveda.

Inoltre se la P.A. disapplicasse in assenza dei presupposti utili a farlo, una volta scaduti i termini per impugnare, nell'ordinamento permarrebbe un provvedimento non solo contrario alle norme interne in quanto disapplicate, ma potenzialmente anche al diritto sovranazionale male interpretato.

E' del medesimo avviso l'ANAC che con il proprio atto n.8 del 13 novembre 2019 concernente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50[18], in relazione a tale possibilità di disapplicazione demandata agli organi della P.A. pare individuare un *"rischio di prassi amministrative per natura modificabili a piacimento e prive di adeguata pubblicità"*[19].
L'Autorità, in ragione della ormai acclarata incompatibilità eurounitaria della norma interna che prevede il limite del 30% del valore del contratto in tema di subappalto, ha auspicato una rapida modifica della disciplina di riferimento per ricondurre la normativa nazionale in armonia con i principi stabiliti dal legislatore e dalla CGUE[20], onde *"fornire alle stazioni appaltanti indicazioni normative chiare, così da scongiurare eventuali contenziosi."*.

Ciò al fine di non incentivare la creazione delle suddette prassi, inidonee a dar luogo alla uniforme applicazione delle norme eurocomunitarie, ma anche in ragione del fatto che l'ANAC pare dubitare della possibilità che le singole Amministrazioni, sottoposte al principio di stretta legalità, possano procedere ad una omogenea disapplicazione della norma vigente in tema di subappalto, seppure sulla base di sentenze della CGUE emanate in via pregiudiziale.

---

[18] Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1035 del 13 novembre 2019.
[19] Richiamando CGUE, sent. 15 dicembre 1982, Commissione delle Comunità europee contro Regno dei Paesi Bassi, C-160/82.
[20] CGUE, sent. del 26 settembre 2019, C-63/18, "Vitali", CGUE, sent. del 27 novembre 2019, C-402/18, "Tedeschi", si veda in tema G.TOTINO, *Sulla disapplicazione della norma non conforme. Le amministrazioni possono effettivamente procedere a disapplicare la normativa in tema di subappalto?*, in mediappalti.it.

Se l'obiezione immediatamente sollevabile dinanzi a tale affermazione è quella per cui anche il provvedimento giurisdizionale è modificabile e soggetto all'interpretazione del singolo Magistrato o della singola Corte, è chiaro che sussistono delle differenze. Oltre alla stessa funzione del Giudicante, che è certamente quella demandata all'interpretazione della norma ed al giudizio, è chiaro che la funzione nomofilattica delle Supreme Corti è capace, se non di orientare completamente la decisione del giudice, almeno di indirizzarla. Inoltre sussistono degli strumenti concepiti sempre nella direzione della nomofiliachìa, quali il ricorso alle Sezioni Unite o all'Adunanza Plenaria nel caso in cui vi sia contrasto giurisprudenziale. Cosa che per ovvie ragioni non può accadere nel caso di decisioni della P.A. che, rispetto alle decisioni giurisdizionali, sono dotate, come evidenzia l'ANAC nell'atto citato, di una minore pubblicità, se non attraverso lo strumento dell'accesso agli atti.

Tra i tre precedenti che l'Adunanza Plenaria cita per rafforzare la propria tesi sulla disapplicabilità della norma interna da parte della P.A., ve ne sono almeno due per i quali è necessario fare delle precisazioni rilevanti.

Quanto alla pronuncia della Corte Costituzionale, n. 389/1989 citata dalle Plenarie nel passo in cui stabilisce che *"tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea"*, essa fa riferimento, però, ad una questione originata dall'applicazione del previgente art. 169 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, che regolava la procedura di inadempimento a valle di quella di infrazione. In quei casi è proprio l'Unione che individua l'inadempimento rispetto alle norme (allora) comunitarie e quindi, in ragione di ciò, a tutti gli organi dello Stato è demandato soltanto di dare esecuzione a tale statuizione, senza alcuna possibilità di valutazione in merito perché questa è stata già operata dalla Commissione. Il che rende il richiamo del tutto inconferente rispetto alla questione *de qua*.[21]

Quanto alla decisione CGUE del 22 giugno 1989, C. 103/88, *Fratelli Costanzo*, sebbene essa dichiari esplicitamente il potere di disapplicazione in capo alla P.A., nella rimessione delle questioni da parte del Tribunale di Milano, al quesito D) così si domandava alla Corte: *"(Ove la Corte di giustizia ritenga che le citate norme contenute nei citati atti normativi italiani siano in contrasto con la norma contenuta nell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305) dica la Corte di giustizia se l'amministrazione comunale avesse il potere-dovere di " disapplicare " le norme interne contrastanti con la detta norma comunitaria (eventualmente " interrogando " l'amministrazione centrale) o se*

[21] Allo stesso modo un diverso precedente rinvenuto nelle decisioni della CGUE, sent. 19 gennaio 1993, in C-101/91, è di argomento favorevole alla disapplicazione da parte della P.A. ma solo nel medesimo caso di un ricorso per inadempimento a valle della procedura di infrazione.

tale potere-dovere di disapplicazione sia attribuito soltanto ai giudici nazionali". Il dubbio (poi superato dalla CGUE che non ne dà conto nella sua risposta) sulla necessità di poter "interrogare" una amministrazione dotata, al tempo, di una posizione di sovraordinazione, è chiaramente capace di denotare l'esigenza di concedere alla P.A. disapplicante la interlocuzione con un organo più capace e più fornito di dotazioni organiche per rispondere alle incertezze sull'interpretazione, spesso dai labili confini, del diritto sovranazionale in rapporto con la norma interna. Già in quella ordinanza di rimessione vi è *in nuce* la complessità della questione e l'impossibilità di risolverla con una mera estensione alla P.A. di poteri forse troppo complessi per soddisfare le esigenze di risposta rapida ed efficiente.

Inoltre sia le sentenze *Becker* del 19 gennaio 1982 in C. 8/81, sia la sentenza *Marshall* del 26 febbraio 1986 in C.152/84, precedenti su cui si fonda la decisione *Fratelli Costanzo*, sono pronunce che fanno riferimento unicamente all'effetto diretto verticale delle direttive, invocabili dai singoli anche in presenza di inerzia dello Stato nel recepimento, e non allo specifico tema della disapplicazione. Il che evidenzia la natura non così solida dei precedenti richiamati dalle Plenarie.

4. Conclusioni. Oneri gravosi che limitano efficienza e libertà di iniziativa economica

Come si vede, è chiaro il taglio più dogmatico che pratico dell'Adunanza Plenaria la quale pare concepire oneri gravosi sia in capo ai privati che agli organi della P.A.. Da un lato si è visto come si possa riporre affidamento soltanto dopo una lunghissima e costosissima attività di indagine sulle fonti normative, seppure si sia in presenza di una norma vigente attributiva della possibilità di operare legittimamente delle scelte di investimento economico. Dall'altra si dipinge il quadro di una P.A. che dovrebbe recare in sé uffici di studio del diritto eurounitario dotati di esperti della interpretazione di diritto, con specializzazione non solo in diritto amministrativo, ma anche in diritto dell'Unione Europea e magari in diritto comparato, con organi dotati della capacità decisionale tipica dei più alti dirigenti apicali delle massime strutture dello Stato. Mentre nella realtà le Amministrazioni, specie quelle locali, sono faticosamente tenute in linea di galleggiamento dal lavoro estenuante di pochissimi dipendenti, spesso in numero di uno o due. Dipendenti che non possono, proprio per il loro numero e per le incombenze cui fanno fronte, essere dotati delle specializzazioni e del tempo di riflessione idonei a tenere testa alle più complesse attività di interpretazione, lì dove già faticano ad individuare, nel marasma legislativo nostrano, quella che sia la norma da applicare.

E allora, non vi è chi non veda che gravare i privati e la P.A. di tali incombenze non fa che appesantire la loro posizione producendo da un lato la perdita di interesse all'investimento economico, mai sicuro e pertanto sempre sottoposto a dei costi di

accesso e consulenza insostenibili, e dall'altra o all'immobilismo dell'apparato pubblico, che è forse l'unica reazione umana sana di fronte all'impossibilità di far fronte a compiti sproporzionati, oppure alla definitiva perdita di ogni efficienza ed effettività dell'attività dell'Amministrazione, data dalla necessità di attendere molto più tempo per una decisione che necessiti di uno studio o magari di consulenze esterne (ulteriormente costose), con buona pace dei termini di conclusione del procedimento previsti per legge.

Le decisioni, seppur pregevoli in diritto e motivate con sapiente uso dell'interpretazione giuridica, paiono però manifestare, con non poco avvilimento del lettore attento, quel classico distacco tra la realtà della vita e del lavoro e l'empireo delle aule che ospitano i prestigiosi consessi delle più alte sfere dello Stato.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Programmazione negoziata, indicatori di sostenibilità e contratti istituzionali di sviluppo

di Giovanni Guzzardo*

20 dicembre 2021

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il contratto istituzionale di sviluppo (sostenibile): indicatori di sostenibilità sociale e "capitale territoriale". – 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L'attenzione, *in progress* sempre crescente, verso una tematica - di ampio respiro - che si suole, comunemente, definire *sviluppo sostenibile* sembra prefigurare mutamenti anche in ordine ad istituti e tecniche della programmazione negoziata[1] - ampiamente sperimentati nell'ordinamento - preordinati alla c.d. "valorizzazione dei territori", attraverso forme di co-pianificazione strategica di investimenti funzionalmente integrati e la correlata realizzazione delle opere infrastrutturali ivi previste a servizio della comunità: trattasi dei c.d. contratti istituzionali di sviluppo[2].

Tale tendenza emerge, con evidenza, dalla recente e diversa denominazione assunta dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (e lo sviluppo

* Associato di Diritto amministrativo, Politecnico di Bari.

[1] Sul tema R. FERRARA, La *programmazione negoziata tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 432 ss. L'A. evidenzia la "dequotazione" della funzione amministrativa autoritativa e la crisi del concetto tradizionale di programmazione. Più di recente l'espressione "dequotazione", con riferimento all'interesse pubblico insito nella tecnica della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, è ripresa da M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione* (voce), in AA.VV., *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, V, 4298 ss. Cfr., altresì, A. ANGIULI, *Piano paesaggistico e piani ad incidenza territoriale. Un profilo ricostruttivo*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 291 ss., sulla crisi della programmazione/pianificazione dell'uso e della tutela del territorio.

[2] I CIS sono stati istituiti dall'art. 6 del D.lgs. n. 88 del 2011 e sono stati, ulteriormente, valorizzati con il d.l. n. 91 del 2017, art. 7. Il recente d.l. n.77 del 2021 ha inoltre esteso anche a questi istituti le norme di accelerazione e semplificazione introdotte per l'attuazione del PNRR. Di recente C. ODONE, *Il Contratto Istituzionale di Sviluppo* Sostenibile – *CISS*. Una proposta operativa, *in www.federalismi.it*, 2021, 27, 83 ss.

sostenibile)[3], sulla scorta dapprima della *soft regulation* indotta già dalle previsioni contenute nell'Agenda ONU del 2015, e di poi dalle spinte verso una rimodulazione dell'azione amministrativa in termini si direbbe "previsionali" - effetto anche delle conseguenze cagionate dal fenomeno pandemico - e dalla correlata esigenza di conformazione dell'Amministrazione alle variabili della salute pubblica, della società, dell'economia e del mercato[4], che impongono all'azione delle Amministrazioni una valutazione preventiva, anche sul fronte degli impegni finanziari - prefigurati nell'ambito di una forma nuova di programmazione/pianificazione[5] - in ordine non solo ai *futuribili* risultati economici[6] dalla stessa determinati, ma, anche, alla stregua di c.d. "indicatori" di sostenibilità sociale ed ambientale.

Una sorta di obiettivi da raggiungere, verificabili attraverso modelli – di nuovo conio che si aggiungono a quelli aziendalistici, di matrice anglosassone – costellati da meccanismi e parametri riconducibili alla metodologia dell'analisi (*ex ante*, *in itinere* ed *ex post*) costi-benefici[7] della *performance* socio-economica[8] dell'intervento

[3] A far data dal gennaio 2021, il CIPE ha mutato la propria denominazione in CIPESS, in adesione alle politiche in materia di investimenti pubblici, orientati anche al raggiungimento di obiettivi di sviluppo sostenibile, cosi come cristallizzati nel 2015 dall'Agenda 2030 dell'ONU. La nuova denominazione si deve al *Decreto Clima* del 2019. Al fine di rafforzare il coordinamento delle politiche pubbliche, in vista del perseguimento degli obiettivi in materia di sviluppo sostenibile indicati dalla risoluzione A/70/L.I (Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015), il Comitato interministeriale per la programmazione economica ha così assunto la denominazione di Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS). A decorrere dalla medesima data, nella legge 27 febbraio 1967, n. 48, e in ogni altra disposizione vigente, qualunque richiamo al Comitato interministeriale per la programmazione economica deve intendersi riferito al Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS).

[4] Sul tema, con riferimento ai parametri dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa e del più generale principio di buon andamento, di recente, i contributi di G. CORSO, A. MASSERA, M. R. SPASIANO, G. DELLA CANANEA, D-U. GALETTA, E. ZAMPETTI e M. GOLA, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, II ed., 2017, 15 ss.; F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, IV, 40 e ss.

[5] Sulla pianificazione strategica cfr. M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica Amministrazione*, Torino, 2001; G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, Bari, 2010; F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012.

[6] È nella verifica dell'efficacia dell'azione amministrativa verso il risultato dello sviluppo economico-sociale «di cui sia partecipe (…) tutta la molteplicità dei componenti che può cogliersi l'effettiva attuazione del principio del buon andamento». Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Introduzione al buon andamento della pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di R. Marrama*, I, Napoli, 2002, 113 ss.

[7] M. S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 991, nel senso che la nozione stessa di pianificazione richiamerebbe l'elemento delle risorse quale assunto che giustifica la predeterminazione degli obiettivi e la scelta preventiva degli ambiti di azione.

[8] Le norme in materia di *performance* dell'azione amministrativa traggono origine dalla riforma del pubblico impiego. Sul tema le riflessioni di S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio tra distinzione e fiducia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 39 ss. E F. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e Amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice amministrativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 273 ss.

programmato, sì vincolanti la discrezionalità amministrativa[9] da poter integrare nuove e più estese accezioni di illegittimità, ove i risultati attesi non siano raggiunti o vengano raggiunti con costi eccessivi[10].

In siffatta prospettiva, l'Amministrazione c.d. "contemporanea", anche nell'esercizio dei poteri programmatori[11], assumerebbe sempre più i caratteri di "parte", nei rapporti sociali e nel mercato; in un contesto concettuale ed operativo nel quale apparirebbero scontate sia la configurabilità del risultato in termini economici classici sia la correlata «possibilità, almeno dal punto di vista della reciproca compatibilità tecnica di fenomeno interpretativo e categoria di riferimento (…)»[12] di valutare l'efficacia dell'azione e, ancor prima, dell'organizzazione sul versante non già o non solo della qualità della spesa bensì dell'impatto sociale generato, del miglioramento della qualità della vita, delle condizioni di benessere indotte (c.d. "bilancio integrato").

V'è, inoltre, la previsione delle riforme strutturali individuate nel Piano nazionale di ripresa e resilienza[13] dal Governo italiano - nell'ambito del programma *Next Generation EU* - e del ruolo strategico degli interventi infrastrutturali che milita a favore di un aggiornamento della *figura juris* in esame verso una necessitata "europeizzazione"[14] degli obiettivi comuni, dei procedimenti decisionali e delle scelte che le politiche pubbliche in materia devono assumere, in ragione di una interdipendenza evidente dei processo di *ripartenza* della società e dell'economia, in una prospettiva che travalica il perimetro dei confini nazionali.

Deve avvertirsi, tuttavia, che la nozione di *performance* cui accede questo contributo non è riconducibile al concetto di produttività – alla stregua di una traduzione meramente letterale – ma deve essere intesa, ove riferita alla funzione amministrativa, quale "risultato", come si dirà nel prosieguo strettamente correlato a sua volta all'efficienza, efficacia ed economicità che compendiano il più generale principio sancito dall'art. 97 Cost.

[9] Sul ruolo emergente della tecnica applicata alle scelte discrezionali, cfr. già A. ANGIULI, *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano, 1992.

[10] In tal senso F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione di mercato*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss.

[11] È nota la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione formulata e sviluppata nel diciannovesimo secolo «*anzitutto per sottolineare la separazione delle funzioni politiche "il cui adempimento è fine essenziale dello Stato, da quelle di natura giuridico-privata "cui lo Stato provvede in vista di scopi meramente accidentali,(...) oppure pei fini della sua gestione patrimoniale",* risolvendosi l'attività dello Stato nel primo caso in attività sovrana, nel secondo in una attività di gestione patrimoniale, posta in essere dalla "*maggiore delle persone morali*" che propriamente agisce "*come un gestore di interessi di ragione privata*"», come ricorda, nella parte ricostruttiva, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa*, Milano, 2005, 15-16, richiamando il fondamentale contributo di U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova, 1976.

[12] A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, *Annuario AIPDA*, Milano, 2007, 70.

[13] Sul tema cfr. M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, 1025 ss.

[14] Cosi C. ODONE, *Il Contratto Istituzionale di Sviluppo* Sostenibile – *CISS.* Una proposta operativa, cit., 83 ss.

Potrebbe, così, trovare attuazione concreta, anche nelle fasi della "nuova" programmazione economica, il profilo di efficienza dell'attività amministrativa[15] che vede la realizzazione degli interessi pubblici secondo regole di c.d. buona amministrazione[16], in coerenza con l'orientamento del diritto unionale[17] che sospinge verso l'elaborazione di uno statuto unico dell'Amministrazione[18] che connoti la relativa funzione, attraverso una rappresentazione della stessa includente tecniche e modelli giuridici preordinati a realizzare politiche, perseguire finalità, raggiungere obiettivi, soddisfare bisogni ed a verificare - anche in via preventiva - gli effetti sociali ed economico-giuridici da tali iniziative scaturenti.

A tal proposito non può non evidenziarsi, sia pur in estrema sintesi, come le opzioni del legislatore europeo, caratterizzate dall'introduzione di istituti giuridici volti a modificare *funditus* le modalità di agire degli apparati pubblici, sì da far emergere le capacità di questi ultimi di soddisfare le esigenze del cittadino, attraverso lo spostamento dell'asse verso l'attività complessiva anziché sul singolo atto e che in questa prospettiva richiamano, anche solo implicitamente, il raggiungimento di risultati nell'esercizio della azione amministrativa, abbiano indotto la dottrina ad individuare una formula *ad hoc* - amministrazione di risultato[19], amministrazione di risultati[20], amministrazione per risultati[21] - idonea a traghettare - quale clausola generale - tale concetto da un ambito metagiuridico verso un parametro necessario di valutazione dell'azione della p.A., atto a spiegarne la dinamica attuale.

2. Il Contratto istituzionale di sviluppo (sostenibile): indicatori di sostenibilità sociale e "capitale territoriale"

---

[15] Sul canone dell'efficienza nel suo rapporto con il principio di buon andamento le riflessioni di M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCARIO, A. ZITO, II, Napoli, 2010, 57 ss.

[16] Il concetto di buona amministrazione, nella sua estrema complessità e articolazione, è approdato alla identificazione con il principio di buon andamento che, a sua volta, «pur coinvolgendo necessariamente le categorie tradizionali della legittimità e del merito (e i connessi strumenti di controllo e di tutela) tende inevitabilmente a trascenderli» (F. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi limiti*, in *Dir. soc.*, 2004, 552).

[17] F. MERUSI, *La pubblica Amministrazione italiana e l'ordinamento europeo: bilanci e prospettive*, in AA.VV., *Ordinamento europeo e pubblica Amministrazione*, a cura di G. SCIULLO, Bologna, 2009, 257 ss., parla di progressiva integrazione della legalità amministrativa sostanziale europea con la legalità amministrativa vigente nei singoli paesi aderenti all'Unione europea in ragione della costruzione di un unico ordinamento federale.

[18] M. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione dello statuto unico dell'Amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 297 ss.

[19] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, cit., 1 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

[20] V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, cit., 617 ss.

[21] G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1985.

Deve, subito, evidenziarsi che gli indirizzi europei, sin dai Trattati di Maastricht e Amsterdam – e nei successivi atti regolamentari e di indirizzo - riconducono la programmazione delle misure finanziarie da erogare a sostegno degli Stati membri, in una prevalente ottica del risultato, all'interno di una pianificazione orientata alle regole della razionalità economica e dell'efficacia, così progressivamente indirizzando gli ordinamenti nazionali ad un inveramento del metodo "strategico-negoziale" di allocazione delle risorse, innanzitutto nella direzione delle politiche di coesione regionale.

Infatti, come recitano il 54° "considerando" del Regolamento UE n. 1083 del 2006[22] e le premesse al Quadro strategico comune per gli anni 2014-2020 l'efficacia della spesa appare strettamente correlata «*alla previsione, a livello della programmazione e della sorveglianza, di un sistema attendibile al fine di migliorare e correggere l'azione pubblica nell'impostazione strategica, negli strumenti di intervento e nelle modalità attuative; per rafforzare l'impegno dell'azione pubblica nel raggiungere gli obiettivi prefissati; per alimentare il dibattito pubblico e la c.d. discussione partenariale; per aumentare la consapevolezza degli attuatori e per restituire informazioni ai destinatari dell'azione pubblica*».

Più di recente, gli orientamenti 2019-2024 della Commissione europea in materia di *Green Deal*, la rinnovata attenzione per il c.d. "Pilastro europeo" dei diritti sociali, le riforme contenute nel piano *Just Transition*, sembrano aver costruito nuove coordinate teoriche poste a base del raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, in una logica che condiziona l'attività di programmazione degli Stati e delle Regioni, chiamati a conformare i propri processi decisionali alle tecniche ascrivibili ad una programmazione, nell'ambito della quale devono emergere le mete che il "sistema" si prefigge di traguardare e predeterminarsi gli strumenti e le azioni per il raggiungimento degli stessi, attraverso «*un processo organizzativo necessario per definire una strategia o la direzione da prendere per assumere decisioni sulla allocazione delle risorse (...); al fine di determinare l'indirizzo strategico di un'organizzazione è necessario comprendere la sua attuale posizione e le probabili vie attraverso le quali è possibile perseguire particolari percorsi di azione*»[23], sulla scorta

[22] Regolamento che ha ad oggetto disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione, che ha richiesto agli Stati membri, beneficiari degli aiuti ivi previsti, la predisposizione di un quadro strategico nazionale, quale riferimento per le politiche di sviluppo.

[23] Quadro strategico comune 2014-2020. Vedasi, altresì, la Strategia annuale sulla crescita sostenibile 2020, le iniziative del *Just Transition Mechanism*, la Comunicazione sul futuro digitale dell'Europa, la Strategia sulla parità di genere 2020-2025, la Strategia industriale, la Strategia europea sulla biodiversità al 2030 e la Strategia *Farm to Fork*, il piano d'azione sull'Economia circolare, l'Agenda per le competenze per l'Europa per la competitività sostenibile e la resilienza.

dei bisogni sociali ed economici, di volta in volta emergenti[24].

Un sistema aggiornato di *better regulation* e di *impact assessment* europeo[25] includente gli strumenti per identificare e valutare gli effetti più rilevanti delle politiche e della legislazione sullo sviluppo sostenibile, muovendo dalla valutazione d'impatto "integrata"[26], volta ad indagare le *dimensioni* della sostenibilità, economica, sociale ed ambientale e che trae linfa ulteriore dalle disposizioni dettate dal *Recovery and Resilience Facility*, di cui al piano *Next generation EU*.

Tali orientamenti, pur in continuità con un'impostazione che - come si è già evidenziato - aveva incentrato l'attenzione sui parametri dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia, spostano ora l'analisi sulla corretta predeterminazione dell'obiettivo, quale presupposto del futuribile (*recte:* attendibile) risultato, identificato in termini di benessere sociale, salute pubblica[27], diritti civili che, in passato, non avevano costituito criteri automatici di "misurazione" diretta.

L'attenzione al risultato così inteso - che, invero, assume ora un ruolo centrale[28] - evidenzia, del resto, l'acquisizione, in sede europea, di un differente approccio metodologico nel regolamentare l'attività amministrativa e la relativa funzione: la pianificazione/programmazione, legata al raggiungimento di livelli di sviluppo sostenibile prederminati potrebbe, dunque, non essere più costretta entro i limiti angusti contrassegnati dall'imprescindibile binomio validità-efficienza, «ossia della mera rappresentazione degli effetti che discendono dall'attività amministrativa»[29], ma proiettata verso una manifestazione concreta della rilevanza di tale concetto, volta cioè

[24] Nel 2019 la "Strategia annuale della crescita" viene intitolata dalla Commissione europea "Strategia annuale di crescita sostenibile". Nei successivi *Country Reports* 2020 si aggiunge, per la prima volta, il capitolo sulla sostenibilità ambientale. La strategia della Commissione sulla finanza sostenibile è poi finalizzata a contribuire agli obiettivi del *Green Deal Investment Plan*, così da incentivare gli investimenti privati sostenibili dei prossimi dieci anni.

[25] Pubblicata il 29 aprile 2021 ove si legge: «*we will identify relevant UN sustainable development goals (SDGs) for each proposal and examine how the initiative will support their achievement. Links to the SDGs will be included throughout evaluations and impact assessments*».

[26] L'approccio *place-based* e il coordinamento multilivello e intersettoriale, sono i principi condivisi dall'Agenda Territoriale 2030 e dalla nuova Carta di Lipsia, entrambe orientate al raggiungimento degli obbiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda ONU e sono volte a rafforzare la coesione territoriale e lo sviluppo sostenibile. In particolare, nell' Agenda Territoriale 2030: «*underlines the importance of and provides orientation for strategic spatial planning and calls for strengthening the territorial dimension of sector policies at all governance levels. It seeks to promote an inclusive and sustainable future for all places and to help achieve Sustainable Development Goals in Europe*».

[27] Per il 2021 è prevista una prima valutazione dell'impatto del Corona -virus sullo sviluppo sostenibile nell'UE.

[28] In tal senso, i parametri individuati in materia di *better regulation* sono essenziali per assicurare la coerenza delle politiche rispetto allo sviluppo sostenibile, con un ruolo *infortiato*, rispetto al passato, della valutazione *ex post*. Alla luce della crisi sanitaria ed economica, inoltre, è stato ritenuto, in sede europea, ancora più evidente la necessità di essere in grado di anticipare i cambiamenti e prepararsi per le sfide e le opportunità in arrivo: risponde a tale necessità la "previsione strategica".

[29] M.P.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa*, cit., 34-35.

a misurare le capacità della stessa all'interno del contesto sociale in cui si esplica[30].

Del resto, se si tenta di rapportare la metodologia della valutazione alle categorie del diritto amministrativo e alla funzionalizzazione dell'attività della p.A., emerge come tale processo possa accompagnare, agevolmente, la fase di definizione dell'interesse pubblico specifico della pianificazione strategica e negoziata per calibrarne le scelte, in coerenza con la previa esplicazione degli obiettivi e delle loro motivazioni, anche in vista dei successivi momenti attuativi della programmazione.

I corollari entro cui si articola la nuova fattispecie di *anticipazione* del risultato, di recente emersione, consentono, infatti, di prefigurare l'andamento del programma rispetto alle priorità individuate, sorvegliandone l'attuazione; ma al contempo una funzione siffatta potrebbe inscriversi nell'ambito dei processi logico-giuridici che guidano l'analisi dell'azione amministrativa in ordine al perseguimento dell'interesse pubblico, tutte le volte in cui la valutazione, ove ponga all'evidenza un allontanamento - anche in via preventiva - dagli obiettivi prefissati, induca mutamenti migliorativi dei processi attuativi, nonché riequilibri o *correttivi* della (o alla) programmazione o pianificazione degli interventi.

In una prospettiva siffatta viene ad emersione il contratto istituzionale di sviluppo, introdotto nell'ordinamento dall'art. 6 del D.lgs. n. 88 del 2011, in sostituzione del previgente istituto dell'intesa istituzionale di programma, costituisce uno strumento a cui le Amministrazioni possono accedere sì da *accelerare* l'utilizzo dei fondi strutturali europei e *alleggerire* i procedimenti aventi ad oggetto la realizzazione di nuovi progetti strategici di rilievo nazionale, interregionale e regionale, tra loro funzionalmente connessi in relazione a obiettivi e risultati, finanziati con risorse nazionali, dell'Unione europea e del Fondo per lo sviluppo e la coesione.

Le risorse sono, così, veicolate nella direzione di una unica - ma rilevante - infrastruttura a valenza nazionale o interregionale (salve eccezioni dettate da specificità territoriali), nell'ottica di una programmazione c.d. per macroaree.

Nel contratto vengono definiti i tempi di attuazione (cronoprogramma), le responsabilità dei contraenti, i criteri di valutazione e monitoraggio e le sanzioni per eventuali inadempimenti. Il contratto istituzionale di sviluppo viene stipulato dal Ministro per la coesione, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze e con gli altri Ministri interessati, dai Presidenti delle Regioni interessate e dalle Amministrazioni competenti.

Le p.A., responsabili degli interventi, possano avvalersi dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa per tutte le attività di natura economica e finanziaria e per l'assistenza tecnica, nonché in qualità di centrale di

[30] Nel senso che la confluenza «del principio di legalità nel più ampio principio del buon andamento» consente di individuare nel concetto di efficienza economica una chiave di lettura aggiornata del principio di buon andamento C. MEOLI, *Profili generali*, in AA.VV., *La convergenza tra pubblico e privato nell'amministrazione italiana*, a cura di C. MEOLI, Firenze, 1992, 24.

committenza, ad esclusione di quanto demandato all'attuazione da parte dei concessionari di servizi pubblici.

Al fine di valorizzare, ulteriormente, i contratti istituzionali di sviluppo il d.l. n. 91 del 2017, all'art. 7, ha previsto che, al fine di *accelerare* l'attuazione di interventi complessi, definiti dalla norma come «aventi natura di grandi progetti» ovvero di «investimenti articolati in singoli interventi tra loro funzionalmente connessi, che richiedano un approccio integrato e l'impiego di fondi strutturali di investimento europei e di fondi nazionali inseriti in piani e programmi operativi finanziati a valere sulle risorse nazionali e europee», sia il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro delegato per la coesione territoriale e il Mezzogiorno ad individuare gli interventi per i quali si procede alla sottoscrizione di appositi Contratti istituzionali di sviluppo, su richiesta delle Amministrazioni interessate, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 36 del regolamento dell'Unione europea n. 1303 del 2013[31].

Ai sensi della disposizione nazionale appena citata, dunque, qualora una strategia di sviluppo urbano o un'altra strategia o patto territoriale richieda un approccio integrato che comporti investimenti del Fondo sociale europeo, del Fondo europeo sviluppo regionale o del Fondo di coesione nell'ambito di più assi prioritari di uno o più programmi operativi, le azioni possono essere eseguite sotto forma di investimento territoriale integrato ("ITI") e possono a tal fine essere incentivate da un sostegno finanziario dal FEASR(Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale) o dal FEAMP (Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca).

In applicazione dei principi di sussidiarietà, proporzionalità e coerenza e sulla base di una lettura integrata e *place based* delle politiche pubbliche in materia di programmazione il contratto di sviluppo disegna il proprio ambito di applicazione relativamente ai progetti di infrastrutturazione, sviluppo economico, produttivo e imprenditoriale, turismo, cultura e valorizzazione delle risorse naturali, ambiente, occupazione e inclusione sociale, «allo scopo di accelerare la realizzazione degli interventi [...] e di assicurare la qualità della spesa pubblica».

A legislazione invariata, tuttavia, la *figura juris* in esame sembra discostarsi dal postulato di una valutazione implicante un adattamento costante degli obiettivi, a livello regionale e locale, per il tramite dell'adozione di "strategie" ai diversi livelli territoriali e tecniche di coordinamento e di monitoraggio che garantiscano la necessaria coerenza - in senso orizzontale - tra le politiche settoriali - e in senso verticale - tra le decisioni assunte e gli interventi programmati[32].

---

[31] Cfr. Regolamento UE n. 1303/2013, articolo 36, in materia di Investimenti Territoriali Integrati, disciplinati nel periodo di programmazione 2014-2020, abilitano i Paesi aderenti all'Unione a coordinare investimenti disposti da assi prioritari differenti, riconducibili a diversi programmi operativi, a supporto di interventi plurisettoriali e pluridimensionali in ragione di una "Strategia di sviluppo territoriale integrata" riferita ad un determinato territorio, con un insieme di iniziative da realizzare ed un accordo di gestione che dettagli la relativa *governance*.

[32] Cosi, ad esempio, la valutazione dell'impatto territoriale *Territorial Impact Assessment* che viene definita, nei documenti europei, come un processo che può essere utilizzato per simulare e valutare, alle diverse scale, la risposta di un sistema territoriale ad uno o più indirizzi/azioni di *policy*. Trattasi di

Così, ad esempio, un procedimento valutativo avente ad oggetto un contratto istituzionale di sviluppo, attuato - così come avviene nella prassi delle Amministrazioni - alla stregua delle prime e più risalenti coordinate individuate nel regolamento sui fondi strutturali, fonderebbe le condizioni per apprezzare l'idoneità di un piano o di un progetto al raggiungimento del risultato sugli effetti meramente economici che potrebbero scaturire dall'avvenuta esecuzione integrale dello stesso, con evidenti implicazioni in ordine ad un giudizio di efficacia e di efficienza dell'attività amministrativa, anche in via previsionale, e pur tuttavia limitata alla *convenienza* dell'investimento.

Per altro profilo, in tal guisa non sembra potersi profilare la possibilità di attingere ad una analisi del processo di crescita, innescato dall'intrapresa pubblica, che si avvantaggi dei parametri insiti nel c.d. *capitale territoriale* (individuati, ad esempio, nell'agenda territoriale europea 2020), costituito da componenti socio-culturali materiali, socio-culturali immateriali, fisico-ambientali.

Invero, nella prospettiva di una razionale allocazione delle risorse, il processo di valutazione è previsto in funzione direzionale e orientativa, in ragione del perseguimento di obiettivi predeterminati, funzionali a superare eventuali asimmetrie

---

un processo multidisciplinare e multilivello che tiene conto della diversità territoriale, applicabile *ex ante* e *ex post*, applicato mediante l'ausilio di modelli interpretativi che correlano politiche-territorio-effetti, e calcolando l'impatto di una certa azione territoriale (o di un insieme di azioni, sviluppate a partire da una politica). La *Territorial Impact Assessment* consente, altresì, di integrare, in termini strategici e sostenibili, gli strumenti della pianificazione con quelli finanziari per poter realizzare quelle che assumono la denominazione di "azioni di *policy*". La c.d. *place evidence* geografica - intesa in termini di tipologie funzionali o di sistemi complessi - rappresenta per la *Territorial Impact Assessment* la base imprescindibile del processo di valutazione, considerando che ogni decisione (politica) dovrebbe basarsi su analisi e dati. Tale tecnica valutativa si avvale di modelli in grado di combinare tra loro i dati stessi, nello spazio e nel tempo, tramite sistemi di *Geographical Information Systems*, al fine di rispondere ai quesiti posti dalla valutazione individuati come segue: 1. Individuazione del problema, 2. Definizione degli obiettivi, 3. Sviluppo delle principali opzioni politiche, 4. Analisi dei loro impatti, 5. Confronto delle opzioni, 6. Schema di monitoraggio e valutazione della politica. Così C. ODONE, *Il Contratto Istituzionale di Sviluppo* Sostenibile – *CISS.* Una proposta operativa, cit., 89.
Una ulteriore tecnica di valutazione dell'effettività dell'investimento pubblico è il *Sustainable Territorial environmental/economic Management Approach*. Trattasi di un metodo quali-quantitativo di valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'impatto territoriale di politiche, piani e programmi, che consente di rappresentarne l'efficacia in rapporto agli obiettivi, in termini di sostenibilità. Il metodo *STeMA -TIA* consente di combinare informazioni di differente matrice, quantitativa e qualitativa, assumendo ad oggetto il processo di valutazione elementi diversi, di tipo economico, sociale, ambientale, culturale, organizzativo, che non potrebbero essere esaminati ricorrendo all'ausilio di un unico modello.La c.d. *carrying capacity* rappresenta, invece, la soglia di sostenibilità di un sistema territoriale in cui la sostenibilità si caratterizza per un rinnovato stato di equilibrio del sistema stesso, quale risultato delle politiche pubbliche adottate. Sicchè la valutazione d'impatto mostra se lo sviluppo territoriale raggiunto in forza delle *policies* oggetto di valutazione, sia sostenibile. Le differenziazioni tra i sistemi/territori consentono, poi, di verificare la sostenibilità in termini di competitività, dove appunto gli elementi del sistema/territorio caratterizzano la capacità di concorrere (in sostenibilità) con altri sistemi/territori, all'esito della legislazione adottata.

territoriali, nella logica della pianificazione strategica[33].

Sicché il riferimento al *capitale territoriale*, insito nella programmazione di nuovo conio e nelle metodologie di verifica e valutazione alla stessa correlate, attraverso cui il legislatore europeo cerca di indurre la p.A. a comportamenti virtuosi nel suo ciclo di produzione, sembra imprescindibilmente legato al conseguimento di un risultato in grado di orientare significativamente lo sviluppo del territorio e, dunque, lo sviluppo in senso sostenibile, che è assunto a fulcro della pianificazione economica statale e regionale, nonché a parametro di verifica della capacità dell'azione amministrativa in relazione all'ammissione di progetti di sviluppo a finanziamenti, connotandosi quale elemento centrale delle dinamiche ordinarie dell'agire amministrativo e divenendo così una invariante nell'azione delle Amministrazioni investite dall'attuazione delle politiche di coesione concordate tra Unione europea e Stati aderenti.

E del resto un tale profilo ricostruttivo appare funzionale alle logiche sottese ai processi decisionali di cui si avvale la tecnica di programmazione strategica ed innanzitutto all'esigenza di prevedibilità del raggiungimento degli obiettivi prefissati: si pensi, ad esempio, alla possibilità , attraverso i contratti pubblici, di incidere positivamente sugli obiettivi occupazionali, sociali, ambientali (*Green Public Procurement*, *Socially Reponsibile Public Procurement*), assicurando al contempo l'efficienza e la sostenibilità nell'uso delle risorse finanziarie pubbliche.

3. Considerazioni conclusive

Il contratto istituzionale di sviluppo sembra, dunque, non avvantaggiarsi di questo nuovo *trend* di valutazione dell'azione amministrativa in cui i profili connessi al risultato assumono un ruolo essenziale sul versante dello sviluppo sostenibile: il contenimento, o quanto meno il calcolo, del rischio amministrativo, passano necessariamente attraverso le regole e gli istituti più recenti, preordinati a sottrarre all'incertezza la predeterminazione del risultato o la programmazione dell'efficace

[33] Con riferimento al pubblico impiego sono state evidenziate talune perplessità in relazione degli indicatori di misurazione delle prestazioni sull'individuazione dell'interesse pubblico concreto e sulla discrezionalità. È stato rilevato che tale metodologia mostrerebbe tutti i segni di un legislatore che, pur affrontando apprezzabilmente i problemi di efficienza del settore pubblico, sembra diffidare di chi «sarà chiamato ad applicare le sue leggi» e, conseguentemente, tenderebbe a limitare la discrezionalità e l'autonomia. Il rischio potrebbe essere rappresentato da una sopravvalutazione del ruolo degli indicatori in relazione all'identificazione dell'interesse pubblico da perseguire, ove quest'ultimo non fosse individuato attraverso la interpretazione di un complessivo sistema di valori nel cui ambito rientrano, anche e non solo, gli indicatori medesimi: per quanto la loro identificazione possa essere orientata dalla prefigurazione di criteri più o meno specificatamente individuati , essi non appaiono, da soli idonei a prefigurare quei parametri di legalità sostanziale ai quali rapportare l'azione amministrativa. In tal senso viene letta l'eccessiva rigidità del modello che disciplina l'applicazione del metodo strategico al ciclo di gestione delle *performance* (B.G. MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 954).

raggiungimento dello stesso, in ragione del buon andamento dell'azione programmata della p.A. che assume significati diversi se attinto attraverso parametri ulteriori rispetto a quelli in cui è stata tradizionalmente declinato e applicato.

Con riferimento all'istituto oggetto di indagine una inversione di rotta nelle tecniche *predittive* potrebbe, peraltro, indurre una rinnovata obiettivizzazione della funzione amministrativa, spesso fonte di enfatizzazione del vincolo di scopo, quale regola a cui l'Amministrazione dovrà attenersi nella ponderazione degli interessi che incrocerà nel corso dell'esercizio dell'azione, per il perseguimento del risultato: una prospettazione assimilabile ad un concetto *aggiornato* dell'organizzazione della p.A., a cui devono imputarsi non solo l'assolvimento di compiti inerenti alle politiche economiche in senso stretto, ma anche l'individuazione di coordinate mirate allo sviluppo sostenibile, così da incentivare le condizioni per una progressiva espansione degli ambiti favorevoli alla crescita sociale[34], rendendo prevedibili gli effetti dell'azione

La verifica e la valutazione della programmazione dei contratti istituzionali di sviluppo alla stregua delle regole e dei precetti rivenienti dalle tecniche di *better regulation* e di *impact assessment* potrebbero, così, assumere il ruolo di principio-guida delle politiche pubbliche, di gestione e promozione delle risorse umane, nonché degli investimenti pubblici, progetti e interventi in funzione dello sviluppo, in quanto finalizzati ad un processo decisionale consapevole di valorizzazione e progresso del territorio e delle comunità. Si direbbe un'evoluzione ulteriore della funzione amministrativa che, senza svalutare i profili dell'interesse pubblico insito nelle scelte tecnico-discrezionali della p.A., tende a privilegiare i risultati dell'attività amministrativa, individuati oggi, appunto, in termini di sviluppo sostenibile, quale parametro di misurazione dell'efficienza dell'azione e dell'organizzazione, complessivamente considerate, nell'ambito della evoluzione del fenomeno direzionale in cui proprio la programmazione tradizionalmente è stata inscritta.

[34] E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, 243 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

DAL GOVERNMENT ALLA GOVERNANCE DELLE POLITICHE PUBBLICHE E GLI STRUMENTI NEGOZIALI

di Giuseppe Di Gaspare*

RIPUBBLICAZIAZIONE**

29 dicembre 2021

* Ordinario di Diritto dell'economia, LUISS Guido Carli.

** PRIMA EDIZIONE: *La governance locale, strumenti e buone pratiche*, in *Quaderni Formez*, n.33 2006.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

INDICE

PARTE PRIMA: GLI STRUMENTI NEGOZIALI – UNA RICOGNIZIONE 5

INTRODUZIONE ALLA PARTE PRIMA 6

CAPITOLO 1: LA CONTRATTAZIONE PROGRAMMATA 9

1. La governance dello sviluppo economico e i suoi strumenti nella esperienza nazionale 9

2. La prima connotazione della contrattazione programmata 10

3. La seconda fase: la separazione tra contrattazione e procedimenti di agevolazione finanziaria 10

4. L'oggetto della contrattazione programmata 11

5. I collegamenti procedurali 12

6. Gli impegni interinali 13

7. La flessibilità della fonte regolamentare e la modulazione degli incentivi 14

8. Validità efficacia ed effetti della contrattazione programmata 15

9. Le fasi: proposta, approvazione, stipula 17

10. Qualificazione giuridica del contratto di programma 17

11. Ammissibilità alla procedura quale limite delle successive valutazioni discrezionali nei procedimenti concessori 19

12. Applicabilità del modello teorico desunto dal contratto di programma alle altre tipologie di contrattazione programmata 21

13. L'estensione della programmazione contrattata alle PMI con figure intermedie associative 21

14. Il contratto di impresa 23

15. Le procedure nei contratti con le PMI 24

16. Il contratto d'area 25

CAPITOLO 2: LA COOPERAZIONE INTERISTITUZIONALE STRUMENTI DELLA GOVERNANCE INTERISTITUZIONALE: TIPOLOGIA E FUNZIONI 28
1. La genesi degli istituti di cooperazione istituzionale: l'accordo di programma 28
2. Gli accordi quadro: le intese istituzionali 29
3. La programmazione negoziata nell'esperienza delle Regioni 30
4. Accordo quadro di sviluppo territoriale 31
5. Programma integrato di sviluppo locale 33
6. Il contratto di recupero produttivo 36
7. L'accordo di programma 37

CAPITOLO 3: MODULI DI PROGRAMMAZIONE E PROCEDURE E FASI DELLA PROGRAMMAZIONE NEGOZIATA 40
1. Fasi della programmazione negoziata 40
2. Iniziativa 40
3. Istruttoria 42
4. La conclusione dell'accordo 43
5. Integrazione dell'efficacia dell'accordo 45
6. Attuazione dell'accordo 45
7. Il responsabile amministrativo della attuazione dell'accordo 47

PARTE SECONDA ALCUNE ESPERIENZE DI COOPERAZIONE ISTITUZIONALE PER LO SVILUPPO 49
INTRODUZIONE ALLA PARTE SECONDA 50

CAPITOLO 4: LA PROGRAMMAZIONE NEGOZIATA NELL'ESPERIENZA DELLE REGIONI LOMBARDIA E TOSCANA
1. Profili procedurali della governance territoriale: l'*action zone* 50
2. Il contratto di recupero produttivo 53
3. Il programma integrato di sviluppo locale 54
4. L'accordo di programma come strumento di generale attuazione della programmazione negoziata 59
4. 1 Ambito di applicazione dell'accordo di programma 59

4.2 I soggetti: parti, soggetti interessati, beneficiari 61
4.3 Oggetto dell'accordo 62
4. 4 Validità ed efficacia 63
4. 5 La gestione dell'accordo di programma 64

CAPITOLO 5: LE PROVINCE. COOPERAZIONE ISTITUZIONALE E SOSTEGNO AI PICCOLI COMUNI 66
1. Introduzione 66
2. Ambito 68
3. Il conflitto territoriale 71
4. Il conflitto tra funzione di governo e funzione di rappresentanza 72
5. Le criticità di pianificazione e programmazione strategica 73
6. La rete delle conoscenze 74
7. Il focus sui bisogni e sulle priorità d'intervento – i tavoli di concertazione 76
8. La sussidiarietà orizzontale 77
9. Le sedi del confronto 78
10. Il sostegno ai piccoli Comuni 79

CAPITOLO 6: LE COMUNITÀ MONTANE. L'ESERCIZIO ASSOCIATO DELLE FUNZIONI COMUNALI 81
1. Introduzione 81
2. Le forme associative possibili 81
3. Perché le forme associative e in quali settori 83
4. Punti di forza e criticità delle forme associative. 85

BIBLIOGRAFIA 94

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

PARTE PRIMA:
GLI STRUMENTI NEGOZIALI – UNA RICOGNIZIONE

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

INTRODUZIONE ALLA PARTE PRIMA

Lo scopo del presente rapporto è di fare il punto sull'attuale utilizzazione delle figure negoziali della programmazione negoziata per verificarne i criteri e le modalità di applicazione nell'attuale quadro normativo con particolare riguardo alle formulazioni suscettibili di applicazioni in particolare al sistema delle autonomie locali. La ricostruzione è svolta sulla base della disciplina succedutasi a partire dagli anni Ottanta e al conseguente consolidarsi di determinate figure negoziali.

Le principali fonti "storiche" nel nostro ordinamento sono costituite dai seguenti atti: legge n. 64 del 1986, art. 7; legge n. 488 del 1992, art. 1; delibera CIPI 29 dicembre 1986 (intesa di programma); delibera CIPI 2 febbraio 1990 (contratto di impresa); legge n. 662 del 1996, art. 2, comma 203, lett. e) (contratto di programma); delibera CIPE n.10 del 25 febbraio 1994 (disciplina dei contratti di programma); delibera CIPE n. 29 del 21 marzo 1997 (disciplina della programmazione negoziata); legge n. 196 del 1997.

L'obiettivo che ci si propone comporta una sommaria ricognizione di tali fonti e ha sullo sfondo un ripensamento complessivo del sistema attuale incentrato sul ricorso alla tendenziale generale estensione di metodologie di programmazione – attuazione – realizzazione degli interventi basate su istituti negoziali piuttosto che sui tradizionali procedimenti amministrativi.

Le ragioni di questo slittamento verso i moduli negoziali vanno ricercate nella constatazione della perdita del contenuto "garantistico" del procedimento – al fine dell'individuazione-tutela dell'interesse pubblico – e dall'affermarsi di una prassi di negoziazione interstiziale ma non trasparente che si insinua negli snodi procedimentali, la cui mancata formalizzazione aveva all'opposto finito con provocare una progressiva incertezza, lentezza, appannamento degli obiettivi e dei tempi dell'azione politico-amministrativa.

La scelta per una formalizzazione della contrattazione, pertanto, rappresenta da questo punto di vista un correttivo alla perdita di efficienza dell'amministrazione per procedimenti. La formalizzazione della contrattazione in questo senso ha contrastato, dunque, questa linea di tendenza contenendone gli aspetti disfunzionali tramite una chiara individuazione delle sedi di confronto e decisionali, nonché una loro effettiva responsabilizzazione, rendendo trasparente e quindi controllabile l'oggetto e i limiti dell'attività di negoziazione.

La preferenza per gli istituti negoziali appare, peraltro, come la spia di una transizione sistemica nel senso che è altresì sintomatica dell'esaurirsi di un modello di amministrazione nel quale spettava al complesso politico-amministrativo statuale il

compito di guidare e orientare le risorse pubbliche e private verso obiettivi predeterminati condizionando con politiche di sviluppo l'andamento dell'economia.

L'accelerazione delle interazioni sistemiche nel mercato globalizzato e la loro non governabilità su scala nazionale, lo stesso "condizionamento" comunitario derivante dal mercato unico dei beni, dei servizi e dei capitali, le modifiche dei "terms of trade" che si registrano tra le diverse aree economiche del globo, l'incertezza delle variabili tecnologiche nel calcolo di impresa, hanno reso, ormai, obsoleta l'idea che il "government", il fattore G della teoria keynesiana, possa essere considerato come la variabile rigida che detiene il "know-how" dello sviluppo economico.

È in questa crisi di transizione che vanno ricercate le cause più profonde per un passaggio, nelle politiche pubbliche, da una impostazione unilaterale (procedimento e programmazione per atti unilaterali) ad una impostazione negoziale: il programma od il progetto come il risultato ex post della negoziazione e del contratto e non più come il presupposto ex ante degli stessi.

È su questa crescente asimmetria informativa che si è innestata la transizione dal government alla governance e l'affermazione con essa degli strumenti di negoziazione sia nei riguardi delle politiche pubbliche, volte alla affermazione di linee di sviluppo economico condivise con gli operatori economici, sia per quello che attiene i rapporti tra livelli istituzionali di Governo: la governance multilivello tramite la cooperazione interistituzionale.

Ai fini della ricostruzione che qui interessa, tra le fonti normative richiamate occorre porre l'attenzione sulla delibera CIPE n. 29 del 21 marzo 1997 che costituisce un punto di svolta nella formalizzazione originaria degli istituti. La delibera disciplina la programmazione negoziata in un contesto unitario, prevedendo la possibilità di attivare specifici strumenti di programmazione negoziata quali: intese istituzionali di programma, accordi di programma quadro, patti territoriali, contratti di programma e contratti d'area. I contratti vengono tipicizzati e vengono definite le implicazioni in termini di decisioni istituzionali e di condivisione di risorse finanziarie e strumentali a carico delle amministrazioni statali, regionali e delle province autonome, nonché degli enti locali.

Appare utile, al riguardo, far rimarcare come appaia più netta la distinzione tra gli strumenti volti alla promozione dello sviluppo economico, con la partecipazione all'attività di contrattazione direttamente di soggetti privati (imprese) singole o associate (la contrattazione programmata), e quelli intervenenti esclusivamente tra soggetti pubblici, come gli accordi di programma, con l'eventuale – comunque marginale – adesione di associazioni rappresentative di interessi o di categoria (la cooperazione interistituzionale). Questa distinzione viene posta pertanto alla base della presente ricostruzione. Alla cooperazione interistituzionale verrà dedicata la seconda parte dello studio, mentre nella prima si esamineranno gli istituti della programmazione negoziata. Va comunque tenuto presente che, al di là della distinzione, i molti punti di contatto teorici e di interferenza tipologica tra la prima e la seconda categoria degli

strumenti di programmazione negoziata ne consigliano comunque una trattazione contestuale.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

CAPITOLO 1:
LA CONTRATTAZIONE PROGRAMMATA

1. La governance dello sviluppo economico e i suoi strumenti nella esperienza nazionale

La stessa evoluzione storica dell'intervento nelle aree depresse testimonia l'affermarsi progressivo di questa tendenza alla contrattualizzazione dei rapporti con le amministrazioni e tra le amministrazioni. L'affermazione di questa nuova prassi amministrativa si è però realizzata attraverso un percorso non lineare che ha comunque fatto tesoro delle carenze e dei punti di fragilità della primitiva utilizzazione degli strumenti, limiti in genere connessi alla debolezza istituzionale dello stesso impianto normativo che li prevedeva. È quindi di una qualche utilità assumere un approccio di ricostruzione storica per indicare per sommi capi i punti salienti dell'evoluzione cronologica e procedurale della contrattazione programmata, articolata originariamente nelle tre sue tipologie dei contratti di programma (con grandi gruppi), dei contratti con piccole e medie imprese e nei contratti di impresa.

La genesi di questi istituti all'interno della legislazione meridionalista ha inizio con il contratto di programma che può raffigurarsi come l'archetipo degli strumenti negoziali per la promozione delle iniziative imprenditoriali.

La contrattazione programmata, introdotta dalla delibera CIPI del 16 luglio1986, venne qualificata – secondo il primo piano annuale di attuazione cfr.: G.U. del 21.2.87 – come lo strumento normativo – quadro regolante degli impegni assunti dall'intervento pubblico e dalla componente privata, individuata in grandi gruppi industriali a rilevanza nazionale o internazionale.

In tale atto del Governo troviamo una prima definizione, intendendosi come oggetto del contratto l'impegno che viene assunto dalle parti – pubblica e privata – di sviluppare interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedevano una valutazione complessiva delle attività di competenza.

La richiamata delibera CIPI del 16 luglio 1986 che regolava le modalità e i criteri di concessione delle agevolazioni finanziarie ai sensi dell'art. 9 della legge n. 64 del 1986, sviluppando l'indicazione legislativa, chiarisce che *"al fine di un più efficace coinvolgimento dei grandi gruppi industriali nazionali o internazionali nella realizzazione delle azioni integrate previste dal programma triennale per il riequilibrio tecnologico e produttivo del Mezzogiorno, il piano annuale di attuazione definisce forme e modalità per la contrattazione programmata che assicurino tempestività e unitarietà all'intervento*".

2. La prima connotazione della contrattazione programmata

La delibera CIPI indicava gli obiettivi perseguibili con l'introduzione della nuova fattispecie negoziale, individuando inizialmente le potenziali parti della contrattazione nei soli grandi gruppi industriali, sia nazionali che internazionali, pur circoscrivendone la finalità al riequilibrio tecnologico e produttivo del Mezzogiorno.

È il caso di richiamare l'attenzione comunque su come, in questo contesto, l'oggetto del contratto di programma venga ad essere individuato come la realizzazione di azioni integrate volte al riequilibrio tecnico e produttivo del Mezzogiorno.

È questo oggetto che pertanto finisce per mettere a fuoco la funzione economico-sociale del nuovo istituto del contratto di programma. La "azione integrata" come insieme di iniziative produttive funzionalmente raccordate intorno ad una logica strategica di un (grande) gruppo industriale, viene a costituire un oggetto nuovo nel tradizionale panorama delle attività ammesse ad agevolazione, con il conseguente superamento della pregressa visione materiale che si può dire, fosse allora dimensionata nel concetto di stabilimento industriale.

La conseguenza di lunga durata di questo mutamento è stato quella, con il riferimento all'azione integrata, di ampliare l'ambito di valutazione al di là delle singole attività produttive in cui questa può scomporsi ai fini del conseguimento delle agevolazioni alle imprese.

3. La seconda fase: la separazione tra contrattazione e procedimenti di agevolazione finanziaria

La presa in considerazione dell'unitarietà dell'intervento che già emerge nella richiamata primitiva impostazione ha introdotto un nuovo schema concettuale, tuttora impiegato, in quanto ha reso successivamente possibile un apprezzamento differenziato dell'integrazione dei singoli interventi proposti. Questi, per così dire, abbisognano di esser letti l'uno per l'altro, in modo da comprenderne i collegamenti funzionali, le economie di scala e il valore aggiunto degli effetti di impatto localizzato che essi congiuntamente determinano.

Questo nuovo tipo di valutazione fuoriesce dal tradizionale schema dei procedimenti di ausilio finanziario in quanto, ponendosi fuori dal consueto orizzonte della valutazione delle singole attività produttive per le quali si richiedeva l'incentivazione, e tagliandole tutte in modo trasversale, non appare suscettibile di una isolata ed autonoma considerazione nelle procedure per il rilascio delle stesse.

Attraverso questi passaggi teorici e concettuali (azione integrata e valutazione degli effetti sinergici) si sono poste le basi della attuale contrattazione programmata. Si è determinato in questo modo (definitivamente con la delibera CIPE n. 10 del 25

febbraio 1994 di disciplina del contratto di programma) una chiara differenziazione dell'oggetto della contrattazione programmata dai procedimenti di agevolazioni finanziarie previsti dalla legislazione allora vigente, dando una propria fondamentale caratterizzazione concettuale all'istituto.

Si spiega anche in questo modo, e non solo da un punto di vista meramente fattuale, come questo oggetto fosse allora per così dire accessibile, anche se non necessariamente in modo esclusivo, alle iniziative dei grandi gruppi industriali, in quanto soggetti imprenditoriali in grado, per risorse finanziarie e capacità di impatto, di proporre in modo loro congeniale iniziative simultanee ed integrate.

Il secondo aspetto innovativo, che tuttora permane e sul quale è ancora utile richiamare l'attenzione, costituisce fondamentalmente il risvolto pratico dell'unitarietà dell'intervento nella contrattazione programmata ed è rappresentato dalla tempestività ed dal coordinamento della realizzazione dell'iniziativa integrata.

Una considerazione isolata e non coordinata, infatti, delle singole iniziative, in cui si potrebbe sostanziare l'azione integrata considerata nel suo insieme, avrebbe condotto ad esiti quantomeno differenziati nel tempo, e soprattutto avrebbe potuto minarne la piena operatività, sia nel senso che alcune iniziative isolatamente considerate avrebbero potuto essere escluse dalla concessione dei benefici, sia nel senso che la loro realizzazione differita nel tempo avrebbe potuto alterare l'originario e intrinsecamente coordinato obiettivo strategico.

Il carattere unitario ed integrato dell'iniziativa oggetto di contrattazione ha dunque riformulata la fase istruttoria comportando, necessariamente, una valutazione a tutto campo, tempestiva e coordinata.

4. L'oggetto della contrattazione programmata

Si può dunque affermare che la tempestiva realizzazione di un'iniziativa integrata definisca l'oggetto ed individua la funzione del contratto di programma.

Con sguardo retrospettivo, non si può non riconoscere come questa funzione abbia determinato alla luce della delibera CIPE del 25 febbraio 1994 di disciplina del contratto di programma, una nuova tipizzazione procedurale nei termini di una attività prenegoziale.

È in questo spostamento dalla istruttoria amministrativa tradizionale alla negoziazione procedurale che si radica la natura di strumento di governance della contrattazione programmata. Il processo di definizione della contrattazione programmata è già pertanto un processo di governance in quanto non mira a verificare i requisiti e i presupposti relativi all'oggetto del provvedimento, ma ha come proprio fine la messa a fuoco di un oggetto contrattuale ancora largamente indeterminato.

Sulla base di questa consolidata esperienza è ormai possibile affermare che l'oggetto del contratto risulta essere l'effetto dell'espletamento di un'attività di trattativa

formalizzata, che discende dall'assunzione di una decisione amministrativa di natura provvedimentale.

Bisogna però esaminare più da vicino questa attività formalizzata per cogliere come rimanga comunque una consequenzialità tra attività negoziale e esercizio delle competenze amministrative e come queste ultime si pongano in un certo modo a coronamento e completamento effettivo del contenuto del contratto.

Da questo punto di vista, con riferimento alla struttura processuale, anche attuale, di questo tipo di strumenti di incentivazione, è possibile notare come l'effetto vincolante non consiste tanto in impegni assunti dalla parte pubblica e dalla componente privata (per quanto si facesse riferimento ad una approvazione del contratto di programma da parte del CIPE e successivamente anche dell'organo apicale di governo regionale o locale (delibera CIPE del 21 marzo 1997). Neppure l'approvazione della Autorità pubblica del contratto non è di per sé sufficiente a far sorgere un vero obbligo giuridico a carico delle parti.

Ed, in effetti, nella procedura della contrattazione programmata, l'impegno assunto dalle parti risulta ulteriormente condizionato, nella sua stessa formulazione, nello sviluppare interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva dell'attività di competenza.

Accanto all'unitarietà (unica finalità di sviluppo) e alla connessa esigenza di una valutazione complessiva si collocano dunque "le attività di competenza", le quali non si risolvono nella prima valutazione, anche se, evidentemente, quella valutazione complessiva non è certo destinata a rimanere senza effetto sulle stesse.

Da questo collegamento ed interazione dinamica discende l'ulteriore esigenza del "contenuto contrattuale flessibile, in funzione degli obiettivi da raggiungere e dei vincoli operativi da cui le stesse sono condizionate".

Sono appunto questi "vincoli operativi" che emanano dalle "attività di competenza" delle parti pubbliche anche non contraenti, che condizionano l'esecuzione del contratto e in definitiva, vengono a presentarsi quasi come delle potenziali clausole risolutive parziali del contratto a favore della parte pubblica.

5. I collegamenti procedurali

Un esame più approfondito delle procedure tipiche della contrattazione programmata con i grandi gruppi industriali, considerato qui come archetipo, ha consentito con il riferimento ad un sistema complesso di contrattazione programmata, di chiarire più da vicino i termini del problema.

Riassumendo brevemente, gli aspetti procedurali della negoziazione di maggior rilievo ai fini che qui interessano sono costituiti da:

a) una fase di iniziativa ad opera del Gruppo Industriale interessato, il quale propone all'amministrazione pubblica competente (ministero, regione ma anche

potenzialmente comunità montana o provincia per quello che qui rileva) un piano progettuale che illustra le caratteristiche socio-economiche dell'insieme degli interventi che costituiscono l'azione integrata, con particolare attenzione agli aspetti innovativi sotto il profilo tecnologico, e della ricerca, dell'impatto occupazionale atteso e degli effetti socio economici e ambientali di ricaduta sul territorio.

Nello stesso atto di iniziativa dovrà, poi, essere formulata la richiesta delle agevolazioni, sulla base e nei limiti della vigente normativa nazionale e regionale di incentivazione industriale.

b) una fase, che, a questo punto, possiamo qualificare come istruttoria negoziata. Successivamente alla presentazione del piano progettuale si avvia, tra la parte pubblica e quella privata, un'attività di consultazione che conduce alla elaborazione definitiva della proposta di contratto di programma da sottoporre all'approvazione dell'organo competente (tradizionalmente del CIPE).

In questa fase si mette definitivamente a punto il contenuto del contratto che dovrà indicare, a fronte dell'"impegno globale" alla realizzazione dei singoli progetti che ne definiscono il complessivo intervento, alcune attività di spettanza delle pubbliche amministrazioni interessate. Tali attività comunque, benché individuabili, non vengono espressamente qualificate come impegni, anche se di fatto costituiscono la controprestazione pubblica all'assunzione dell'impegno di investimenti da parte del gruppo privato.

A questo riguardo si richiamano "gli incentivi, anche in difformità della graduazione territoriale e settoriale; le procedure e i tempi di intervento ivi compresi gli incentivi in relazione ad esigenze per l'accelerata attuazione ed il coordinamento del piano.

Ma gli adempimenti, quando vi si accenna, appaiono indicati in modo piuttosto generico, in termini cioè di "adempimenti a carico dell'Amministrazione pubblica".

6. Gli impegni interinali

Gli aspetti appena evidenziati condurrebbero ad affermare che nei contratti di programma, a fronte dell'"impegno" del soggetto privato proponente, sia evidenziabile solo un impegno di tipo procedimentale della parte pubblica, anche se il suo esito appare in una certa misura predeterminato.

Il procedimento, infatti, dovrebbe concludersi fisiologicamente con la concessione degli incentivi, tanto è che in questo senso vengono già previste e in una certa misura vincolate "le imputazioni finanziarie per intervento, al fine di assicurare il concorso dei diversi capitoli di spesa all'azione integrata".

Siamo perciò in presenza di un impegno della parte pubblica ad effetto differito, una forma, appunto, di asimmetria del sinallagma.

La spiegazione di questa limitazione intrinseca della volontà della parte pubblica, per cui la concessione degli incentivi non è immediatamente correlata all'impegno del soggetto privato alla realizzazione del piano progettuale d'intervento, ed in questo modo condiziona il primo dispiegarsi del sinallagma contrattuale, deve esser ricercata nei limiti normalmente derivanti dalla legislazione in materia di agevolazioni finanziarie all'autonomia negoziale degli stessi organismi di governo.

Ed in effetti la normativa in materia di incentivi, per il principio di legalità e di imputabilità delle legislazione di spesa, vincola l'attività decisionale degli organi di governo entro determinate sfere di competenza e secondo schemi procedurali prestabiliti che non sembrano consentire possibilità di diversificazioni sulla base della dimensione soggettiva del richiedente e neppure in relazione alle caratteristiche globali di interventi, racchiudibili nell'azione integrata, che travalichino le dimensioni oggettive del singolo progetto ammissibile a finanziamento.

Ne consegue che la concessione degli incentivi rimane inevitabilmente subordinata al compimento di quegli iter procedurali che sono stabiliti per legge o sulla base di regolamenti, anche se, ed è questo l'aspetto rilevante sotto il profilo giuridico istituzionale, l'esistenza del contratto di programma (la sua intervenuta approvazione da parte dell'organo che è competente alla definizione degli orientamenti della politica industriale, nonché dei parametri e delle procedure per perseguirli) condiziona l'esercizio delle competenze delle amministrazioni preposte all'istruttoria, quando non addirittura alla stessa emanazione del provvedimento di incentivazione.

7. La flessibilità della fonte regolamentare e la modulazione degli incentivi

È inoltre da considerare che l'organo di governo sia statale che regionale o locale, se titolare di potestà regolamentare, come è ormai il caso generale per le Regioni dopo la novella del tit. V della Costituzione, può già direttamente apportare, seppure in via ovviamente preventiva, quelle modifiche di portata generale che consentano, per gli interventi oggetto della contrattazione programmata, deroghe alla normativa sub primaria.

Già prima della modifica del titolo V della Costituzione il baricentro della programmazione negoziata e anche se in minor misura della contrattazione programmata, si era andato spostando verso il sistema di governo regionale e locale con la legge 15 marzo 1997, n. 59 di delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni e agli enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa che prevede all'art. 1, comma 2, per le regioni e per le autonomie locali la potestà e la responsabilità dello svolgimento delle funzioni amministrative relativamente agli interessi ed allo sviluppo del territorio regionale e delle comunità locali.

La flessibilità del riferimento alla fonte sub primaria è comunque già consolidata per la conformazione e strutturazione della contrattazione programmata nelle citate delibere del CIPE.

A questo riguardo va ricordato che l'orientamento alla flessibilità era già emerso nel corso degli anni Novanta data la necessità di disciplinare la manovra coordinata delle agevolazioni finanziarie, nel quadro della procedura della contrattazione programmata stabilita dal CIPE.

Si era così previsto, per quelle iniziative inserite del piano progettuale proposto nell'ambito delle procedure della contrattazione programmata, l'ammissibilità ad incentivazione anche di quelle attività produttive in precedenza escluse dai comparti agevolabili sulla base di precedenti delibere di indirizzo di altri organi di governo (risalente al riguardo alla delibera del 16 luglio 1986).

La deroga viene ad essere ammessa – e si giustificherebbe solo – nei limiti in cui tali iniziative imprenditoriali presentino strette connessioni di operatività con lo svolgimento e le finalità generali dell'intero piano progettuale.

Discorso analogo (previsione in via generale della deroga ed indicazione dei limiti entro i quali può essere assentita) vale anche per le disposizioni relative alla maggiorazione del contributo in conto capitale, nonché all'applicazione del meccanismo di incentivazione previsto per le attività produttive.

Questa maggiore flessibilità della strumentazione richiesta dalla manovra coordinata sugli incentivi che si è resa necessaria fin dalla genesi dell'istituto per favorire l'azione integrata delle iniziative imprenditoriali, ha finito per conformare lo schema teorico di riferimento della contrattazione programmata – nella sua fase discendente di attuazione – e appare reiterato e riproducibile in analoghe situazioni di complessità dell'intervento pubblico di promozione di molteplici iniziative quando le stesse iniziative vengano ad essere ordinate tra e su diversi piani di competenze istituzionali di interazione.

8. Validità efficacia ed effetti della contrattazione programmata

Nella delibera quadro di disciplina della programmazione negoziata – delibera CIPE del 21 marzo 1997 – e delle procedure in essa richiamate – ritroviamo anche i termini originari e gli archetipi delle soluzioni per affrontare e risolvere direttamente il problema teorico – pratico dell'efficacia della contrattazione programmata.

Il punto di partenza può essere indicato nel riconoscimento del principio che la approvazione del contratto di programma condiziona in quanto alla ammissibilità alle agevolazioni le singole iniziative incluse nel progetto integrato, affermandosi già da allora al riguardo che "ferme restando le procedure vigenti per la concessione delle agevolazioni finanziarie, il CIPE con la deliberazione del contratto di programma

determina l'ammissibilità alle agevolazioni di tutte le iniziative che fanno parte del piano progettuale".

È così possibile dare per acquisito un primo effetto da ricondursi alla deliberazione di approvazione del contratto di programma da parte dell'organo di governo: un effetto, in via di prima approssimazione di natura procedurale in quanto consistente in una declaratoria di "ammissibilità", subordinata pertanto al concreto svolgimento dell'istruttoria, per l'appunto "ferme restando le procedure per la concessione".

In realtà, l'efficacia della approvazione del contratto di programma da parte di un organo di governo titolare di un potere di indirizzo politico amministrativo, assume una portata maggiore di quella di un passaggio meramente procedurale alla fase successiva, così come potrebbe apparire da una considerazione che limiti l'efficacia alla ammissibilità.

È su questo piano relazionale che si definisce pertanto il nesso giuridico che intercorre tra la contrattazione programmata e la concessione delle agevolazioni finanziarie.

È in questo nesso che il riferimento all'esercizio del potere regolamentare trova il suo momento di maggiore rilevo consentendo di perseguire l'obiettivo di accelerare la realizzazione degli interventi previsti nello schema progettuale con la manovra coordinata degli incentivi attraverso lo strumento della contrattazione programmata, in modo da superare a monte le difficoltà connesse al riparto di competenze ed alla esistenza di diverse procedure di incentivazione concretamente implicate dalla realizzazione dei "piani progettuali", modulando conseguentemente le procedure per la concessione delle agevolazioni finanziarie alle iniziative previste nell'ambito della contrattazione programmata.

Appare dunque possibile ora, con l'esercizio del potere regolamentare – a partire quantomeno dalla svolta normativa degli anni Novanta – assoggettare tutte le iniziative comprese nei piani progettuali approvati con la delibera di approvazione della contrattazione programmata, ad una regolazione coordinata nella istruttoria delle iniziative proposte.

Si è affermato così, in via generale, il principio che i progetti rientranti nella contrattazione programmata, sia che attengano alle iniziative imprenditoriali, che a iniziative di ricerca scientifica e tecnologica, sia a servizi, sono assoggettati ad una procedura uniforme, in quanto questa ovviamente risulti compatibile con la natura dell'iniziativa e le differenziazioni tipologiche previste dalla stessa legislazione di riferimento implicata e applicabile alle misure di incentivazione.

È possibile stabilire in questo modo, con l'esercizio della potestà regolamentare, al fine della conformazione procedurale, le modalità di concessione e di erogazione della agevolazione, le variazioni di spesa in corso d'opera, il conguaglio e la liquidazione del saldo, abrogando altresì le norme regolamentari ritenute incompatibili con l'accelerazione dell'istruttoria e dell'erogazione delle agevolazioni, fatta salva, a

tutela del pubblico interesse, l'inclusione obbligatoria nel provvedimento di incentivazione di una clausola risolutiva consistente nella possibilità di revoca delle agevolazioni per inadempimento.

9. Le fasi: proposta, approvazione, stipula

Abbiamo a questo punto un quadro teorico più definito per riprendere a cercare di portare a conclusione il discorso sull'efficacia della contrattazione programmata.

Possiamo al riguardo considerare come l'efficacia giuridica del contratto di programma si collochi tra un primo polo, costituito dal riconoscimento dell'ammissibilità alle agevolazioni di tutte le iniziative che fanno parte del piano progettuale, e un secondo polo, rappresentato dal vincolo e dalla doverosa ribadita osservanza delle procedure di legge vigenti per la concessione delle agevolazioni finanziarie, le quali sono da riconoscersi comunque revocabili qualora in contrasto con i requisiti previsti per la stessa.

Il senso e la portata di questa contrapposizione si risolve attraverso la distinzione, all'interno delle procedure per l'approvazione del contratto di programma, tra il momento della assunzione della delibera di approvazione del contratto stesso e il suo perfezionamento all'esito della procedura concessoria per la singola iniziativa.

Ed, in effetti, questi due aspetti se spesso appaiono funzionalmente uniti, sono giuridicamente da considerarsi concettualmente distinti: da un lato il problema dell'efficacia della delibera di approvazione del contratto e dall'altro quello degli effetti propri del contratto di programma.

Al riguardo va richiamata l'attenzione sulla prassi da tempo affermatasi di operare una netta cesura tra l'approvazione della proposta di contratto di programma (cfr.: ad esempio, delibera CIPE del 21 marzo 1989) e l'approvazione del contratto. Questa ultima si perfeziona solo al termine di un iter formalizzato in un procedimento nel quale l'approvazione finale coincide o è propedeutica alla stipula del contratto, da sottoscriversi di norma ad opera del soggetto istituzionale dotato di rappresentanza esterna (dal Ministro, presidente di un comitato, al presidente della Giunta regionale, della Provincia, della Comunità Montana).

Il soggetto competente, dunque, in base alle risultanze istruttorie, può apportare, in sede di stipula, quelle modifiche che si rendessero necessarie per provvedere all'attuazione del contratto secondo le procedure previste dal medesimo.

10. Qualificazione giuridica del contratto di programma

Dobbiamo quindi considerare il contratto di programma, più che contratto condizionato, in quanto all'efficacia, all'approvazione dell'organo competente, un

contratto condizionato, in quanto a validità, alla preventiva determinazione dei contenuti essenziali dello schema contrattuale ad opera dell'organo competente.

Questa diversa impostazione concettuale può essere vista come il prodotto di una più attenta analisi dei presupposti e dei limiti, della contrattazione programmata, in ordine sia ai poteri da riconoscersi agli organi monocratici (Ministro, Assessore, Presidente della Comunità Montana, Sindaco, quand'anche il dirigente responsabile del contratto) sia alle conseguenze da far discendere, dall'approvazione del contratto da parte dell'organo collegiale di governo (dal comitato interministeriale alla giunta) sulla successiva fase procedimentale di concessione degli incentivi.

Il fatto è che, ad un considerazione più approfondita dei profili delle competenze e della responsabilità degli organi di governo e di indirizzo politico amministrativo, deve risultare inevitabilmente dubbia la sussistenza della legittimazione contrattuale dell'organo monocratico ad impegnarsi su materie nelle quali la procedura di agevolazione è comunque rimessa a determinazioni definitive di competenza degli organi amministrativi (sovente la competenza è della dirigenza amministrativa) secondo procedure normativamente determinate, quantomeno negli aspetti di fondo. Né sembra convincente al riguardo una raffigurazione della fattispecie che voglia considerare il potere dell'organo monocratico in termini di facoltà sussistente, cioè, sulla base di una generale legittimazione contrattuale, di derivazione dal codice civile, anche se evidentemente vincolante solo nella misura in cui non vi siano condizionamenti all'esplicarsi dell'effetto obbligatorio inter-partes. In questo senso si potrebbe arguire che, rimossi gli eventuali limiti all'esplicarsi del potere, la determinazione dell'organo monocratico sarebbe, ancorché valida, inefficace e condizionata, nella sostanza, all'approvazione successiva dell'organo collegiale e dall'altro condizionata, quanto all'attuazione, alla concreta erogazione degli incentivi da parte dell'organo amministrativo competente.

In questo ordine di idee, mentre l'assunzione dell'obbligazione da parte del privato avverrebbe con la stipula, quella dell'organo monocratico sarebbe, all'opposto, condizionata dalla successiva approvazione con delibera amministrativa da parte di un organo collegiale, oppure, in casi più rari, dello stesso organo monocratico.

Tale ricostruzione, oltre che scarsamente aderente alla dinamica istituzionale, porterebbe, poi, intervenuta l'approvazione dell'organo collegiale, a considerare la condizione risolta ed inevitabilmente il contratto perfezionato, non tanto e non solo tra le parti, ma anche, e questo è il punto di maggior problematicità, con effetti nei confronti dei terzi (in primo luogo pubbliche amministrazioni competenti) verso i quali l'atto unilaterale di approvazione, dell'organo collegiale di governo, intervenuta successivamente alla stipula, avrebbe l'effetto di espandere gli effetti derivanti tra le parti dal contratto.

In altri termini il contratto, una volta approvato dall'organo collegiale di governo, avrebbe il contenuto autoritativo tipico dell'atto amministrativo unilaterale, riverberando i suoi effetti, direttamente sui soggetti amministrativi tenuti all'attuazione

dello stesso ed, in particolare, alla concessione degli incentivi per i quali la delibera dell'organo collegiale ha stabilito l'ammissibilità.

L'organo monocratico, dovendo provvedere, per espressa volontà dell'organo collegiale di governo, all'attuazione del contratto, verrebbe così a trovarsi nella posizione di dover dare esecuzione al contratto secondo quelle procedure di origine pattizia, riassunte a contenuto di delibera collegiale, senza apparenti margini di adattabilità (alle e con) le procedure normativamente sancite per il rilascio delle singole sovvenzioni.

Il diverso orientamento, che qui si ritiene di poter sostenere, che riduce la contrattazione ad una fase prodromica, (la negoziazione) ed ad una attuativa (la stipula) di un atto provvedimentale di un organo di Governo consente, invece, di superare le evidenziate difficoltà applicative.

L'organo di governo, infatti, non approvando più il contratto, bensì solo i contenuti essenziali della proposta contrattuale, non si rivolge tanto ai soggetti competenti alla concessione degli incentivi, quanto alle stesse parti contrattanti (organo monocratico e soggetto privato), per le quali, definisce, anche se tramite la proposta dell'organo monocratico competente (Ministro, presidente giunta ...), il quadro di riferimento economico-finanziario per le singole iniziative ivi indicate, facendo così salvi da un lato gli eventuali approfondimenti ed aggiustamenti che eventualmente potranno rendersi necessari in sede di definizione conclusiva dei contenuti del contratto ("la stipula") e lasciando liberi d'altro lato, con una formulazione meno apparentemente vincolante i soggetti (i responsabili amministrativi) istituzionalmente preposti alla procedura per la concessione degli incentivi di valutare gli elementi di competenza.

Ed in effetti il contratto intervenuto successivamente alle deliberazioni dell'organo collegiale di governo ha efficacia solo tra le parti stipulanti.

Non avendo dunque effetto nei riguardi dei soggetti preposti alla concessione degli incentivi, questi risultano solo tenuti all'osservazione della dichiarazione di ammissibilità. alle agevolazioni.

Nel senso, è forse il caso di rimarcare dall'ammissibilità alla procedura istruttoria e non piuttosto direttamente alle agevolazioni stesse, come si sarebbe, invece, potuto erroneamente ritenere sulla base di una interpretazione della deliberazione dell'organo collegiale di governo come ricettiva degli "obblighi" derivanti dal contratto.

11. Ammissibilità alla procedura quale limite delle successive valutazioni discrezionali nei procedimenti concessori

In questo modo, rimosso ogni possibile fraintendimento sul punto, vanno considerate espressamente ferme le competenze in ordine alla concessione delle agevolazioni degli uffici amministrativi competenti e dei dirigenti ad essi preposti, prevedendosi, altresì in questo modo, la stessa possibilità di "revoca" per quelle

agevolazioni che, pur discendendo dalle previsioni di contratti di programma, risultassero, nel caso dell'accertamento procedurale, non conformi alla legislazione vigente.

L'aver affermato, comunque, che l'efficacia diretta è limitata alla declaratoria di ammissibilità delle singole iniziative alle procedure concessorie, non implica che l'approvazione del contratto (rectius proposta) di programma ad opera dell'organo di governo sia senza effetti ulteriori sui contenuti delle decisioni successive che gli organi preposti alla istruttoria e al finanziamento, in particolare, devono assumere sulle singole iniziative da ammettere ai benefici di legge.

L'approvazione delle proposte di contratto di programma porta seco, in effetti, la determinazione dei contenuti fondamentali dei singoli progetti che rientrano nell'azione integrata oggetto del contratto di programma. In altri termini, la decisione dell'organo di governo esaurisce una previa e condizionante fase di valutazione discrezionale amministrativa – in ordine agli interessi pubblici coinvolti o perseguiti anche tramite il singolo progetto compreso nell'azione integrata – la quale precostituisce il quadro di riferimento complessivo, in cui debbono iscriversi le valutazioni di competenza degli organi preposti all'esame delle singole domande di incentivazioni.

Tutte le iniziative, in cui si scompone l'unitaria progettazione alla base del contratto di programma, devono essere valutate – e sono di fatto valutate – l'una per l'altra, sulla base dell'impatto complessivo sulla realtà economico-sociale della zona o del settore oggetto di intervento economico promozionale.

Questa valutazione, effettuata – esclusivamente – dall'organo competente alla formulazione degli indirizzi della politica di sviluppo economico, anche quando non si voglia ritenere che precostituisca in una misura fondamentale il contenuto delle future decisioni in merito ai progetti in esame, comprende e risolve in definitiva, inserendoli in un contesto più ampio di intervento, tutti gli elementi che sono alla base della valutazione economico-sociale anche di ogni singolo progetto.

Sotto questa angolazione, la dichiarazione di ammissibilità comporta necessariamente che debba essere data come positivamente avvenuta la valutazione in ordine alla "bontà" di tutte le tipologie di iniziative imprenditoriali considerate, con eccezione, solo, dei profili tecnico-finanziari, i quali potranno e dovranno essere valutati solo sulla base di ulteriori elementi (progetti esecutivi, piani articolati di investimenti e di occupazione) dagli uffici competenti. Le singole iniziative, pertanto, nella misura in cui rientrano nel quadro di riferimento approvato dall'organo di governo, una volta che non presentino carenze o lacune tecnico-progettuali, devono esser considerate positivamente e quindi ammesse a godere dei benefici già individuati nella deliberazione quadro dell'organo di governo.

In altri termini, e più sinteticamente, la approvazione della proposta di contratto di programma, da parte dell'organo di governo, attiene all'efficacia socio-economica complessiva dell'iniziativa progettuale nel suo insieme e nelle singole tipologie progettuali che la compongono; la deliberazione di concessione all'incentivazione,

invece, valuta, esclusivamente, la effettiva cantierabiltà nonché, ed in primo luogo, la validità economico -finanziaria di ogni singolo progetto.

Rimane pertanto di competenza degli organi amministrativi (responsabili dei procedimenti concessori) e degli organismi finanziari la esclusiva (peraltro fondamentale) valutazione di discrezionalità tecnica sulla idoneità economica finanziaria del progetto operativo.

12. Applicabilità del modello teorico desunto dal contratto di programma alle altre tipologie di contrattazione programmata

Questo schema teorico trova ulteriore conferma nelle altre tipologie di intervento di contrattazione programmata, benché strutturalmente meno complesse, come i contratti di impresa (inizialmente alla delibera del 2 febbraio 1990 del CIPE, G.U. 15.2.1990).

Quelle ulteriori forme di contrattazione programmata sono venute a stabilizzarsi con l'art. 2 comma 203 lett. e) della legge n. 662 del 1996 (Misure in materia di servizi di pubblica utilità e per il sostegno dell'occupazione e dello sviluppo) attraverso la previsione di generale applicazione a tutti "gli interventi che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati ed implicano decisioni istituzionali e risorse finanziarie a carico delle amministrazioni statali, regionali e delle province autonome nonché degli enti locali possono essere regolati sulla base di accordi istituzionali".

Questo archetipo fondamentale è anche alla base della successiva legislazione delle Regioni ed è riconducibile ai seguenti modelli:

a) **programmazione negoziata**, come tale intendendosi la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza;

b) **patto territoriale**, come tale intendendosi l'accordo, promosso da enti locali, parti sociali, o da altri soggetti pubblici o privati relativo all'attuazione di un programma di interventi caratterizzato da specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale;

c) **contratto di programma**, come tale intendendosi il contratto stipulato tra l'amministrazione statale competente, grandi imprese, consorzi di medie e piccole imprese e rappresentanze di distretti industriali per la realizzazione di interventi oggetto di programmazione negoziata.

13. L'estensione della programmazione contrattata alle PMI con figure intermedie associative

L'estensione della programmazione contrattata alle piccole e medie imprese produttrici di beni e servizi ha fatto perno in genere sulla intermediazione di figure associative.

Le PMI sono in genere sollecitate a riunirsi in una struttura consortile, avente anche forma giuridica di società di capitale. Ai consorzi possono altresì partecipare società di capitale e società partecipate da società finanziarie a capitale pubblico.

Piuttosto complesso appare in questa architettura, basata sull'utilizzazione dello strumento consortile, la individuazione dei contenuti del rapporto contrattuale, per quanto attiene il riconoscimento della autonoma responsabilità imprenditoriale in merito ad ogni singola iniziativa. Anche in questo schema pertanto si ripropone necessariamente una logica scalare che distingue i limiti di efficacia del contratto di programma sottoscritto con il consorzio da quello attinente il finanziamento dell'impresa. Ed in effetti il Consorzio, pur rimanendo garante dei patti sottoscritti fra i singoli imprenditori, non sostituisce in alcun modo le singole imprese che rimangono titolari anche dei progetti di investimento e delle agevolazioni, offrendone le relative garanzie. In questa veste, le singole imprese devono sottoscrivere ciascuna il contratto di programma relativamente al proprio progetto.

La figura consortile consente pertanto di favorire l'aggregazione progettuale ed imprenditoriale, soprattutto per interventi a carattere generale, evitando al contempo di irrigidire i rapporti tra le imprese partecipanti al consorzio, lasciando, perciò, loro piena autonomia operativa.

In tal senso, in questa specie di programmazione contrattata a due livelli, le imprese nella fase attuativa del contratto, conservano pienamente la loro autonoma capacità giuridica di iniziativa e di relazione con l'organismo, preposto alla gestione del contratto dalla parte pubblica e assumono per i finanziamenti autonomi impegni con gli istituti di credito secondo le regole, e procedure e le prassi finanziarie vigenti.

Anche in questo caso dunque la gestione della complessità dei rapporti fa si che il contratto di programma risolva esclusivamente la sua efficacia nella determinazione dell'ammissibilità delle singole attività oggetto dell'iniziativa integrata alla procedura di agevolazione finanziaria, figurando, però, nei rapporti con gli organismi amministrativi e gli istituti di credito, non l'intermediario capofila consortile, ma direttamente ed esclusivamente le singole imprese interessate.

Il riconoscimento, alle forme di aggregazione imprenditoriali (consorzio, società consortili, raggruppamenti di imprese), di un ruolo essenzialmente organizzativo di coordinamento delle singole iniziative imprenditoriali nei rapporti con le istituzioni governative preposte alla contrattazione programmata, testimonia ancora la consapevolezza delle perduranti difficoltà d'ordine culturale, oltre che socio-economico, di far decollare iniziative caratterizzate da un elevato livello di cooperazione tra le piccole e medie realtà imprenditoriali anche in ambiti settoriali circoscritti.

D'altra parte, questa riduzione minimale del ruolo del soggetto consortile risponde anche all'esigenza di facilitare accordi interimprenditoriali estremamente flessibili ed ad oggetto limitato (al limite il mero accesso alla procedura semplificata della contrattazione programmata). Ciò non toglie che lo strumento consortile possa comunque svolgere funzioni più impegnative, quali la gestione di attività comuni, come ad esempio centri di ricerca consortili o centri di servizi soprattutto nei distretti industriali, potendo lo stesso consorzio in qualche caso fornire garanzie specifiche, tramite gli stessi consorziati sull'esito positivo delle attività comuni finanziate tramite la programmazione negoziata.

14. Il contratto di impresa

Altra tipologia tipica ormai consolidata è il contratto di impresa.

Inizialmente, grazie a questo contratto, nella legislazione nazionale potevano usufruire delle procedure della contrattazione programmata anche le singole imprese di significative dimensioni (non necessariamente gruppi industriali) che promuovono iniziative integrate, in settori ad elevato contenuto tecnologico caratterizzati da domanda crescente, consistenti in nuovi impianti industriali, centri di ricerca, e progetti di ricerca e formazione, articolati su una proiezione temporale di realizzazione pluriennale.

Con il contratto di impresa si vuole dunque favorire l'accesso alle procedure semplificate di contrattazione programmata di singole iniziative imprenditoriali, che presentino le caratteristiche dell'integrazione progettuale.

L'integrazione progettuale non è in questo caso in relazione ad una pluralità di iniziative né ad una pluralità di partecipanti, bensì va colta in relazione alla differenziazione tipologica interna dell'iniziativa stessa.

Nella formulazione iniziale in essa dovevano necessariamente figurare non solo la realizzazione di nuovi impianti e servizi autonomi di medie dimensioni operanti in settori ad alto contenuto tecnologico e caratterizzati da domanda crescente, ma anche nuovi centri di ricerca, progetti di ricerca in forma consortile, progetti di formazione e/o di commercializzazione.

Il contratto di impresa è stato successivamente esteso ai settori delle imprese agricole e della pesca anche marittima e al settore turistico (art. 25, comma e della legge 24.06.1997, n. 196) finendo per affermarsi come strumento principale della incentivazione delle attività produttive con una struttura semplificata dovuta al ridimensionamento di alcuni degli iniziali profili selettivi connessi alla dimensione medio grande.

15. Le procedure nei contratti con le PMI

Nei contratti di programma con le piccole e medie imprese le fasi sono normalmente individuate nel modo seguente: procedura d'accesso; istruttoria; formalizzazione dell'accordo; approvazione da parte dell'organo di governo; firma del contratto; gestione del contratto.

È utile soffermarsi sull'articolazione delle fasi procedurali, in quanto costituisce il punto nevralgico della riflessione teorico-pratica sulla contrattazione programmata.

- Nella procedura di accesso, vengono esaminati i presupposti soggettivi ed oggettivi per l'ammissione alla successiva fase istruttoria nella quale si procede ad una valutazione del piano progettuale con particolare riferimento a parametri socio-economici (competitività del settore, occupazione).

- Nell'istruttoria si definiscono inoltre i diversi tempi di attuazione che "verranno poi recepiti nel documento legale"; in questa fase, una prima "formalizzazione" del contratto si ha con la stesura di uno schema dello stesso, nonché degli allegati tecnici. Questa formalizzazione dell'accordo però non si conclude con alcuna specifica assunzione di impegni da parte dei soggetti coinvolti, anche se, sotto il profilo esclusivamente procedimentale, può acquistare una propria rilevanza in ordine alla definizione del provvedimento dell'organo di governo.

- Con l'approvazione da parte dell'organo di governo dei contenuti dello schema contrattuale si apre la strada alla successiva stipula del contratto ad opera del responsabile del contratto (fasi 4 -5). È solo da questo ultimo momento che, a nostro avviso, gli obblighi e gli impegni reciproci dei contraenti dispiegano la loro efficacia nei confronti dei sottoscrittori.

Va considerato al riguardo che l'efficacia riguarda, piuttosto che una immediata produzione degli effetti obbligatori tra le parti, l'attivazione delle procedure di agevolazione finanziaria nei termini già indicati al punto 11.

Anche in questo caso, gli obblighi, individuabili al successivo passaggio relativo alla fase della "gestione del contratto", si traducono in un'assunzione di responsabilità indiretta ad opera degli istituti di credito e del responsabile del procedimento, alle cui responsabilità è demandata l'osservanza dei tempi finali del contratto.

In genere la scansione procedurale prevista per i contratti di impresa appare sostanzialmente identica a quella stabilita per i contratti di programma con le medie e piccole imprese.

Cambiano, ovviamente, in questa ipotesi, i presupposti soggettivi ed oggettivi nella procedura di accesso ed, almeno parzialmente, la fase istruttoria, tenuto conto che si è in presenza di una iniziativa singola, per quanto integrata, di imprese non sempre di significative dimensioni.

È da ricordare, infine, che un particolare procedimento è stato sperimentato, invece, per i progetti di ricerca e per i progetti di formazione indotti dall'innovazione tecnologica compresi nelle iniziative di contratto di programma, data la peculiarità

costituita dal loro carattere immateriale anche in termini di output e di necessità di una valutazione del valore aggiunto in termini sistemici (di rete "network").

16. Il contratto d'area

La contrattazione programmata con le piccole e medie imprese ha successivamente assunto una più marcata dimensione territoriale, riguardando ipotesi di interventi per area, dando luogo alla tipologia dei contratti d'area, regolati da ultimo in via generale dall'art.2, comma 203, lett.f) della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica) prevedendosi la possibilità di utilizzazione della contrattazione programmata, anche per la realizzazione, in settori diversi, di nuove iniziative facenti parte di un organico piano integrato finalizzato al conseguimento, in aree definite, di obiettivi di sviluppo e di occupazione.

Nello specifico, si è previsto che il "contratto di area", debba intendersi come lo strumento operativo, concordato tra le amministrazioni, anche locali, rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché eventuali altri soggetti interessati, per la realizzazione delle azioni finalizzate ad accelerare lo sviluppo e la creazione di una nuova occupazione in territori circoscritti, nell'ambito di aree di crisi indicate dagli organi di governo competenti statali e regionali (allora nella previsione originaria la procedura prevedeva l'approvazione del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del bilancio e della programmazione economica e sentito il parere delle competenti Commissioni parlamentari. Questi interventi devono presentare in genere il requisito di una più rapida attivazione di investimenti di disponibilità di aree attrezzate e di risorse private o derivanti da interventi normativi anche comunitari (all'obiettivo 1 e 2 del Regolamento CEE n. 2052/88).

Questa ultima tipologia di intervento individua peraltro il punto di incontro all'interno della programmazione negoziata tra la contrattazione con le imprese private e gli accordi istituzionali finalizzati allo sviluppo socio economico per cui se ne rinvia l'esame alla seconda parte del presente studio.

In particolare, il ruolo centrale, quali soggetti promotori e/o sottoscrittori, può essere assunto anche dagli enti locali. La delibera CIPE del 1997 già regolava procedure e modalità di attuazione.

Di particolare interesse è la codificazione del ruolo del soggetto responsabile, direttamente individuato dai soggetti sottoscrittori, che ha il compito del coordinamento e dell'attuazione del patto. Tale soggetto può essere anche uno dei soggetti pubblici sottoscrittori ovvero una società mista appositamente costituita nelle forme di cui all'art. 22, comma 3, lettera e) della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Il soggetto responsabile rappresenta in modo unitario gli interessi dei soggetti sottoscrittori, attiva le risorse finanziarie per consentire l'anticipazione e/o il cofinanziamento di eventuali contributi statali, regionali e comunitari, ivi compresa la

promozione del ricorso alle sovvenzioni globali. Tale soggetto è responsabile della attivazione delle risorse tecniche ed organizzative necessarie alla realizzazione del patto. Nella qualità di soggetto responsabile è tenuto ad assicurare, inoltre, il monitoraggio e la verifica dei risultati, anche per il rispetto degli impegni e degli obblighi dei soggetti sottoscrittori, ed è tenuto ad assumere le iniziative ritenute necessarie in caso di inadempimenti o ritardi.

Spetta sempre al soggetto responsabile il compito di garantire la coerenza di nuove iniziative con l'obiettivo di sviluppo locale a cui è finalizzato il patto. Ha inoltre la facoltà, per il raggiungimento degli obiettivi del patto, di promuovere la convocazione, ove necessario, di conferenze di servizi.

Egli ha infine un obbligo di rendiconto sullo stato di attuazione e sui risultati e sulle azioni di verifica e monitoraggio svolte.

Con questa ultima tipologia dei contratti d'area, per la rilevante presenza che vi assumono gli organi istituzionali, in particolare nel caso che l'attuazione sia deferita ad un soggetto pubblico, siamo giunti sulla linea di confine e di congiunzione tra contrattazione programmata e cooperazione istituzionale.

Questo schema teorico non ha subito sostanziali modifiche con la regionalizzazione. Va fatto comunque presente che con il decreto del Ministro delle attività produttive del 12 novembre 2003 (modalità di presentazione della domanda di accesso alla programmazione contrattata e disposizioni in merito ai successivi adempimenti amministrativi) si attua una prima regionalizzazione degli strumenti prendendosi atto della intervenuta attribuzione alle Regioni delle competenze di intervento per lo sviluppo locale.

Conseguentemente i moduli convenzionali della governance esterna per l'incentivazione alle imprese sono pertanto riformulati a partire dalla fase di iniziativa: il patto territoriale scompare dal novero degli interventi statali e viene di fatto ad esser sostituito dagli strumenti di governance istituzionale di competenza regionale (vedi ultra) mentre la gestione delle iniziative in corso è affidata alle Regioni (delibera CIPE 25 luglio 2003).

In questa nuova prospettiva il contratto d'area assume la nuova veste di contratto di localizzazione, con una maggiore accentuazione della sua valenza di strumento negoziale di diritto comune la cui attivazione è rimessa – nella fase di transizione – alla responsabilità ed autonomia contrattuale della società Sviluppo Italia proposta alle politiche locali di sviluppo di interesse nazionale e alla quale erano stati affidati sostanzialmente compiti di marketing territoriale.

Si recepiscono definitivamente in questa linea di avvicinamento della governance esterna, relativa alle politiche di intervento a favore delle imprese, alla governance interistituzionale nelle procedure della contrattazione programmata, sia in quelle di definizione degli schemi generali (intese e accordi quadro vedi ultra) sia in quelle soluzioni finanziarie e operative riguardanti i contratti di programma, i principi, formulati nel Regolamento CE 1260/99, della sussidiarietà, del partenariato e delle

addizionalità degli interventi tipici della programmazione negoziata e della cooperazione interistituzionale.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare ISSN 2038-3711

CAPITOLO 2:
LA COOPERAZIONE INTERISTITUZIONALE
STRUMENTI DELLA GOVERNANCE INTERISTITUZIONALE: TIPOLOGIA E FUNZIONI

1. La genesi degli istituti di cooperazione istituzionale: l'accordo di programma

La matrice delle diverse esperienze regionali di programmazione negoziata deve essere ricondotta allo schema di accordo di programma previsto dall'art. 34 del D.Lgs. n. 267 del 2000, di approvazione del nuovo Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali che a sua volta riproduce nella sostanza l'art.7 della legge n.64 del 1986 di riordino dell'intervento nelle aree depresse nel Mezzogiorno. Questa ultima fonte è la norma base, introduttiva di tale istituto, nell'ordinamento nazionale. L'articolo 34 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (commi 1, 2 e 3) disciplina gli accordi di programma, stabilendo che: "*per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento.*

L'accordo può prevedere altresì procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti, mentre, allo scopo di verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco possono convocare una conferenza tra i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate".

I successivi quarto e quinto comma dell'art. 34 del TUEL stabiliscono altresì che: "*l'accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e delle altre amministrazioni interessate, è approvato con atto formale del presidente della Regione o del presidente della provincia o del sindaco ed è pubblicato nel bollettino ufficiale della Regione. L'accordo, qualora adottato con decreto del presidente della regione, produce gli effetti della intesa di cui all'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, determinando le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici e sostituendo le concessioni edilizie, sempre che vi sia l'assenso del comune interessato. In particolare, ove l'accordo comporti variazione degli strumenti*

urbanistici, l'adesione del sindaco allo stesso deve essere ratificata dal consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza".

Il comma 6 dispone invece che: "*per l'approvazione di progetti di opere pubbliche comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti si procede a norma dei precedenti commi. L'approvazione dell'accordo di programma comporta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle medesime opere; tale dichiarazione cessa di avere efficacia se le opere non hanno avuto inizio entro tre anni*".

In ordine alla vigilanza sull'esecuzione dell'accordo di programma ed agli eventuali interventi sostitutivi, il comma 7 dell'art. 34 stabilisce che: "*questi siano svolti da un organo presieduto dal presidente della regione o dal presidente della provincia o dal sindaco e composto da rappresentanti degli enti locali interessati, nonché dal commissario del Governo nella regione o dal prefetto nella provincia interessata se all'accordo partecipano amministrazioni statali o enti pubblici nazionali*". Il successivo comma 8 prevede infine che: "*allorché l'intervento o il programma di intervento comporti il concorso di due o più regioni finitime, la conclusione dell'accordo di programma è promossa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a cui spetta convocare la conferenza di cui al comma 3. Il organo di vigilanza di cui al comma 7 è in tal caso presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed è composto dai rappresentanti di tutte le regioni che hanno partecipato all'accordo. La Presidenza del Consiglio dei Ministri esercita le funzioni attribuite dal comma 7 al commissario del Governo ed al prefetto*".

2. Gli accordi quadro: le intese istituzionali

Anche gli istituti della cooperazione istituzionale hanno avuto a livello nazionale una fase di elaborazione e progressiva conformazione che ha, nella delibera CIPE n. 29 del 21 marzo 1997, il suo punto di assestamento. In particolare, con quella delibera sono state codificate le tipologie principali che si ritroveranno poi ulteriormente articolate e sviluppate nell'esperienza regionale.

In particolare, per quello che qui rileva, vengono definite le tipologie delle intese istituzionali di programma, dei patti territoriali, dei contratti d'area (per questi ultimi due istituti si rinvia al punto 15 della parte prima relativa alla contrattazione programmata perché prevalentemente attinenti le politiche di sviluppo socio-economico).

L'intesa istituzionale di programma può essere considerata lo strumento base della "macro governance istituzionale" in quanto fornisce il quadro di riferimento, la cornice entro la quale raccordare la programmazione dello Stato e quella delle Regioni, definendone i successivi sviluppi applicativi.

In questo senso con l'intesa sono stabiliti congiuntamente tra il Governo e la giunta di ciascuna regione o provincia autonoma gli obiettivi da conseguire ed settori nei quali è indispensabile l'azione congiunta degli organismi predetti. Essa rappresenta dunque l'ordinaria modalità del rapporto tra Governo nazionale e giunta di ciascuna regione e provincia autonoma, volendosi dichiaratamente favorire, con questo approccio sostanzialmente paritetico, "la prospettiva di una progressiva trasformazione dello Stato in senso federalista".

L'intesa ha una proiezione pluriennale (la collaborazione finalizzata alla realizzazione di un piano pluriennale di interventi di interesse comune) e una integrazione funzionale e territoriale (funzionalmente collegati da realizzarsi nel territorio della singola regione o provincia autonoma e nel quadro della programmazione statale e regionale).

I soggetti partecipanti dell'intesa istituzionale di programma sono esclusivamente il Governo, le giunte delle regioni e delle province autonome.

Anche la procedura è retta dal principio di paritetica collaborazione. Nelle modalità attuative è previsto che la ricognizione degli interventi venga effettuata d'intesa anche al fine del recupero delle risorse comunitarie in settori in cui siano attivabili i fondi strutturali.

Nell'oggetto dell'intesa deve essere specificato, con riferimento ad un arco temporale triennale, il sistema programmatorio, che per la sua attuazione fa perno essenzialmente sui seguenti strumenti:

- i programmi di intervento nei settori di interesse comune;
- gli accordi di programma quadro da stipulare, i quali dovranno coinvolgere nel processo di negoziazione gli organi periferici dello Stato, gli enti locali, gli enti subregionali, gli enti pubblici ed ogni altro soggetto pubblico e privato interessato al processo nonché i criteri, i tempi ed i modi per la sottoscrizione dei singoli accordi di programma quadro;
- le modalità di periodica verifica e di aggiornamento degli obiettivi generali nonché degli strumenti attuativi dell'intesa da parte dei soggetti sottoscrittori che a tal fine costituiscono un apposito comitato istituzionale di gestione prevalentemente composto dai rappresentanti delle amministrazioni interessate secondo le modalità dettate nell'intesa medesima.

Questo schema procedurale nella sostanza è rinvenibile, ulteriormente articolato, soprattutto per il maggiore coinvolgimento degli enti territoriali,nei modelli di programmazione negoziata circolare e pluriennale delle Regioni con una modifica rilevante di ruolo da parte delle stesse, divenendo, il sistema di programmazione anche nei rapporti con le istituzioni nazionali e comunitarie, un sistema istituzionale al cui baricentro va posto il ruolo preminente della Regione.

3. La programmazione negoziata nell'esperienza delle Regioni

Nell'esperienza regionale gli schemi di accordi di programma, di intese istituzionali e di contratti d'area sono stati ampiamente ripresi e autonomamente sviluppati.

Secondo quanto emerso dall'indagine condotta le differenti discipline adottate dalle diverse Regioni possono sostanzialmente ricondursi alle seguenti quattro tipologie principali:

1) l'accordo quadro di sviluppo territoriale
2) il programma integrato di sviluppo locale
3) il contratto di recupero produttivo
4) gli altri modelli di accordo di programma.

4. Accordo quadro di sviluppo territoriale

L'accordo quadro di sviluppo territoriale (AQST) trova una disciplina dettagliata nell'art. 3 della legge regionale Lombardia n. 2 del 2003[1], e un concreto esempio di attuazione nel "Contratto di fiume Seveso". Esso si colloca nel novero degli strumenti di *governance* interistituzionale, e reca ad oggetto:

a) l'individuazione di obiettivi di sviluppo;
b) l'individuazione di settori e ambiti di intervento per i quali è necessaria un'azione congiunta di più soggetti;
c) le attività e gli interventi da realizzare;
d) a ricognizione programmatica delle risorse attivabili;
e) i tempi di attuazione;
f) gli strumenti attuativi;
g) le modalità per il monitoraggio e l'aggiornamento dell'accordo;
h) le modalità di adesione di eventuali soggetti privati.

La finalità che ne giustifica l'adozione è essenzialmente la definizione di un programma condiviso di interventi per l'attuazione delle politiche regionali, mediante:

a) il coordinamento dell'azione pubblica dei diversi livelli istituzionali coinvolti;
b) il raccordo, la razionalizzazione e l'integrazione delle risorse pubbliche;
c) l'impulso agli investimenti pubblici e privati.

In ordine ai soggetti coinvolti, l'accordo viene stipulato dalla Regione con le province e le autonomie locali e funzionali interessate nonché con le aziende sanitarie.

Per quanto concerne i profili procedurali, l'iniziativa spetta alla Regione, e l'istruttoria è compiuta da un comitato di coordinamento che può avvalersi di una segreteria tecnica composta dai rappresentanti tecnici dei soggetti interessati e può

[1] Regione Lombardia, legge regionale n.2 del 14.03.2003 *Programmazione negoziata regionale*, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia n.12 del 18 marzo 2003.

individuare proprie modalità di organizzazione. Il comitato definisce inoltre i contenuti dell'AQST e valuta le proposte di adesione dei privati.

Lo schema di AQST è quindi approvato dagli organi competenti dei soggetti interessati e successivamente sottoscritto da questi ultimi nonché dal presidente della Regione e/o assessore delegato e dagli assessori eventualmente interessati. L'accordo, acquistata in tal modo efficacia, dispiega un vincolo di natura obbligatoria tra le parti.

Per quanto attiene, infine, all'attuazione e alle procedure di controllo e correzione *in itinere*, è previsto che i soggetti attuatori dei singoli interventi debbano assicurare la completa realizzazione degli stessi ma, nel contempo, valutare e monitorare il processo di attuazione e collaborare con il soggetto responsabile dell'AQST nella verifica del rispetto degli impegni; il responsabile dell'AQST verifica inoltre il rispetto degli impegni e propone al comitato di coordinamento le eventuali modifiche; trasmette al Comitato di coordinamento relazioni semestrali sullo stato di attuazione dell'AQST redatte sulla base delle relazioni dei soggetti attuatori. Le modifiche *in itinere* all'AQST sono apportate dal Comitato di coordinamento su proposta del soggetto responsabile ovvero da quest'ultimo qualora non alterino gli obiettivi di sviluppo e l'allocazione complessiva delle risorse; in tal caso, le modificazioni apportate sono successivamente trasmesse al Comitato.

La legge regionale Emilia-Romagna n. 2 del 2004[2], che disciplina le politiche per la montagna, dedica il titolo II alla programmazione negoziata per lo sviluppo della montagna. In particolare, l'art. 4 prevede che le Comunità montane, in forma singola o associata, promuovono una intesa istituzionale di programma volta ad individuare e coordinare, insieme ai Comuni, alla Provincia ed alla Regione, e attraverso il confronto con le parti sociali, le azioni da realizzare per favorire lo sviluppo socio-economico della zona montana. L'intesa – che, quale patto locale per lo sviluppo delle zone montane, costituisce riferimento necessario per gli atti di programmazione degli enti sottoscrittori, per l'allocazione delle risorse settoriali, comunitarie, nazionali, regionali e locali – costituisce un impegno a collaborare per la realizzazione di un insieme di azioni a carattere strategico relative all'ambito territoriale considerato, in una prospettiva temporale pluriennale.

In ordine ai contenuti dell'intesa, questi sono definiti in conformità alle linee di indirizzo elaborate dalla Conferenza per la montagna ed in coerenza agli obiettivi programmatici ed alle politiche di governo del territorio previsti negli strumenti di pianificazione generali e settoriali.

Relativamente ai profili procedurali, l'iniziativa spetta alle Comunità montane, che definiscono i contenuti della proposta di intesa istituzionale promuovendo la concertazione con le parti sociali e la partecipazione dei cittadini e provvedendo alla consultazione delle autorità di bacino, degli enti di gestione delle aree naturali protette,

[2] Regione Emilia-Romagna, legge regionale n.2 del 20.01.2004, *Legge per la montagna*, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Emilia-Romagna n.9 del 20 gennaio 2004.

dei consorzi di bonifica, dei consorzi forestali o loro strutture aggregative e dei gestori di servizi pubblici operanti nel territorio.

L'intesa istituzionale si intende conclusa con l'assenso della maggioranza dei Comuni, che rappresenti la maggioranza sia della popolazione residente, sia della superficie del territorio interessato, e con l'assenso unanime espresso dalle seguenti amministrazioni:

a) Comunità montana o Comunità montane associate per la promozione dell'intesa;
b) Province competenti per l'ambito territoriale;
c) Regione.

L'intesa istituzionale è attuata mediante accordi-quadro, sulla base di proposte elaborate dalla Comunità montana. In particolare, l'accordo quadro definisce le azioni di competenza dei soggetti partecipanti, indicando in particolare:

a) le attività e gli interventi da realizzare, con tempi e modalità di attuazione, ed eventuali termini ridotti per gli adempimenti procedimentali;
b) i soggetti responsabili delle singole attività ed interventi, e gli impegni specifici assunti da ciascun partecipante;
c) gli eventuali accordi di programma, conferenze di servizi o convenzioni, necessari per l'attuazione dell'accordo quadro;
d) le risorse finanziarie occorrenti per la realizzazione dei singoli interventi e la ripartizione dei relativi oneri tra i soggetti partecipanti;
e) gli effetti derivanti dall'inadempimento degli obblighi assunti dai soggetti partecipanti, compresa l'attivazione di interventi sostitutivi da parte della conferenza di programma;
f) i procedimenti di conciliazione o definizione di conflitti tra i soggetti partecipanti;
g) il diritto di recesso dei soggetti partecipanti, e le relative condizioni;
h) le condizioni per l'adesione di eventuali ulteriori partecipanti all'accordo quadro;
i) i contenuti sostanziali dell'accordo quadro non modificabili se non attraverso la rinegoziazione dell'accordo.

Sono previste infine possibili forme di partecipazione – stabilite dalle stesse Comunità montane – atte a garantire la consultazione della società civile nell'ambito della definizione dei contenuti delle proposte di intesa istituzionale e di accordo-quadro, assicurando la compiuta valutazione degli esiti di tale consultazione.

5. Programma integrato di sviluppo locale

Il Programma integrato di sviluppo locale (PISL) trova una specifica disciplina nell'art. 4 della legge regionale Lombardia n. 2 del 2003. Anch'esso è ascrivibile alla

categoria degli strumenti di *governance* interistituzionale, e presenta essenzialmente i caratteri di un partenariato istituzionale concernente l'attuazione di un programma di azioni ed interventi sulla base di obiettivi condivisi di sviluppo.

In ordine all'oggetto, il PISL, sulla base della ricognizione dei fabbisogni relativi alla finalità unitaria prescelta, definisce, in particolare:

a) gli obiettivi di sviluppo e le linee di intervento;
b) l'insieme di azioni, anche intersettoriali, per il conseguimento degli obiettivi di sviluppo individuati;
c) il piano finanziario;
d) i tempi di realizzazione;
e) il soggetto responsabile della gestione del programma;
f) le modalità di gestione, controllo e sorveglianza.

Relativamente ai soggetti coinvolti, l'accordo viene stipulato tra regione, province, comunità montane, comuni o forme associative tra autonomie locali e camere di commercio.

Per quanto concerne i profili procedurali, l'iniziativa spetta a province, comunità montane, comuni o forme associative tra autonomie locali e camere di commercio. In particolare, la proposta di PISL è inviata dal soggetto responsabile al presidente della Giunta e all'assessore competente affinché sia compiuta un'istruttoria tecnica; il PISL può essere inoltre oggetto di integrazioni programmatiche e/o progettuali la cui necessità sia emersa in sede di valutazione.

Lo schema di PISL è quindi approvato dalla giunta e pertanto sottoscritto dal presidente o dall'assessore competente, e produce effetti obbligatori tra le parti.

In ordine, invece, all'attuazione e alle procedure di controllo e correzione *in itinere,* è previsto che il soggetto responsabile del PISL si avvalga della collaborazione dei soggetti attuatori nello svolgimento di una generale attività di monitoraggio; il responsabile assicura inoltre alla direzione generale regionale competente un adeguato flusso informativo mediante la predisposizione di una relazione semestrale e, sulla base del flusso informativo assicurato dal responsabile, il PISL può essere modificato direttamente dalla direzione regionale competente, ove non risultino alterati gli obiettivi di sviluppo e l'allocazione complessiva; in caso contrario, occorre seguire la normale procedura prevista per l'approvazione, ivi compresa l'istruttoria tecnica.

La Regione Veneto ha disciplinato, con la legge regionale n. 23 del 1999[3] – in attuazione e ad integrazione di quanto disposto dall'articolo 16 della legge 17 febbraio 1992, n. 179 – la formazione e l'attuazione dei programmi integrati finalizzati alla riqualificazione urbanistica, edilizia ed ambientale di parti del territorio comunale. In particolare, ai sensi della legge in esame, la riqualificazione si attua attraverso:

[3] Regione Veneto, legge regionale n.23 del 01.06.1999 *Programmi integrati di riqualificazione urbanistica, edilizia ed ambientale in attuazione dell'articolo 16 della legge 17 febbraio 1992 n.179*, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Veneto n.49 del 4 giugno 1999.

a) il riordino degli insediamenti esistenti e il ripristino della qualità ambientale anche attraverso l'ammodernamento delle urbanizzazioni primarie e secondarie e dell'arredo urbano;
b) il riuso di aree dismesse, degradate, inutilizzate, a forte polarizzazione urbana, anche mediante il completamento dell'edificato.

Il programma integrato - che ha valore di piano urbanistico attuativo del piano regolatore generale - è caratterizzato dall'unitarietà della proposta e dalla presenza di:

a) pluralità di funzioni;
b) integrazione di diverse tipologie o modalità di intervento ivi comprese opere di urbanizzazione;
c) possibile concorso di risorse pubbliche e private;
d) dimensione tale da consentire il perseguimento delle citate finalità attuative.

Relativamente ai soggetti coinvolti, il programma integrato è predisposto dal Comune ovvero presentato al Comune da soggetti pubblici o privati singolarmente o riuniti in consorzio o associati tra loro.

Per quanto attiene al contenuto, nel programma devono essere presenti:

a) gli elaborati grafici necessari, nonché, qualora il programma integrato comporti variazioni alla strumentazione urbanistica comunale, le modifiche alle cartografie e alle normative conseguenti;
b) un eventuale atto unilaterale d'obbligo ovvero uno schema di convenzione avente il seguente contenuto minimo:
    1) i rapporti intercorrenti tra i soggetti pubblici o privati e il Comune per l'attuazione degli interventi;
    2) il piano finanziario con la ripartizione degli oneri, distinguendo tra risorse finanziare private ed eventuali risorse finanziarie pubbliche;
    3) le garanzie di carattere finanziario;
    4) i tempi di realizzazione del programma;
    5) la previsione di sanzioni in caso di inadempimento degli obblighi assunti;
c) la documentazione catastale e quella attestante la proprietà o disponibilità delle aree e degli edifici interessati dal programma;
d) la relazione illustrativa che deve precisare in particolare:
    1) la rappresentazione del programma in termini economici sintetici con particolare riguardo ai benefici derivanti ai soggetti pubblici e agli altri soggetti attuatori;
    2) il piano finanziario di attuazione;
    3) l'eventuale variazione al dimensionamento del piano regolatore vigente che il programma integrato comporta.

Qualora il programma integrato venga definito mediante la procedura dell'accordo di programma la proposta di intervento è necessariamente accompagnata da uno schema di accordo di programma.

In ordine ai profili procedurali, l'art. 5 della legge regionale Veneto dispone che il comune, accertata la disponibilità delle aree e degli immobili oggetto del programma

integrato, la correttezza delle previsioni economico-finanziarie e verificata l'ammissibilità dell'intervento con riguardo all'interesse pubblico, adotta ed approva il programma integrato con la procedura dei piani urbanistici attuativi di iniziativa pubblica, qualora gli interventi previsti dal programma siano conformi al piano regolatore generale. Qualora gli interventi previsti dal programma integrato comportino varianti al piano regolatore generale diversi da quelle citati, il programma integrato è trasmesso all'ente competente ad approvare il piano regolatore generale che, entro il termine perentorio di 90 giorni, può avocare il programma integrato ed approvare la variante.

Qualora il programma integrato richieda la partecipazione coordinata di più soggetti pubblici, per la rilevanza dell'intervento o la molteplicità degli interessi coinvolti, il sindaco può promuovere per la sua approvazione la conclusione dell'accordo di programma.

6. Il contratto di recupero produttivo

Il contratto di recupero produttivo (CRP) è previsto dall'articolo 5 della legge regionale Lombardia n. 2 del 2003. È anch'esso uno strumento di *governance* interistituzionale avente ad oggetto la realizzazione di progetti di recupero produttivo di rilevante impatto sociale nell'ambito regionale, in relazione al numero dei lavoratori coinvolti. In particolare, può essere attivato:

a) nelle aree colpite da eventi di dismissione totale o parziale di unità produttive;
b) per la realizzazione di progetti di investimento che generino una pluralità di nuove iniziative imprenditoriali con immediato effetto di riassorbimento occupazionale.

In ordine ai soggetti coinvolti, il contratto di recupero produttivo può essere stipulato tra Regione, amministrazioni comunali e rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Per quanto concerne i profili procedurali, l'iniziativa spetta alle amministrazioni comunali, d'intesa con le rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, mentre la valutazione tecnica del progetto viene svolta da un nucleo di valutazione interdirezionale integrato dall'Agenzia regionale per il lavoro e coordinato dalla direzione generale regionale competente.

Il CRP è approvato con provvedimento della Giunta regionale o dell'assessore competente delegato, e dispiega un vincolo giuridico obbligatorio tra le parti. In particolare, il soggetto responsabile è competente in ordine alla gestione e all'erogazione delle risorse pubbliche e predispone inoltre una relazione semestrale di verifica e monitoraggio; può infine autorizzare correttivi, a meno che comportino modifica o integrazione degli obiettivi di sviluppo originariamente previsti.

7. L'accordo di programma

Anche l'accordo di programma trova una disciplina dettagliata nella legge regionale Lombardia n. 2 del 2003, all'art. 6. È anch'esso uno strumento di *governance* interistituzionale, e reca ad oggetto interventi e programmi di intervento di interesse regionale previsti dal programma regionale di sviluppo e dai suoi aggiornamenti annuali, dagli altri piani e programmi regionali di settore e che richiedono l'azione integrata e coordinata di enti locali o comunque di amministrazioni, soggetti pubblici, società a maggioranza pubblica che gestiscono pubblici servizi.

Le parti che possono stipularlo sono: Regione, enti locali, amministrazioni, soggetti pubblici, società a maggioranza pubblica che gestiscono pubblici servizi.

In ordine ai profili procedurali, l'iniziativa spetta alla Regione o agli enti locali, mentre l'istruttoria è di competenza del Comitato per l'accordo di programma che, presieduto dal presidente della Giunta o dall'assessore delegato competente per materia, è composto da rappresentanti dei soggetti interessati alla conclusione dell'accordo medesimo; al Comitato possono aderire, anche successivamente, altri soggetti pubblici interessati ovvero soggetti privati.

L'ipotesi di accordo di programma è deliberata dalla giunta regionale con il consenso unanime dei soggetti interessati, e presenta efficacia obbligatoria tra le parti.

Il controllo *in itinere* è di competenza di un organo di vigilanza presieduto dal presidente della Giunta o dall'assessore regionale delegato competente per materia, nonché dai rappresentanti degli altri soggetti contraenti; nella sua attività il collegio si avvale di una segreteria tecnica. Il collegio di vigilanza – tra l'altro – esamina e valuta anche le eventuali proposte di modifica all'accordo.

Tra le Regioni che hanno adottato una disciplina legislativa specificamente dedicata all'accordo di programma, si segnala il Molise, che, con la legge regionale n.17 del 1999[4], ha stabilito una dettagliata disciplina del procedimento per l'accordo di programma.

In particolare, la promozione da parte della Regione di accordi di programma appare finalizzata ad assicurare il coordinamento di tutte le attività necessarie all'attuazione di opere, interventi e programmi di intervento di prevalente interesse regionale, e che richiedono l'azione integrata e coordinata di enti locali o comunque di Amministrazioni pubbliche, soggetti pubblici, consorzi e società a partecipazione pubblica che gestiscono pubblici servizi.

Relativamente ai contenuti dell'accordo di programma, questo deve prevedere:

a) il programma di attuazione degli interventi e delle opere, eventualmente articolato in fasi funzionali con l'indicazione dei tempi relativi;

[4] Regione Molise, legge regionale n.17 del 1999 *Disciplina del procedimento per l'accordo di programma*, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Molise n.11 del 16 giugno 1999.

b) la quantificazione del costo complessivo e di quello relativo alle eventuali fasi di esecuzione;

c) il piano finanziario con la ripartizione degli oneri;

d) le modalità di attuazione;

e) gli adempimenti attribuiti ai soggetti interessati, le responsabilità dell'attuazione e le eventuali garanzie;

f) le sanzioni per gli inadempimenti;

g) l'eventuale procedimento arbitrale per la risoluzione delle controversie che dovessero insorgere nell'attuazione dell'accordo e la composizione del collegio arbitrale;

h) gli eventuali accordi da stipularsi con i privati interessati;

i) le modalità di controllo sull'esecuzione dell'accordo che compete al Comitato sull'accordo di programma (su cui *infra*), eventualmente munito di poteri sostitutivi;

In ordine ai profili procedurali, la promozione e dell'accordo di programma spetta al Presidente della Giunta regionale o all'Assessore competente per materia se delegato, anche su richiesta dei soggetti interessati. In particolare, secondo l'art.2, la proposta di accordo di programma deve indicare:

a) le opere, i programmi, gli interventi, l'ambito territoriale e gli obiettivi generali degli stessi;

b) le amministrazioni pubbliche, gli enti, le aziende pubbliche e le società a prevalente partecipazione pubblica dei quali sia prevista l'azione integrata;

c) il termine entro il quale deve essere definito l'accordo di programma.

Per verificare la possibilità di arrivare all'accordo di programma è inoltre previsto che i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate partecipino ad una conferenza di servizi convocata ai sensi dell'art. 27 della legge 8 giugno 1990 n. 142. In caso positivo questi possono formare il Comitato per l'accordo di programma, cui spetta:

a) ricercare le intese sugli obiettivi degli interventi in relazione agli interessi di ciascuno dei partecipanti;

b) definire l'entità delle spese individuando le fonti di finanziamento;

c) sottoscrivere eventuali protocolli preliminari alla definizione dell'accordo di programma;

d) elaborare e coordinare le proposte tecniche e finanziarie necessarie, nonché procedere agli opportuni studi e verifiche;

e) proporre al Presidente della Giunta o all'Assessore competente per materia se delegato, che le dispone con apposito atto, le eventuali consulenze tecnico-specialistiche, indicando le fonti di finanziamento;

f) valutare le istanze dei privati per definire le ipotesi di eventuali accordi a norma dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 da stipularsi dalle singole amministrazioni partecipanti al procedimento per l'accordo di programma, in relazione alle rispettive competenze e di intesa tra le medesime.

L'accordo di programma, acquisito il consenso dei soggetti che abbiano partecipato all'accordo medesimo, è sottoscritto dai rappresentanti dei soggetti stessi ed è approvato con decreto del Presidente della Giunta regionale, per sua delega dell'Assessore competente per materia.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare ISSN 2038-3711

CAPITOLO 3:
MODULI DI PROGRAMMAZIONE E PROCEDURE E FASI DELLA PROGRAMMAZIONE NEGOZIATA

1. Fasi della programmazione negoziata

Con un successivo processo di approssimazione all'interno della tipologia di programmazione negoziata, appare utile ricostruire il processo dinamico tipico della programmazione negoziata prendendo a modello gli schemi degli accordi di programma delle Regioni prese in considerazione al punto 7. Tale schema di procedimento, per la portata applicativa degli accordi di programma, può essere considerato come l'archetipo di riferimento anche per gli altri strumenti.

La ricostruzione è integrata con ipotesi di dettaglio che appaiono astrattamente suscettibili di integrazione dei modelli legislativi.

Le fasi riconducibili a quelle tipiche della teoria del procedimento presentano una sequenza articolata in:

a) iniziativa;
b) istruttoria;
c) conclusione;
d) integrazione dell'efficacia.

2. Iniziativa

L'iniziativa spetta di norma ad enti rappresentativi di collettività locali. Essa può essere perciò assunta dalla Regione, oppure dagli altri Enti locali (Province e Comuni) a seconda che la competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento spetti all'una o agli altri. Nell'ipotesi di iniziativa regionale di regola è il Presidente della Regione che, di concerto con l'assessore competente, promuove una proposta di deliberazione da sottoporre alla Giunta regionale. La proposta deve: indicare le opere, i programmi, gli interventi, gli obiettivi generali degli stessi e l'ambito territoriale; individuare i soggetti la cui azione si intende coordinare; fissare il termine entro il quale deve essere definito l'accordo di programma.

L'iniziativa regionale può, del resto, attivarsi anche su richiesta di uno o più soggetti interessati, quasi sempre pubblici o a base associativa. Se la formalizzazione dell'iniziativa è atto imputabile solo ai suddetti enti rappresentativi, la fase informale di predisposizione viene avviata a cura degli uffici delle Regione. È possibile ipotizzare

che ciò avvenga, in via ordinaria, per impulso di istanze esterne e/o di uffici compenti alla predisposizione e/o alla realizzazione degli atti programmatici delle politiche settoriali della Regione, ferma la imputazione alla competenza regionale per la sua formalizzazione.

Il centro di elaborazione e di negoziazione preliminare dell'atto di iniziativa è comunque da individuare negli uffici di *staff* della programmazione regionale e di *line* delle differenti *policies* settoriali.

Qualora l'iniziativa spetti ad altro ente territoriale in ragione della prevalente competenza sulla materia – qui si fa riferimento normalmente all'art. 34 del D.Lgs. n.267 del 2000 – la relativa proposta sottoscritta dal sindaco, dal presidente della comunità montana, dal sindaco metropolitano o dal presidente della provincia, deve pervenire al presidente della Giunta regionale indicando: le opere, i programmi, gli interventi, gli obiettivi generali degli stessi e l'ambito territoriale; i soggetti dei quali sia prevista l'azione integrata; il termine entro il quale deve essere definito l'accordo di programma.

L'atto di iniziativa, dovendo contenere la definizione dell'oggetto di intervento, prefigura necessariamente lo schema dell'accordo di programma che dovrà essere realizzato. Questo schema, pertanto, prima di essere formalizzato nella proposta di accordo di programma, deve essere adeguatamente negoziato con le parti interessate.

In questa sede di esame delle proposte, preliminare alla formalizzazione dell'iniziativa, si svolge pertanto una importante attività di informazione e di negoziazione che appare necessaria a fare emergere gli elementi essenziali anche del controllo sulla modalità di realizzazione, sui risultati e sull'impatto delle attività programmate. Al termine di questa fase preliminare, in cui si delinea lo schema generale dell'accordo e delle modalità di sua attuazione, è possibile passare all'approvazione della proposta dell'atto formale di iniziativa da parte della Giunta regionale, e alla successiva trasmissione al Consiglio. La proposta è spesso pubblicata sul Bollettino ufficiale della Regione a fini notiziari. È importante sottolineare questo passaggio che ha lo scopo di rendere trasparente, anche a livello di opinione pubblica, l'azione programmatoria degli enti Regione configurandosi in questo modo, in termini di modelli di governance, una buona pratica da evidenziare sia per le funzioni di controllo che essa implica, sia per la soluzione preventiva di potenziali conflitti di interessi che per effetto della pubblicazione diviene possibile decantare.

Con la pubblicazione si formalizza l'atto di iniziativa e si passa ad una fase preliminare dell'istruttoria nella quale è consentito a qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici, privati o associativi, di presentare osservazioni o proposte.

3. Istruttoria

A seguito all'approvazione da parte dell'organo politico (assessore, sindaco…) competente dell'atto di iniziativa, viene adottato l'atto col quale si entra nella fase formale di elaborazione dell'istruttoria, costituito dalla istituzione e successiva convocazione di un organismo collegiale (un comitato o gruppo di lavoro ad hoc) per la definizione dell'accordo di programma. L'organismo è normalmente presieduto dall'organo politico di governo che può essere il presidente della giunta regionale o l'assessore competente o anche un sindaco o presidente di comunità montana (se delegati). Il comitato (gruppo di lavoro, cabina di regia…) è normalmente partecipato da rappresentanti delle amministrazioni, degli enti e dei soggetti istituzionali o rappresentativi di categorie a diverso titolo interessati alla conclusione dell'accordo medesimo.

Il novero dei soggetti ammessi a prender parte all'accordo può ampliarsi e conseguentemente l'organismo istruttorio assumere una struttura a geometria variabile e suddividersi anche nella prassi in specifici gruppi di lavoro.

Di particolare rilievo è il caso in cui soggetti privati presentino istanza di adesione all'accordo, corredata da una proposta che indica gli impegni da essa derivanti. Si tratta di un'ipotesi di particolare interesse soprattutto per quegli accordi di programma realizzati per lo svolgimento di attività non interamente finanziate dalla Regione o con strumenti finanziari pubblici, per le quali si rende necessario un contestuale reperimento delle risorse. La richiesta di adesione dei privati è sottoposta normalmente al vaglio di un'apposita segreteria tecnica di provenienza istituzionale che può accoglierla esigendo, se necessario, idonee garanzie anche fideiussore.

Per l'accordo di programma la fase istruttoria gravita per intero intorno all'organismo politico di indirizzo il quale ha il compito di mettere a punto la proposta dell'intervento integrato e quindi di organizzare l'integrazione progettuale di massima degli interventi oggetto dell'accordo. In questo senso, nel lavoro del comitato si mira a:

- favorire il raggiungimento delle intese sugli obiettivi degli interventi, tenuto conto degli interessi di ciascuno dei partecipanti;
- definire l'entità delle spese e delle fonti di finanziamento;
- sottoscrivere eventuali protocolli preliminari per la definizione dell'accordo di programma.

In questa fase, al fine di supportare l'attività istruttoria del comitato si prevede generalmente a costituire una segreteria tecnica composta prevalentemente da funzionari degli enti territoriali, anche assistiti da collaboratori esterni, con il compito di elaborare e coordinare le proposte tecniche e finanziarie e di procedere agli opportuni studi preliminari e verifiche. La nomina della segreteria, chiamata ad assistere l'organismo collegiale di indirizzo e coordinamento in relazione a tutti i profili tecnici

dell'intesa, rappresenta, secondo un ordine logico, un passaggio essenziale per definire il piano di massima degli interventi.

Compiti prioritari della segreteria sono infatti quelli di proporre eventuali studi preliminari indicando le fonti di finanziamento e valutare le istanze di adesione dei privati all'accordo di programma.

Tale ultima valutazione di competenza dell'organo politico amministrativo di indirizzo viene resa generalmente sulla base dei rilievi formulati della segreteria tecnica.

Al termine del procedimento di istruttoria l'accordo di programma presenta normalmente i seguenti contenuti: il programma di attuazione degli interventi e delle opere, eventualmente articolato in fasi funzionali con l'indicazione dei tempi relativi; la quantificazione del costo complessivo e di quello relativo alle eventuali fasi di esecuzione; il piano finanziario con la ripartizione degli oneri; le modalità di attuazione; gli adempimenti attribuiti ai soggetti interessati, le responsabilità per l'attuazione e le eventuali garanzie; le sanzioni per gli inadempimenti; l'istituzione di un collegio di vigilanza e controllo, nonché le modalità di controllo sull'esecuzione dell'accordo; l'eventuale procedimento arbitrale per la risoluzione delle controversie che dovessero insorgere nell'attuazione dell'accordo e la composizione del collegio arbitrale.

4. La conclusione dell'accordo

Questa fase è particolarmente incentrata sulla definizione delle prestazioni che le parti dell'accordo di programma si impegnano ad erogare.

Per quello che specificamente concerne gli enti territoriali si può immaginare una tripartizione strutturata nel modo che segue: attività istituzionali obbligatorie, ovvero attività che gli enti territoriali debbono svolgere in quanto prescritte da specifiche disposizioni di legge; attività istituzionali facoltative, ovvero attività che pur rientrando tra le competenze istituzionali degli enti strumentali, ai sensi delle rispettive leggi istitutive, possono essere richieste o meno sulla base di una scelta discrezionale delle amministrazioni; attività aggiuntive, ovvero attività non necessariamente rientranti fra quelle elencate dalle leggi attributive di funzioni, che non hanno carattere amministrativo proprio (accertamenti, certificazioni, nulla osta, autorizzazioni) e che possono essere erogate anche da altri soggetti pubblici o privati. In questo caso si rinvia al punto relativo alla strumentazione di attuazione dei programmi degli enti territoriali (convenzioni, fondazioni, società di capitali) e alle modalità di monitoraggio e di controllo.

È peraltro necessario, nell'ottica di studio che qui si assume in relazione ai sistemi di governance, che l'accordo sia strettamente raccordato con i documenti di programmazione regionale e contenga un esplicito ancoraggio agli atti di programmazione pluriennale regionale nonché al DPEFR. L'accordo deve inoltre

riferirsi agli strumenti di programmazione degli enti territoriali previsti nelle leggi e nei loro statuti allo scopo di raccordare l'accordo di programma nella programmazione strategica della Regione includendovi espressamente quella degli altri enti territoriali. L'accordo, lungi dal sostituirsi alla programmazione regionale, intende rafforzare il collegamento tra la programmazione strategica regionale e locale ponendosi dunque quale strumento di coordinamento progettuale, organizzativo e finanziario tra diversi piani di programmazione e differenti competenze istituzionali.

Il vincolo giuridico che emana dall'accordo per le singole parti contraenti rappresenta un modulo di traduzione dello schema procedimentale unilaterale, dell'esercizio delle singole competenze e dell'attivazione della spesa, in una relazione plurilaterale di svolgimento delle attività secondo modalità sinallagmatiche obbligatorie. Posto su questa base, l'accordo costituisce un fondamento giuridicamente vincolante, il cui contenuto è trasferibile, mantenendone integri gli effetti nei singoli documenti programmatici della Regione e degli enti partecipanti all'accordo ed in particolare degli enti territoriali che lo recepiscono, rafforzandone anzi l'efficacia. Ed in effetti l'assunzione in documenti formali della regione dei contenuti dell'accordo comporta anche una riduzione dei margini di indeterminatezza ed un vincolo interno all'azione dell'amministrazione regionale e degli enti territoriali che vi aderiscono. Al contempo l'accordo di programma costituisce, per l'eventuale impatto territoriale implicato, uno strumento di raccordo con la pianificazione regionale e locale, prefigurando, al contempo, le modificazioni eventualmente necessarie da apportare agli strumenti urbanistici per la sua attuazione.

La conclusione dell'accordo comporta una migliore puntualizzazione delle modalità e della tempistica delle erogazioni delle prestazioni, in particolare, ove si tratti di atti intermedi di procedure complesse di competenza delle singole amministrazioni (come nel caso dello sportello unico per le attività produttive). In questo caso può immaginarsi il ricorso a convenzioni o protocolli aggiuntivi che definiscano i dettagli operativi anche limitatamente ai diversi enti territoriali o altri enti pubblici coinvolti.

Nella delibera di approvazione dell'accordo da parte dell'organo collegiale competente della Regione (Comune, Provincia o Comunità Montana), in sede conclusiva, si prevede la costituzione di una struttura di raccordo tra le amministrazioni interessate alla conclusione dell'accordo come la conferenza dei rappresentanti (art. 34, D.Lgs. n. 267 del 2000) premendosi altresì un collegio di vigilanza. La composizione di tali organismi è ovviamente proporzionale al ruolo che i soggetti istituzionali assumono nella gestione dell'accordo.

È inoltre da prevedere che, in esecuzione dell'accordo, gli enti partecipanti (enti strumentali, enti funzionali o territoriali) se incaricati del coordinamento operativo, si impegnino a costituire al proprio interno strutture specifiche di missione la cui azione diretta o mediata si svolga sulla base di indicatori e parametri di efficienza, efficacia ed economicità anche per quanto attiene le prestazioni erogate (a favore o tramite i soggetti contraenti).

Le modalità e i contenuti delle attività degli enti incaricati del coordinamento operativo, definiti sulla base delle indicazioni contenute nell'accordo di programma, possono assumere un livello di disaggregazione e di dettaglio tale da rendere necessaria la configurazione di un soggetto con funzione di coordinatore globale degli interventi di attuazione, riconducendoli all'interno dei bilanci pluriennali e annuali degli enti strumentali.

5. Integrazione dell'efficacia dell'accordo

L'ipotesi di accordo di programma, caratterizzata dai contenuti suddetti in alcuni casi può essere sottoposta al vaglio consultivo di un parere non vincolante di un organismo rappresentativo istituzionale dalla commissione consiliare competente al consiglio comunale alla Conferenza delle autonomie nelle regioni ove è istituita. Nella Regione Lombardia, ad esempio, l'approvazione dell'accordo costituisce oggetto di apposita deliberazione della Giunta regionale dopo che sullo stesso sia stato acquisito il consenso unanime degli altri soggetti partecipanti.

In via generale, si può affermare che l'accordo è preliminarmente sottoscritto dai rappresentanti dei soggetti medesimi ed infine emanato con atto amministrativo unilaterale (dal decreto del Presidente della Giunta regionale, alla deliberazione del sindaco).

Chiude l'iter formale la pubblicazione dell'atto di approvazione la quale può comportare, sul piano degli effetti, che esso ha valore di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere previste e determina le eventuali conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici. A seguito dell'approvazione dell'accordo di programma, si intendono acquisiti tutti i pareri, gli assensi, le intese, i nulla osta, le autorizzazioni e le concessioni che le amministrazioni contraenti sono chiamate eventualmente a rendere.

È da richiamare inoltre l'attenzione sui profili urbanistici. Se l'accordo di programma comporta modificazioni dei piani territoriali regionali, si attiva in genere la competenza del Consiglio regionale, così come se l'accordo di programma comporta varianti agli strumenti urbanistici, il progetto di variante deve essere sottoposto anche al Consiglio comunale.

6. Attuazione dell'accordo

In un contesto funzionale di attuazione, con monitoraggio in itinere del programma e dei progetti e con la possibilità di correttivi ed aggiustamenti in corso d'opera, una posizione di assoluta centralità ricopre – all'interno della struttura

dell'accordo – la costituzione di un organo collegiale di vigilanza incaricato di verificarne, attraverso diversi strumenti e competenze, l'effettiva integrale attuazione.

Si tratta di uno snodo essenziale per rafforzare il controllo istituzionale sull'attuazione effettiva, da parte anche degli enti coinvolti, degli obiettivi determinati nel contesto della programmazione negoziata.

Lo strumento del collegio di vigilanza assicura un canale informativo, ulteriore e complementare a quello interno verticale gerarchico, che permette di valutare, agli organi di vertice competenti, le criticità, l'impatto, nonché il grado di soddisfazione anche dal punto di vista dei destinatari. Informazioni e valutazioni che possono tornare proficue in sede di revisione e di aggiustamento degli strumenti di programmazione.

Dal punto di vista organizzativo funzionale, la composizione del collegio deve essere tale da consentire una ampia ricognizione degli interessi pubblici e sociali coinvolti in sede di riscontro degli interventi in corso di realizzazione.

Nella Regione Lombardia (art. 6, comma 9, legge regionale n. 2 del 2003) si fa ricorso ad un Collegio presieduto dal Presidente della Giunta o dall'assessore regionale competente, e vi partecipano i rappresentanti degli altri soggetti contraenti (sindaci o assessori delegati, presidenti delle province o assessori delegati, presidenti delle Comunità Montane, direttori generali delle ASL o dirigenti delegati).

La composizione istituzionale rafforza la possibilità di intervento ad ampio spettro del comitato. Va peraltro tenuto presente che il comitato, per il suo funzionamento, abbisogna di un forte supporto da parte di un ufficio di segreteria tecnica. Ed in effetti l'attivazione della funzione di vigilanza da parte del comitato appare il punto di arrivo di una sottesa attività di ricognizione istruita dagli uffici competenti e che si dovrebbe concretizzare nell'attività di supporto della segreteria tecnica. Il Collegio, infatti, può essere assistito da una segreteria tecnica che funge, in tale ipotesi, da nucleo di monitoraggio incaricato di raccogliere, con diverse modalità di accertamento (anche attraverso periodici sopralluoghi), tutti i dati relativi a tempi, procedure e costi rilevanti in ordine all'esercizio dei poteri del Collegio stesso.

I poteri del collegio di vigilanza sono potenzialmente molteplici e possono essere diversamente inquadrati, in linea di principio, a seconda che includano o meno una potestà sanzionatoria. Nel primo caso, rispondono alla logica della verifica *ex post* ed assumono una valenza di tipo collaborativo. Nel secondo caso, appaiono piuttosto finalizzati a sanzionare eventuali inadempimenti. In particolare, i predetti poteri sono potenzialmente configurabili nel modo che segue:

- obbligo di relazionare periodicamente (a cadenza annuale o semestrale) agli enti partecipanti lo stato di attuazione dell'accordo;
- individuazione degli ostacoli di fatto e di diritto che si frappongono all'attuazione dell'accordo e proposta delle soluzioni idonee alla loro rimozione;
- convocazione dei soggetti sottoscrittori al fine di raccoglierne il parere in merito all'attuazione dell'accordo di programma;

- vigilanza sulla corretta applicazione dell'accordo di programma;
- richiesta di documenti e di informazioni alle amministrazioni partecipanti, convocazione dei funzionari e dei rappresentanti, disposizione di ispezioni;
- rilevazione di eventuali inadempienze o ritardi che dovessero verificarsi nell'attuazione dell'accordo di programma.

In tale ipotesi può immaginarsi una procedura di tipo sostitutivo in forza della quale il Comitato diffida il soggetto inadempiente a provvedere entro un termine perentorio (ad esempio non superiore a trenta giorni). Decorso inutilmente il termine, il Presidente della Giunta regionale nomina un commissario per il compimento delle attività per le quali si è verificata l'inerzia o il ritardo; applicazione delle eventuali sanzioni previste dall'accordo di programma e dalle convenzioni allegate; risoluzione in via bonaria delle controversie che dovessero sorgere in ordine all'interpretazione e/o all'attuazione dell'accordo di programma; ovviamente ogni controversia sull'esecuzione dell'accordo non definita bonariamente dal comitato sarà devoluta all'organo competente previsto dalla vigente normativa; esame e valutazione delle proposte di eventuali modifiche all'accordo.

Si può inoltre prevedere che, ai fini dell'esercizio delle predette competenze, l'organo di vigilanza possa acquisire documenti ed effettuare sopralluoghi ed accertamenti presso i soggetti stipulanti. Esso inoltre, all'atto del proprio insediamento, definisce l'organizzazione, le modalità, i tempi e i mezzi necessari per la propria operatività, nonché la ripartizione tra i soggetti contraenti delle spese derivanti dal proprio funzionamento.

7. Il responsabile amministrativo della attuazione dell'accordo

Sulla base delle esperienze di programmazione negoziata anche in altri ordinamenti settoriali e regionali, è possibile ipotizzare, ad integrazione della legislazione regionale, anche per atto regolamentare di competenza degli enti territoriali, l'introduzione della figura del responsabile dell'attuazione dell'accordo, il quale, in ipotesi, può essere chiamato a svolgere le seguenti funzioni: dirige la segreteria tecnica e svolge mansioni di segretario dell'organo di vigilanza; segnala all'organo di controllo eventuali difficoltà, ritardi, inerzie o inadempimenti; fornisce ogni informazione sullo stato di attuazione dell'accordo di programma ed è preposto alla struttura tecnica preposta al monitoraggio degli accordi.

L'importanza della figura del responsabile dell'attuazione dell'accordo va colta all'interno del quadro delle responsabilità amministrative circa l'attuazione degli interventi ivi previsti. Il responsabile controlla lo svolgimento di compiti esecutivi materiali che si pongono giuridicamente fuori dalla struttura organizzativa dell'accordo anche se discendono dallo stesso. Controlla pertanto il rispetto delle obbligazioni nascenti dall'accordo in capo alle parti stipulanti e ai loro eventuali aventi causa. In

questo senso, il responsabile dell'attuazione dell'accordo è una figura rientrante nello schema del controllo cosiddetto di merito. A lui non compete la responsabilità diretta dell'esecuzione delle opere e degli interventi, che può (deve) essere imputata a soggetti diversi quali, ad esempio, stazioni appaltanti, consorzi di realizzazione e/o enti (anche strumentali) di realizzazione in house degli interventi.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

PARTE SECONDA
ALCUNE ESPERIENZE DI COOPERAZIONE ISTITUZIONALE PER LO SVILUPPO

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

INTRODUZIONE ALLA PARTE SECONDA

1. Profili procedurali della governance territoriale: l'*action zone*

La legislazione regionale sulla programmazione negoziata della Regione Lombardia è stata recentemente integrata dal regolamento regionale Lombardia 12 agosto 2003, n. 18, intervenuto a disciplinare dettagliatamente tre dei quattro strumenti originariamente previsti: l'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale, il Programma Integrato di Sviluppo Locale, ed il Contratto di Recupero Produttivo.

L'assetto prefigurato sembra, da un lato, confermare l'attitudine della programmazione negoziata a realizzare una maggiore integrazione degli enti territoriali nella programmazione regionale registrando una forte attrazione degli istituti contrattuali oggetto del regolamento verso il territorio, così riconnettendosi al modello teorico dell'*action zone,* intesa alla stregua di modulo operativo degli stessi strumenti della programmazione negoziata. Questa accentuazione della prospettiva territoriale emerge fin dall'individuazione delle modalità attraverso le quali l'AQST, il PISL ed il CRP debbono essere predisposti ed attuati: da un lato si fa, infatti, pieno riferimento al concetto di governance, quale attività di partecipazione e negoziazione finalizzata a condividere le scelte regionali di governo e a coinvolgere nel processo decisionale gli attori pubblici (in ipotesi anche gli enti strumentali ma in particolare quelli territoriali) e privati nei processi decisionali (art. 2, comma 1, lett. a), regolamento regionale 18/2003). Su questo punto si ribadisce, che l'attuazione delle politiche regionali richiede l'attivazione degli strumenti della programmazione negoziata solo laddove gli interventi previsti coinvolgano competenze e/o risorse esterne alla regione stessa.

La forte attrazione verso il territorio è testimoniata (art. 2, comma 1, lett. b), c), d), e), regolamento regionale 18/2003) dal richiamo ai seguenti principi, anch'essi configurati alla stregua di linee guida nell'elaborazione e nell'attuazione dell'AQST, del PISL e del CRP:

- *sussidiarietà*, quale elemento di responsabilizzazione atto a garantire condizioni di maggiore efficacia ad azioni di sviluppo connotate da forte specificità territoriale, mediante il coinvolgimento operativo dei soggetti in grado di esprimere la più ampia conoscenza del territorio, delle sue risorse e del suo fabbisogno;
- *partenariato locale*, quale modalità con cui i soggetti pubblici e privati locali definiscono e condividono obiettivi, strategie e programmi di intervento, finalizzati a promuovere lo sviluppo di aree determinate del territorio regionale che presentano caratteri di omogeneità in particolare dal punto di vista economico e sociale;

- *integrazione e concertazione*, quale modalità di definizione dell'insieme degli interventi secondo criteri di coerenza e integrazione funzionale, assicurando convergenza di risorse ed azioni verso un comune obiettivo di sviluppo del territorio;
- *territorializzazione della programmazione regionale*, quale progressiva individuazione di ambiti territoriali idonei a concentrare ed integrare le politiche regionali, tenendo conto delle vocazioni territoriali e degli impatti economici, sociali e ambientali.

Le considerazioni generali sviluppate nel paragrafo precedente consentono ora una più meditata analisi degli strumenti di programmazione negoziata disciplinati dal regolamento regionale in esame. Per quanto attiene anzitutto all'AQST, sembra confermata l'ipotesi già in precedenza formulata (v. *supra* par. 10.4) secondo la quale, pur presentando rispetto all'accordo di programma una potenziale maggiore attrazione verso il territorio, rimane comunque uno strumento di attuazione delle politiche regionali "a largo spettro". Si vuol significare, in altri termini, che l'AQST, alla luce della molteplicità ed indeterminatezza degli oggetti possibili, è suscettibile di utilizzazione in relazione all'intera gamma delle attività esogene contemplate nella programmazione regionale. La proposta relativa all'adozione di tale strumento, infatti, ha per oggetto un programma di attività di interesse comune concernente un ambito tematico correlato ad un settore della programmazione regionale, ovvero un ambito territoriale omogeneo (art. 3, comma 2, regolamento regionale18/2003). D'altra parte i contenuti dell'AQST sono particolarmente ampi e concernono in particolare (art. 5, comma 1, regolamento regionale 18/2003):

- l'individuazione degli obiettivi di sviluppo coerenti con le indicazioni della programmazione regionale che, per complessità, necessitano di un approccio integrato su area vasta;
- l'individuazione dei settori tematici e/o territoriali di intervento che richiedono un'azione congiunta di più soggetti;
- la definizione degli interventi da attuare;
- l'indicazione del soggetto responsabile dell'AQST;
- la ricognizione delle risorse attivabili;
- la definizione dei tempi di attuazione;
- la previsione di eventuali strumenti attuativi;
- la definizione delle modalità del monitoraggio e dell'aggiornamento dell'AQST;
- la disciplina delle modalità di adesione dei privati.

Dal punto di vista procedurale, l'AQST presenta alcune similarità, ma anche qualche distinzione significativa, con il procedimento che si è configurato per l'accordo di programma. Il che sembra significare che, per quanto esista - come detto - una certa misura di interscambiabilità tra i due strumenti, una completa sovrapposizione non sia ipotizzabile in considerazione del maggior orientamento dell'AQST a coprire l'area

delle attività esogene oggetto della programmazione regionale in cui prevale il ruolo della regione per competenze/risorse implicate (v. *supra* par. 5).

Tutto questo sembra confermato dal fatto che l'iniziativa in ordine all'adozione dell'AQST è essenzialmente regionale (art. 4, regolamento regionale 18/2003): è infatti la Giunta regionale ad approvare il provvedimento di promozione di AQST, anche se in esito ad un'attività di negoziazione che coinvolge le province e le autonomie locali e funzionali interessate, nonché le aziende sanitarie.

La fase dell'istruttoria gravita, come per gli accordi di programma (v. *supra* par.7) attorno ad un Comitato di coordinamento che può avvalersi di una segreteria tecnica composta dai rappresentanti tecnici dei soggetti interessati e può individuare proprie modalità di organizzazione (art. 7, comma 1, regolamento regionale 18/2003). Le competenze del Comitato sono molteplici (art. 7, comma 2, regolamento regionale 18/2003) e possono essere schematizzate a seconda che esse concernano la fase di predisposizione (in tal senso l'organo in questione definisce i contenuti dell'AQST e valuta le proposte di adesione dei privati) ovvero, a regime, quella dell'attuazione (sotto questo profilo il Comitato approva le eventuali modificazioni e/o integrazioni dell'AQST e riceve le relazioni semestrali relative alla sua attuazione).

Lo schema di AQST è approvato dagli organi competenti dei soggetti interessati e successivamente sottoscritto da questi ultimi, nonché dal Presidente della Regione e/o Assessore delegato e dagli Assessori eventualmente interessati (art. 6, commi 1 e 2, regolamento regionale 18/2003). Ne discende un vincolo giuridico di natura obbligatoria, tant'è che la mancata attuazione, verifica e monitoraggio degli interventi per fatto imputabile al soggetto attuatore costituisce fattispecie di inadempimento (art. 11, comma 1, regolamento regionale 18/2003).

Di assoluta centralità appare poi il soggetto responsabile (art. 8, regolamento regionale 18/2003), la cui figura era già stata ipotizzata con riguardo all'accordo di programma (v. *supra* par. 7). In relazione all'AQST, anzi, non sembra infondato sostenere che il soggetto responsabile ricopre un rilievo maggiore poiché egli è, in assenza di un organo di vigilanza (invece configurato per gli accordi di programma, v. *supra* par.6), lo snodo essenziale delle attività di monitoraggio e l'ingranaggio principale che consente al Comitato di coordinamento di apportare all'AQST, in una logica autocorrettiva, ogni modifica suggerita dall'emersione di criticità nella fase attuativa. In particolare, i soggetti attuatori dei singoli interventi debbono assicurare la completa realizzazione dell'intervento, ma al tempo stesso organizzare, valutare e monitorare il processo di attuazione e collaborare con il soggetto responsabile dell'AQST nella verifica del rispetto degli impegni (art. 9 e art. 10, comma 1, reg.18/2003). A propria volta il responsabile (art. 9, reg. 18/2003) deve governare il processo complessivo di realizzazione degli interventi, verificare il rispetto degli impegni da parte dei sottoscrittori, proporre al Comitato di coordinamento le eventuali modifiche (ovvero autorizzare egli stesso, solo successivamente comunicandole al Comitato, quelle modificazioni che non alterino gli obiettivi di sviluppo e l'allocazione

complessiva delle risorse), trasmettere al Comitato di coordinamento relazioni semestrali sullo stato di attuazione dell'AQST redatte sulla base delle relazioni dei soggetti attuatori (competenza, quest'ultima, emblematicamente spettante, nel caso degli accordi di programma, all'organo di vigilanza).

2. Il contratto di recupero produttivo

Anche il CRP presenta un forte nesso col territorio. Tale strumento, infatti, comprende i progetti di investimento che interessano eventi di dismissione estesi a più unità produttive appartenenti al medesimo settore ed operanti nella stessa area territoriale omogenea, ovvero riguardanti un'unità locale in relazione al numero dei lavoratori coinvolti rapportato al settore e/o territorio in cui opera l'unità locale interessata (art. 24, regolamento regionale 18/2003). Tutto questo si traduce, sulla base di considerazioni non molto dissimili rispetto a quelle svolte per il PISL, in una serie di caratteristiche procedurali che possono essere schematicamente riassunte nel modo che segue. Anzitutto, benché sia fatta salva la possibilità per la regione di promuovere un CRP d'intesa con le amministrazioni comunali nel cui territorio è dislocata l'azienda oggetto di dismissione e con le rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, l'iniziativa è, in linea di principio (secondo quanto sembra potersi dedurre dall'art. 25, regolamento regionale 18/2003), soprattutto comunale. In tal caso vi è la trasmissione al Presidente della Regione di una comunicazione contenente la dichiarazione di dismissione, gli elementi atti a dimostrarne la rilevanza sociale, nonché l'individuazione, fra i soggetti pubblici interessati, del soggetto responsabile. Accertata la sussistenza dei necessari presupposti, il Presidente della Regione, sulla base di una deliberazione della Giunta e di concerto con l'Assessore competente per materia, attiva il CRP, indicando l'Assessore competente a perfezionare il CRP e il soggetto responsabile. Viene altresì nominato un Comitato di coordinamento che ha il compito di perfezionare la proposta di CRP.

Quest'ultima deve contenere (art. 26, regolamento regionale 18/2003):

- l'identificazione dell'ambito territoriale di intervento;
- gli obiettivi, anche occupazionali, dell'intervento;
- la definizione degli impegni operativi e finanziari dei soggetti attuatori;
- il soggetto responsabile della gestione del CRP.

Essa poi deve essere corredata dagli accordi partenariali, dagli atti relativi alla dismissione, dallo studio di fattibilità, dagli elaborati progettuali, dalla documentazione attestante la disponibilità delle aree interessate ovvero la puntuale individuazione delle modalità e dei tempi per l'acquisizione.

La fase istruttoria si svolge principalmente attraverso una valutazione tecnica, svolta da un Nucleo di valutazione interdirezionale integrato dall'Agenzia regionale per il lavoro e coordinato dalla Direzione generale regionale competente, e finalizzata ad

accertare la sussistenza dei requisiti di ammissibilità nonché di alcuni criteri di fondo (art. 27, regolamento regionale 18/2003). Requisiti di ammissibilità sono la situazione accertata di dismissione, il rilevante impatto sociale, l'attivazione del processo partenariale; criteri di valutazione sono la coerenza con la programmazione regionale, la fattibilità economico-finanziaria, la coerenza degli obiettivi occupazionali con le esigenze locali, la disponibilità delle aree interessate, la definizione della quota di risorse, anche private, destinate al cofinanziamento.

Il CRP è poi approvato con provvedimento della Giunta regionale e, di seguito alla sua sottoscrizione, adottato con provvedimento del Presidente della Giunta o dell'Assessore competente delegato. Insorge anche qui un vincolo giuridico obbligatorio tra le parti, tanto che la mancata attuazione, verifica, monitoraggio degli interventi per fatto imputabile al soggetto responsabile del CRP e/o al soggetto attuatore costituisce fattispecie di inadempimento (art. 34, regolamento regionale 18/2003).

Di particolare rilievo è, ancora una volta, la figura del soggetto responsabile il quale, se per un verso coordina la predisposizione del progetto di CRP, è competente, a regime, in ordine alla gestione ed erogazione delle risorse pubbliche oltre che al monitoraggio ed alla valutazione dell'intera fase realizzativa (art. 29, regolamento regionale 18/2003). In particolare, avvalendosi della collaborazione dei soggetti attuatori (art. 30, regolamento regionale 18/2003), egli predispone ogni semestre una relazione analitico-descrittiva di verifica e monitoraggio che può suggerire l'opportunità di rimodulazioni del CRP: queste possono essere autorizzate direttamente dal soggetto responsabile, a meno che comportino modifica o integrazione degli obiettivi di sviluppo originariamente previsti (art. 33, regolamento regionale 18/2003). La Direzione Generale regionale competente assicura la vigilanza sull'attuazione, facendo eventualmente valere la responsabilità del soggetto responsabile o dei soggetti attuatori attraverso le procedure di cui all'art. 34 del regolamento.

Infine sulla base della considerazione che il CRP, come il PISL, sia maggiormente idoneo a coprire l'area degli interventi di carattere esogeno che chiamano in causa competenze e risorse diverse rispetto a quelle regionali, la regione può concedere contributi a fondo perduto (evidentemente non esaustivi del complessivo impegno finanziario implicato) finalizzati al sostegno di investimenti infrastrutturali e di iniziative imprenditoriali sviluppate nell'area colpita dall'evento di dismissione (art. 31, regolamento regionale 18/2003).

3. Il programma integrato di sviluppo locale

Nella esperienza lombarda,una ancor più spiccata attrazione verso il territorio sembra caratterizzare il PISL. Tale circostanza, unitamente alla minore ampiezza di contenuti rispetto all'accordo di programma e all'AQST, conferma l'ipotesi secondo cui lo strumento in oggetto è idoneo a coprire l'area degli interventi che presentano un

minor tasso di coinvolgimento delle istituzioni regionali a fronte di una diversificazione sotto il profilo delle competenze coinvolte e delle risorse finanziarie utilizzate (v. *supra* par. 5). I PISL si fondano, infatti, sull'individuazione di un percorso di sviluppo dell'economia locale che valorizzi le risorse umane, ambientali, culturali, produttive e infrastrutturali presenti sul territorio (art. 12, comma 2, regolamento regionale 18/2003); il nesso col modello teorico dell'*action zone* si evidenzia poi ove si tenga conto che il contenuto dei piani deve costituire l'esito di un processo che va dal basso verso l'alto, dovendo esso derivare dagli effettivi fabbisogni e dalle potenzialità presenti sul territorio individuati con il coinvolgimento delle principali forze istituzionali, economiche e sociali presenti nell'area interessata dal programma (art. 12, comma 3, lett. a), regolamento regionale 18/2003).

Le considerazioni svolte consentono di inquadrare adeguatamente i profili procedurali relativi al PISL che presentano, in considerazione delle segnalate peculiarità di questo strumento, non poche distinzioni rispetto all'accordo di programma ed all'AQST. Anzitutto, proprio nella logica del rilevante impatto territoriale, l'iniziativa spetta – attraverso la sottoposizione di una proposta all'attenzione della Regione – alle Province, alle Comunità Montane, ai Comuni o alle forme associative tra autonomie locali e alle camere di commercio. Siffatta proposta, sottoscritta in esito di un'attività di partenariato locale tra i soggetti territoriali rappresentativi del sistema istituzionale, economico e sociale, deve presentare (art. 14, regolamento regionale 18/2003) una struttura articolata in due elementi essenziali:

- il Quadro Programmatico al quale compete:

1) l'identificazione di un ambito territoriale di intervento coerente con eventuali programmi di sviluppo locale già definiti: si tratta di un punto che presenta una specifica ed evidente connessione col modello teorico dell'*action zone*, il quale postula che le iniziative prese nell'ambito di una singola area di azione non restino isolate, ma siano integrate con quelle ulteriori eventualmente promosse dai soggetti operanti sul territorio;
2) l'analisi della situazione socio-economica, territoriale, insediativa ed ambientale del territorio di riferimento, in chiave statica ed evolutiva;
3) la definizione degli obiettivi di sviluppo e delle linee strategiche di intervento;
4) l'identificazione di misure atte a garantire la sostenibilità ambientale;
5) l'elencazione degli interventi e del contributo di ciascun intervento alla complessiva realizzazione del programma.

- al Programma Operativo spetta:

1) l'indicazione degli interventi proposti per il PISL, degli adempimenti rispettivi, della tempistica, del piano finanziario di ciascun intervento;
2) la definizione del quadro finanziario complessivo del programma;
3) l'individuazione dei soggetti attuatori;
4) l'indicazione delle modalità di gestione, controllo e sorveglianza;

5) la definizione degli atti da adottare al fine di accelerare e semplificare i procedimenti amministrativi;
6) le dichiarazioni in ordine alla conformità urbanistica ovvero alle procedure necessarie ad assicurare tale conformità;
7) l'indicazione dei termini di espletamento degli adempimenti, degli atti e delle determinazioni dei sottoscrittori;
8) l'indicazione degli estremi delle deliberazioni di assunzione degli impegni, ivi compresi quelli finanziari;
9) l'individuazione delle forme di pubblicità idonee a garantire la più ampia adesione di soggetti privati.

Poiché la proposta di PISL promana dal basso, e cioè dai soggetti territoriali interessati, è necessario che la regione, la quale ne è dunque essenzialmente destinataria, conduca su di essa un'istruttoria tecnica attraverso il nucleo di valutazione competente ai sensi della legge n.144 del 1999. Più precisamente, il soggetto responsabile provvede ad inviare la proposta di PISL al Presidente della Giunta e all'Assessore competente (art. 15, regolamento regionale 18/2003); segue (art. 16, regolamento regionale 18/2003) l'istruttoria tecnica nella quale tanto il Quadro Programmatico quanto il Programma Operativo sono sottoposti a verifica (il primo sotto il profilo dell'effettivo svolgimento dell'attività di partenariato locale, della coerenza interna della programmazione, della coerenza con la programmazione regionale, della formulazione di obiettivi coerenti con le vocazioni territoriali, del rispetto della normativa comunitaria in tema di pari opportunità, concorrenza e regimi di aiuto; il secondo sotto il profilo della fattibilità tecnico-economica e della sostenibilità ambientale). Infine, eventualmente a seguito di integrazioni programmatiche e/o progettuali la cui necessità sia emersa in sede di valutazione, la Giunta approva lo schema di PISL che viene pertanto sottoscritto dal Presidente o dall'Assessore competente. Ne discende un vincolo giuridico obbligatorio, tale per cui la mancata attuazione, verifica e monitoraggio degli interventi per fatto imputabile al soggetto attuatore costituisce fattispecie di inadempimento (art. 22, regolamento regionale 18/2003).

Anche per il PISL è di centrale importanza la figura del soggetto responsabile il quale assicura un fondamentale momento di collegamento e di raccordo con la regione. Ciò emerge anzitutto nella fase della iniziativa, dato che la proposta di PISL è comunicata alla regione proprio dal responsabile, ma anche, a regime, in quella della attuazione. Il responsabile, infatti, avvalendosi della collaborazione dei soggetti attuatori (art. 19, regolamento regionale 18/2003), svolge una generale attività di monitoraggio (art. 18, regolamento regionale 18/2003) assicurando alla Direzione Generale regionale competente un adeguato flusso informativo mediante la predisposizione di una relazione semestrale (art. 21, comma 1, regolamento regionale 18/2001). Tale flusso informativo, in una logica essenzialmente autocorrettiva, appare finalizzato a consentire l'eventuale rimodulazione dei contenuti del PISL: questa può

essere autorizzata direttamente dalla Direzione Generale regionale se non altera gli obiettivi di sviluppo e l'allocazione complessiva delle risorse; altrimenti occorre seguire la normale procedura prevista per l'approvazione, ivi compresa l'istruttoria tecnica.

Infine, a conferma del fatto che il PISL appare idoneo a coprire l'area delle politiche regionali esogene che coinvolgono competenze e risorse di altri soggetti, va specificato che la regione (non coprendo l'intero fabbisogno finanziario degli interventi) può concedere, sulla base delle previsioni contenute nel DPEFR, contributi a fondo perduto per investimenti infrastrutturali fino all'80% delle spese ammissibili nonché contributi per le iniziative imprenditoriali sviluppate in coerenza con l'ambito individuato nel DPEFR (art. 20, regolamento regionale 18/2003).

Un approccio sistematico e integrato nella programmazione regionale dei piani di sviluppo locale è altresì rinvenibile nella legge regionale della Toscana del 11.08.1999, n. 49 portante norme in materia di programmazione regionale. L'esperienza della Regione Toscana costituisce un po' il prototipo di questo tipo di pianificazione anche per la centralità che vi assume lo strumento negoziale dell'accordo di programma.

Il sistema di programmazione regionale, come emerge peraltro dai suoi principi ispirativi, appare fortemente incentrato sui principi:

- di sussidiarietà e adeguatezza, per l'allocazione delle risorse e l'attribuzione delle responsabilità;
- di coesione istituzionale, come metodo di superamento del diverso grado di funzionalità dei soggetti istituzionali alla cui azione è condizionata l'efficacia delle politiche;
- di corresponsabilità, come impegno reciproco dei diversi soggetti, pubblici e privati, ad operare nei rispettivi ambiti per la realizzazione degli obiettivi concordati.

In questo sistema a rete di elaborazione e attuazione del disegno programmatorio della Regione, il baricentro è costituito dalla sua articolazione territoriale "*assumendo a riferimento i sistemi definiti dal piano di indirizzo territoriale e i sistemi economici locali, individuati come dimensione minima di attuazione e verifica degli interventi funzionali alle politiche di sviluppo"* (art 3, comma 2). Ne consegue che la Regione persegue come metodo di azione il raccordo istituzionale con gli enti locali, con un approccio sinergico, coordinando i propri interventi con quelli degli enti locali e assicurando il sostegno allo sviluppo dei sistemi locali, anche al fine del *coordinato impiego delle risorse finanziarie.*

La corresponsabilità si manifesta sia nella fase ascendente che discendente della programmazione locale ed in effetti: *i programmi locali di sviluppo e gli altri atti di programmazione locale, che selezionano i progetti e definiscono gli interventi da realizzare integrando le risorse locali e regionali*, .sono il risultato centralmente della

concertazione con le istituzioni locali sugli *obiettivi, le strategie e gli indirizzi attuativi della programmazione* (art. 5).

La procedura di raccordo istituzionale con la programmazione locale (art. 11) si differenzia a seconda del carattere prevalentemente endogeno o esogeno che assume il ruolo finanziario della Regione, ed in effetti in via generale si prevede che *gli interventi per la realizzazione degli obiettivi da essi stabiliti e la conseguente utilizzazione delle risorse finanziarie siano determinati a livello locale con atti di programmazione individuati dagli stessi piani o programmi regionali* attraverso una procedura di approvazione imperniata essenzialmente sugli enti locali e dunque *sono approvati dai Comuni, Comunità montane o Province, anche di concerto tra loro, secondo quanto previsto dal rispettivo piano o programma regionale, tenuto conto delle competenze amministrative degli enti*. D'altro canto si afferma che tali atti di programmazione sono *soggetti a verifica da parte della Giunta regionale, qualora comportino l'erogazione di finanziamenti regionali o l'attivazione di competenze amministrative di cui sia titolare la Regione.*

In conformità a tale orientamento la disciplina legislativa dei Programmi locali di sviluppo – art. 12 – prevede il metodo *bottom up* in quanto essi *sono promossi autonomamente o su iniziativa dei comuni, delle autonomie funzionali o delle parti sociali*. È comunque previsto una funzione di raccordo da parte delle Province che appaiono poste in posizione quasi di filtro istituzionale nei confronti della stessa Regione. I programmi locali di sviluppo infatti sono *coordinati e formalizzati dalle Province.*

Assai articolato, nel prototipo legislativo dei PISL della Toscana, appare l'insieme dello strumentario di attuazione (*anche mediante)* e che pone sullo stesso piano *accordi di programma, patti territoriali e altri istituti negoziali o convenzionali*. L'approccio integrato, *il coordinamento programmatico dei progetti*, il riferimento alla sostenibilità e la gamma ampia della integrazione dei programmi (*finalizzati allo sviluppo complessivo dei sistemi locali interventi e i progetti di investimento relativi alle infrastrutture, alle opere pubbliche, alla protezione e valorizzazione delle risorse ambientali, al sostegno e allo sviluppo dell'economia, alla promozione e all'incremento del lavoro e dell'occupazione in tutte le sue forme*) non traducono ancora nella previsione normativa in un sub sistema di coordinamento operativo della attuazione dei progetti anche se si i richiama da un lato la necessità di applicare criteri di priorità e di fattibilità rinviandosi alla definizione delle *modalità di raccordo operativo tra i servizi degli enti locali e quelli offerti da altri soggetti pubblici e privati* ad opera dei programmi stessi.

Si fa comunque affidamento su di un sistema di monitoraggio integrato definito dalla Giunta regionale, d'intesa con gli enti locali, che evidentemente comporta, previa analisi di fattibilità funzionale alle valutazioni di efficienza e di efficacia, la presa in esame di piani e programmi esecutivi che evidenziano le attività, le scadenze temporali,

i risultati attesi e i relativi indicatori di efficienza ed efficacia, secondo gli appositi modelli analitici deliberati dalla Giunta regionale.

4. L'accordo di programma come strumento di generale attuazione della programmazione negoziata

Lo schema di riferimento della programmazione negoziata può dunque chiudersi con una ricostruzione dell'accordo di programma secondo un approccio problematico che evidenzi all'interno delle principali tematiche emergenti alcune "chiavi di lettura" concettualmente significative intorno alle quali riflettere per la impostazione operativa di un qualsiasi schema di accordo di programma.

Le principali tematiche di riflessione sono raggruppate nei seguenti punti:

- ambito di applicazione dell'accordo;
- parti, soggetti interessati, beneficiari;
- oggetto dell'accordo;
- validità ed efficacia;
- la gestione dell'accordo di programma.

Nella trattazione di ogni punto le chiavi di lettura sono riportate in grassetto mentre le parti dimostrative e esplicative ad esse relative sono illustrate e desunte dal documento della Regione Toscana relativo ai PISL contenuto nel PRSE 2001-2005 che costituisce uno dei più recenti documenti di riflessione sullo strumento negoziale proveniente da fonte istituzionale.

4.1. Ambito di applicazione dell'accordo di programma

- *L'accordo di programma si presenta come strumento di attuazione e al contempo di specificazione di obbiettivi di definiti in documenti programmatici pluriennali che si pone a valle dei processi di definizione degli obbiettivi della programmazione negoziata, come strumento potenziale di integrazione con altre attività che si presentano come connesse e addirittura condizionanti il perseguimento delle finalità indicate nel programma*

Ed in effetti è stato posto in evidenza, dalla citata documentazione della Regine Toscana, come "la costruzione di un percorso che ponga al centro dell'azione di governo regionale il territorio deve risolvere contemporaneamente una serie di questioni aperte, in primo luogo istituzionali, ma anche di carattere organizzativo, per poi giungere alla individuazione di strumenti concreti di governo delle politiche di sviluppo territoriale".

- *L'accordo concerne l'attuazione di una iniziativa integrata prevista solo nei suoi connotati essenziali nei documenti ufficiali di programmazione. In sintesi tale iniziativa appare il risultato di un insieme di attività a carattere sinergico volte al raggiungimento di una finalità di interesse comune, comportanti l'impiego di risorse di natura aggiuntiva*

Questa concezione è in effetti riscontrabile nella impostazione del PISL della Regione Toscana. Il PISL vi è così definito come strumento di progettazione integrata, ove emerge chiaramente come esso rappresenti primariamente una modalità esecutiva dei documenti di programmazione regionale.

In questo senso i criteri operativi cardine sono così definiti:

- essere attuati secondo una procedura negoziale;
- avere a riferimento una dimensione territoriale locale sub-regionale o di filiera;
- operare secondo il criterio esteso dell'integrazione.

- *La possibilità di fare ricorso in esso per la sua attuazione a tutti gli strumenti e gli istituti della legislazione di promozione dello sviluppo locale, nei limiti della loro disciplina (comunitaria, nazionale e regionale*)

Gli strumenti di programmazione locale infatti dovranno garantire la selezione e l'organizzazione, alle diverse e appropriate scale territoriali, del complesso di interventi e di risorse disponibili e acquisibili per i rispettivi sistemi locali (comunitarie, nazionali, regionali), integrandoli con gli obiettivi e le risorse propri del sistema, materiali ed immateriali, pubblici, privati e del privato sociale, ponendosi come interfaccia dei piani e programmi regionali al fine di concorrere all'avanzamento, allo stesso tempo, dello sviluppo locale e della programmazione regionale.

- *ivi compreso il cumulo dei finanziamenti*

In tale prospettiva, sempre seguendo il filo del ragionamento della Regione Toscana, il PISL adotta il metodo negoziale per la definizione dei progetti di investimento per superare la logica delle spese di riparto e settorializzate.

- *la finalità di indirizzare e coordinare le azioni di una pluralità soggetti pubblici e privati che si esplicano in settori diversi verso il perseguimento di obiettivi plurimi ma teologicamente integrati in modo da superare una soglia qualitativamente rilevante nel processo di sviluppo territoriale*

L'accordo persegue dunque l'integrazione delle politiche settoriali, il coordinamento territoriale e fattoriale degli interventi, finalizzato a superare il tradizionale approccio redistributivo in direzione di un "quasi mercato", chiamato a selezionare progetti economicamente affidabili e sostenuti da un ampio apporto di istituzioni locali e delle parti economiche e sociali.

In questo disegno, anche la programmazione locale (che pure ha già espresso, in misura differenziata, contenuti e risultati significativi) dovrà progressivamente accrescere la propria qualità, anzitutto in termini di sistematicità, di concentrazione dei nodi e sui motori dello sviluppo locale, di integrazione e valorizzazione strategica di tutte le risorse a partire da quelle endogene.

4.2. I soggetti: parti, soggetti interessati, beneficiari

- *la partecipazione di una pluralità di soggetti e di conseguenza la necessità di integrare tra loro azioni e comportamenti distinguendo i diversi ruoli. La struttura negoziale dell'accordo fa si che le parti debbano arrivare a precisare le relative posizioni in ordine all'adempimento e al sorgere quindi delle obbligazioni reciproche*

Nel caso di *soggetti pubblici*: essi sono obbligati, secondo la logica del risultato tipica del regime contrattuale, a soddisfare due tipi di esigenze, contrattualmente rilevanti. La prima, avente ad oggetto l'adozione del provvedimento e/o atto che forma il contenuto della rispettiva obbligazione (esempio: adozione di un atto autorizzatorio, approvazione di un progetto, ecc.).

Più in generale, si tratta di una prestazione che ha ad oggetto l'esercizio del potere precedentemente negoziato da parte dell'Amministrazione a fronte delle prestazioni che, dal canto suo, il soggetto privato si obbliga a porre in essere a favore della prima, in vista della realizzazione dell'interesse pubblico perseguito (lo sviluppo economico). La seconda esigenza da soddisfare, sempre sotto forma di risultato contrattualmente determinato, è quella di assicurare il puntuale ed esatto adempimento delle rispettive prestazioni sotto il duplice profilo dei tempi e delle modalità di svolgimento delle rispettive attività (conferenza di servizi, procedimento suap, ecc.).

- *i soggetti interessati all'accordo*

possono essere parti sottoscrittrici dell'accordo, benché non abbiano un ruolo specifico nell'adempimento delle obbligazioni da esso derivanti, associazioni imprenditoriali, associazioni sindacali, istituti di credito, in funzione di partnership o con la qualità di soggetti rappresentativi di interessi di categorie sulle quali l'attuazione dell'accordo è destinato ad avere un impatto indiretto (*stakeholders*).

- *i soggetti destinatari dell'accordo*

Nel caso di *soggetti privati* beneficiari dei finanziamenti la prestazione posta a loro carico è quella di realizzare investimenti e, più in generale, gli interventi previsti nel programma negoziale: a questa prestazione i soggetti privati sono tenuti in virtù

dell'accordo semplicemente perché si tratta di azioni e interventi in relazione ai quali si richiedono agevolazioni e contributi finanziari.

4.3. Oggetto dell'accordo

- *L'oggetto dell'accordo è essenzialmente costituito da un accordo plurilaterale dal contenuto dinamico con la previsione di un processo di attuazione diacronica. Esso comporta per le arti l'obbligazione di comportamenti, atti (anche di diritto amministrativo) e prestazioni secondo un ordine sequenziale che è quello stabilito nel programma oggetto dell'accordo stesso*

Si avverte al riguardo la necessità di una "riduzione ad unità" nelle due complessive forme, del *coordinamento procedimentale* e della *collaborazione contrattuale*. Alla frantumazione organizzativa, seguita al pluralismo dei soggetti e degli interessi, deve corrispondere – si afferma – l'unitarietà nella collaborazione e nell'azione fra i vari attori – istituzionali, economici e sociali – secondo una logica *di efficienza* e *per risultati*.

- *Il contenuto patrimoniale dell'accordo e l'adempimento*

In questo ordine di idee è stato di recente rilevato (Regione Toscana) come le prestazioni analizzate formano oggetto non di meri obblighi, ma di vere e proprie obbligazioni a contenuto patrimoniale vale a dire con immediate implicazioni di natura economica: ogni singola prestazione che è dedotta nel programma dell'accordo dovrà essere valutata alla stregua di una vera e propria obbligazione, a carattere contrattuale, con tutte le conseguenze che ciò comporta.

- *È pertanto necessario che le azioni previste nell'accordo debbano confluire in una previsione progettuale che identifichi, per la certezza degli interessi pubblici di cui ognuna delle parti e portatrici, il risultato ultimo verso il quale le diverse azioni cospirano*

Dall'esame della questione, emerge chiaramente che *la realizzazione della causa, o della finalità dell'accordo di programmazione negoziata, costituito dalla promozione dello sviluppo economico, è la risultante dell'efficacia complessiva unitaria di tale accordo.*

- *la natura giuridica dell'accordo; il coordinamento organizzativo*

Si può quindi affermare – Regione Toscana – che esso si configuri come una fattispecie negoziale ad oggetto pubblico, a formazione progressiva e a base plurilaterale. La nascita di questi accordi è infatti legata alla partecipazione di più soggetti sia pubblici che privati, e costituisce la risultante di una serie di operazioni, atti

ed attività confluenti in un vero e proprio procedimento misto, a sfondo sia civilistico che amministrativo.

- *Essendo la realizzazione dell'accordo il momento finale e puntuale ove tutti gli interessi dei soggetti partecipanti trovano completa e piena soddisfazione, ogni realizzazione parziale o precaria potrebbe dar luogo a squilibri*

In questo ordine di idee, si è ancora di recente ribadito che "di conseguenza, l'inadempimento anche da parte di uno dei soggetti aderenti, pubblico o privato, può determinare in misura corrispondente il parziale insoddisfacimento del fine ultimo al quale l'accordo è funzionalizzato. Ne discende in capo a ciascun contraente il diritto ad ottenere l'esecuzione da parte di ciascun altro della rispettiva prestazione, con la necessaria conseguenza che, in caso di inadempimento, tutti, individualmente o collettivamente, potranno agire per ottenerne sia l'esecuzione medesima o l'eventuale risarcimento del danno".

4.4. Validità ed efficacia

Occorre poi distinguere l'aspetto della *validità* dell'accordo dall'aspetto della sua *efficacia*. Per quanto riguarda la ***validità***, rientrano in tale aspetto le attività corrispondenti sia alla fase preparatoria che a quella costitutiva dell'accordo.

- *L'accordo di programma essendo immediatamente efficace tra le parti riconduce la valutazione del singolo interesse pubblico a quella del motivo del contratto consentendo la adozione piena dello schema negoziale consentendo l'esercizio della competenze attraverso il contratto*

In questo senso è possibile ritenere che "l'accordo, nella programmazione negoziata, è un contratto ad efficacia obbligatoria, in quanto l'oggetto dell'accordo, non conseguente in forma reale alla stipulazione, è realizzato attraverso la costituzione di un rapporto obbligatorio dal quale sorgono a carico delle parti delle vere e proprie obbligazioni. In particolare, si tratta di un accordo plurilatelarale – posto che ad esso prendono parte plurimi soggetti – ed avente ad oggetto differenti forme e generi di prestazione, contenuti di altrettanti obblighi di fare".

- *l'efficacia vincolante tra le parti e sua la validità, risoluzione e recesso*

Gli effetti di diritto civile discendono dall'accordo in considerazione del regime negoziale che ne è alla base: in via generale, l'accordo della programmazione negoziata in forza dell'art.1372 c.c. ha forza di legge fra le parti e non può essere sciolto che per

mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. La risoluzione del mutuo consenso incontra un limite invalicabile nell'avvenuta erogazione del contributo finanziario pubblico, circostanza questa che obbliga le parti alla effettiva utilizzazione di tali risorse per le finalità per le quali sono state concesse e, di conseguenza, all'attuazione ed esecuzione dell'accordo.

A parte questo, l'ordinamento non pare riconoscere a nessun contraente il diritto di recesso unilaterale.

- *l'approvazione dell'accordo e la sua efficacia. Rispetto ai terzi l'accordo non si pone però come fonte normativa diretta, è necessaria pertanto l'approvazione della Regione e la pubblicazione del relativo provvedimento perché tale effetto si produca*

La fase di approvazione dell'accordo da parte della Regione, dunque, se per un verso è strumentale alla concessione dell'eventuale cofinanziamento regionale, dall'altro lato non influisce minimamente sul perfezionamento giuridico e,quindi, sulla validità del rapporto sottostante all'accordo che è alla base.

*Una volta approvato e con efficacia erga ommes***,** l'aspetto dell'*efficacia* dell'accordo assorbe in sé lo svolgimento di attività o funzioni fra esse distinte: una *fase gestionale*, di attuazione vera e propria dell'accordo, ed una fase *di vigilanza e controllo*, che viene svolta congiuntamente dal Soggetto attuatore e dal Responsabile regionale.

La dinamica della gestione è poi variamente articolata anche con atti giuridici applicativi specifici a seconda delle diverse tipologie di accordo di programma desumibili dalla legislazione delle diverse Regioni.

4. 5. La gestione dell'accordo di programma

- *dato l'oggetto pubblico dell'accordo, il soggetto attuatore non può che essere un organismo di diritto pubblico***.**

L'impianto organizzativo dovrà prevedere inoltre un soggetto unitario di riferimento, che svolga le funzioni di coordinamento nella fase di progettazione del PISL, di selezione degli interventi, di concertazione locale e di richiesta di finanziamento; che partecipi alla fase di confronto in sede di valutazione del PISL e di verifica ed andamento della sua attuazione in sede di gestione operativa degli interventi; analogamente, in sede regionale, dovrà attuarsi un assetto organizzativo tale da definire unitarietà di rapporti e di gestione dell'intero procedimento. Le due strutture (locale e regionale) costituiscono lo snodo e l'interfaccia tra la pluralità dei beneficiari e la pluralità dei responsabili di misura.

In tutto il ciclo di vita del PISL, dovrà essere assicurata, in sede locale, l'effettiva partecipazione delle parti economiche e sociali attraverso regole minime di partenariato, analogamente a come avviene in sede regionale, "nel pieno rispetto delle rispettive competenze istituzionali giuridiche e finanziarie di ciascuna delle parti" (art.8, par.1 Reg. 1260/99).

- *la vigilanza sulla gestione, segue l'ordine delle competenze e fa riferimento principalmente al soggetto attuatore***.**

Essa implica l'attribuzione del coordinamento operativo del responsabile del progetto.

Spetta pertanto alla Regione il compito di individuare le modalità e le soluzioni specifiche per identificare *il responsabile del Progetto integrato* dovranno assicurare che esso possa svolgere efficacemente le funzioni di coordinamento di tutte le attività. Di qui l'esigenza che esso, da un lato, sia dotato di adeguati poteri di coordinamento, dall'altro, che siano evitate sovrapposizioni di funzione e di competenza con i responsabili di misura.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

CAPITOLO 5:
LE PROVINCE – COOPERAZIONE ISTITUZIONALE E SOSTEGNO AI PICCOLI COMUNI*

1. Introduzione

Lo sviluppo di un efficace sistema di *governance interistituzionale* (finalizzata, quindi a definire i processi decisionali basati sul raccordo tra stato, regioni, sistema delle autonomie locali) non può evitare di considerare come, dopo il 1990, si siano moltiplicate le sedi formali di partecipazione congiunta all'elaborazione delle linee d'intervento nelle diverse materie.

- Le conferenze di servizio;
- gli accordi di programma, le convenzioni, le sedi di programmazione negoziata;
- le conferenze: stato-regioni, stato città autonomie locali, unificata, regioni enti locali, per concertare atti di indirizzo politico che riguardano enti territoriali

sono gli strumenti *tipici* di rappresentazione di questo nuovo modo di operare, fondato sulla ricerca di **pari dignità** tra i diversi livelli di governo, oggi costituzionalmente riconosciuta, anche se è evidente l'assenza di un disegno compiuto circa un sistema efficace di raccordi tra i diversi livelli di governo fondato sul principio di leale collaborazione e sulla definizione di precise garanzie e procedure per la tutela della posizione costituzionale di ogni singolo livello di governo e per la risoluzione di potenziali conflitti tipici di un ordinamento policentrico[5],

Si pone con evidenza, quindi, la necessità di **prevedere** a **livello costituzionale un sistema di raccordi** tra i diversi sistemi di governo.

L 'attuale dibattito sull'ulteriore modifica del Titolo V della Costituzione non può tuttavia limitare gli ambiti di sperimentazione di modelli di governance interistituzionale sul territorio anche se, come quadro generale, emergono per l'attuazione di qualsiasi modello, due esigenze immediate:

- la riorganizzazione della Conferenza unificata
- la definizione del ruolo dei Consigli regionali delle Autonomie locali

La **Conferenza Unificata** è oggi l'unica sede in cui i diversi rappresentanti dei diversi livelli di governo possono trovare soluzioni su atti o interventi di natura generale o particolare.

---

* Il presente capitolo è a cura del RTI composto da Consiel Enti locali, Il Sole-24Ore e Studio di consulenza Bonanno Faustini Fermante.

[5] Si pensi, ad esempio alla possibilità per gli enti locali di poter ricorrere alla Corte Costituzionale contro leggi regionali e nazionali che invadano le loro competenze istituzionali.

Alla luce della previsione costituzionale dei Consigli regionali delle Autonomie, essa va ripensata nei suoi elementi costitutivi e nelle sue finalità, sia rispetto alla ridondanza delle tre Conferenze oggi esistenti, sia rispetto alla necessità di definire nuove e diverse modalità di funzionamento, distinguendo i momenti di confronto politico-istituzionale da quelli connessi all'attività gestionale, sia, infine, rispetto alle modalità con le quali costruire un attivo coinvolgimento delle strutture rappresentative dei diversi livelli di governo anche sul piano operativo.

Sull'altro versante, la costruzione di una Regione intesa anche come **sistema integrato delle autonomie** è, nei fatti, una delle sfide più ambizione di questa fase.

In questo ambito, pur se strettamente interconnesso alla stagione di riforma degli statuti regionali, è di decisiva importanza il ruolo dei **Consigli regionali delle Autonomie locali**, per i quali vanno ricercati livelli di funzionalità in grado di coniugare l'esigenza di procedure decisionali snelle per le politiche di concertazione e la possibilità, nel contempo, di garantire la funzione di sede di rappresentanza istituzionale.

In questo senso è auspicabile che il Consiglio delle autonomie non rappresenti, nei nuovi assetti, un mero organismo consultivo, ma che sia dotato di strumenti efficaci d'intervento nei processi decisionali, quali l'obbligo d'intese, i pareri rinforzati su un nucleo minimo di materie (statuto, bilancio di previsione, leggi sul funzionamento degli enti locali, ripartizione di risorse e trasferimenti regionali, ecc...).

Siamo in presenza, in modo evidente, di un processo generale di riforma che non solo non è ancora completato, ma che può prefigurare orizzonti molto differenti tra loro a seconda degli indirizzi che verranno ulteriormente definiti e dei modi differenziati d'interpretazione che i sistemi regionali sapranno dare degli spazi di autonomia loro riservati dalle riforme costituzionali.

E' tuttavia altresì evidente come la ricerca di meccanismi avanzati di relazione interistituzionale finalizzati all'implementazione di nuovi sistemi di governance non debba solo riguardare ambiti di riforma istituzionale, ma possa concretamente svilupparsi nei sistemi locali.

Le Province possono rappresentare un cardine decisivo di questo processo Il modello proposto tratta quindi esclusivamente della possibile evoluzione di tale processo cercando di fornire una linea guida di attuazione concreta di meccanismi volti a favorire lo sviluppo di concrete esperienze di governo integrato.

I temi di riferimento del modello proposto possono venire sintetizzati secondo lo schema che segue:

Tema	Finalità e strumenti	Note
I contenuti in cui debbono operare le sedi di raccordo	Regolazione degli interessi generali	Riguardante gli atti di indirizzo politico programmatico e legislativi

	Composizione di interessi puntuali	Riguardante sia le politiche che gli interventi
Le modalità con le quali operano	Confronti	Lasciano distinte le rispettive competenze
	Accordi	Suddivisione delle responsabilità su politiche ed interventi
	Intese	Definiscono competenze non regolate chiaramente dalle norme o modificano competenze su specifiche politiche o interventi
La natura dei soggetti che vi partecipano		
Il livello e la qualità delle garanzie formali e sostanziali della posizione istituzionale di ogni livello di governo	Autoamministrazione stabilità delle attribuzioni autonomia della normativa nell'esercizio delle funzioni risorse adeguate (finanziarie, conoscitive, strumentali, umane) Risoluzione al minimo degli strumenti di condizionamento	

2. Ambito

"Il profilo istituzionale della Provincia sulla fine della XIII Legislatura e al momento dell'entrata in vigore della I.cost. n. 3/2001, che ha radicalmente modificato il nostro quadro di riferimento, è fondamentalmente quello delineato dal t.u. approvato con d.lgs. 18.8.2000 n. 267; testo che costituisce, se così possiamo dire, il precipitato normativo di tutte le innovazioni assai consistenti che hanno caratterizzato la legislazione degli anni 90 sul governo locale, segnatamente per quanto riguarda la provincia.

Questo antico ente del governo locale, una volta contestato nella sua stessa esistenza, si può dire acquista una connotazione istituzionale forte e solida e un profilo chiaro in termini funzionali, soltanto a seguito di questa legislazione.

Anzitutto la provincia diviene, senza più alcun equivoco, ente di governo della propria comunità, chiamato a curarne gli interessi, a promuoverne e a coordinarne lo

sviluppo (art. 3). Ciò che elimina ogni dubbio residuo circa la configurazione della provincia come ente a fini generali. A mio giudizio (ma non di tutti) essa lo è sempre stata ma sulla base di questa normativa lo è indiscutibilmente.

E così acquista piena autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa nonché

autonomia impositiva e finanziaria sia pure nell'ambito delle leggi che coordinano la finanza pubblica. La provincia diviene altresì come il comune, per espressa disposizione di legge, titolare di funzioni proprie, tipiche del suo stesso esistere come ente di governo, oltre che di quelle conferite dalla legge dello Stato o della regione secondo la rispettiva competenza.

E la stessa normativa definisce sia pure in larga massima l'ambito delle funzioni proprie della provincia distinguendo quelle amministrative e quelle di programmazione.

Tra le prime la norma dopo un'elencazione abbastanza ricca di materie (da quelle di tutela ambientale a quelle sanitarie a quelle di gestione del territorio e di viabilità a quelle concernenti la cultura e l'istruzione) dispone in termini generali che la provincia in collaborazione con i comuni e sulla base di programmi concordati "promuove e coordina attività, nonchè realizza opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo" (art. 19).

Insomma la provincia si occupa di tutto ciò che ritiene utile e necessario per gli interessi della propria comunità usando a tal fine gli strumenti predisposti dall'ordinamento da quelli di diritto comune alla disciplina prevista per la gestione dei servizi pubblici locali.

Ma a queste funzioni di carattere amministrativo la norma aggiunge quelle di programmazione economica e sociale del territorio, e la stessa pianificazione territoriale mediante l'adozione del piano territoriale di coordinamento (art. 20). In queste funzioni, come per altro ampiamente sottolineato da tutti i commentatori, propriamente viene esaltato il ruolo della provincia come ente di programmazione che opera in posizione a volte sovraordinata a volte paritaria esercitando sempre compiti di coordinamento nei confronti degli enti locali. Si ricorda che la norma generale sopra menzionata attribuisce alla provincia non solo il compito di promuovere lo sviluppo ma quello di coordinarlo, il che significa che essa opera in stretta connessione con gli enti locali minori, comuni e associazioni di comuni coordinandone appunto l'azione di governo.

L 'attuazione delle leggi c.d. Bassanini nell'ultima fase degli anni 90 ha ulteriormente rafforzato il ruolo della provincia che è divenuta destinataria di importanti settori amministrativi nell'ambito dell'operazione di trasferimento. Basti ricordare quello della viabilità e quello delle politiche del lavoro, ormai divenute nella sostanza materie provinciali per tutto quanto non è riservato allo Stato.

E si deve ancora ricordare in questo quadro generale, che un'importanza decisiva nell'esaltazione del ruolo politico della provincia, sicuramente ha avuto (ancora più che per il comune) la riforma del 1993 sull'elezione diretta dei sindaci e dei presidenti di provincia: che soprattutto nelle zone del Paese caratterizzate da una presenza di piccoli comuni salvo il comune capoluogo, zone cioè nelle quali l'ente provincia può effettivamente svolgere un ruolo dominante anche per le sue dimensioni organizzative, l'elezione popolare del presidente ne fa in qualche modo il capo politico o il principale esponente politico della comunità provinciale, ciò che necessariamente lo pone al centro, dal punto di vista politico di tutti gli enti del governo locale presenti nel territorio provinciale e dei loro amministratori." [6]

Questa sintetica ed efficace ricostruzione del processo di riforma del ruolo delle Province dal 1990 ad oggi ci aiuta a definire l'ambito di applicazione del modello proposto.

Si tratta, in pratica, di sviluppare un possibile modello concettuale di riferimento nella definizione dei processi decisionali riguardanti i sistemi pubblici locali, proprio partendo dal ruolo primario che le province esercitano in quegli stessi sistemi, e di sviluppare un impianto metodologico che renda concretamente attuabile questa prospettiva.

Va da se, infatti, come la definizione del nuovo assetto istituzionale delle Province e del nuovo quadro di competenze sostanzialmente ridefinito proprio a far data dal 1997, sia ben lungi dall'essere consolidato e rispetto all'esercizio compiuto delle nuove funzioni amministrative e rispetto al quadro delle relazioni istituzionali variegatamene esistenti tra i diversi livelli di governo locale nelle diverse realtà provinciali.

Si potrebbe ricordare, a sostegno di questa tesi, come nelle concrete esperienze di governo locale, così come esse si esprimono sul territorio, proprio il ruolo della Provincia (a differenza dei Comuni e delle Regioni) sia a geometria variabile, fortemente influenzato da elementi non del tutto riconducibili a fattori storici o demografici o di assetto istituzionale locale[7], ma piuttosto alle differenze esistenti nei quadri di relazione, ai diversi livelli di capacità d'interpretazione del nuovo ruolo, alla variegata consapevolezza delle sfide che le politiche di sviluppo locale aprono per le funzioni di governo delle comunità locali.

Si badi, queste considerazioni non tengono conto di valutazioni di merito rispetto alle proposte programmatiche formulate e all'espressività gestionale che da essa scaturisce, bensì, appunto, di come il ruolo istituzionale viene assolto. La fase di

[6] Vincenzo Cerulli Irelli -"La provincia nell'attuazione e nel completamento del nuovo ordinamento costituzionale".
[7] Si pensi alla forte frantumazione istituzionale esistente ad esempio in Piemonte e Lombardia, ovvero al rapporto tra Province e città metropolitane, e così via.

sviluppo del processo decisionale, in un'ottica di governance, può essere un elemento decisivo per rispondere alle criticità oggi diffusamente riscontrabili.

Rispetto a questa specifica problematica (in altre parti sono stati sviluppati i temi connessi a modelli di governance interna ed esterna), nelle esperienze di governo delle province si evidenziano ricorrenti elementi di criticità che in qualche modo vanno portati a sintesi per liberare le potenzialità esistenti.

3. Il conflitto territoriale

Le realtà provinciali sono molto differenti tra di loro: a fianco di aree metropolitane sostanzialmente omogenee, ovvero di territori sui quali esistono realtà urbane o sub-sistemi territoriali di riferimento per tutta la provincia, esistono sistemi provinciali policentrici, che evidenziano tipologie dinamiche di sviluppo profondamente differenti alloro interno.

Il forte livello di responsabilizzazione connesso ai nuovi sistemi elettorale, il superamento dei tavoli di concertazione in qualche modo forniti dal vecchio sistema di rappresentanza politica, la spinta all'esaltazione di logiche di rappresentanza localistica determinano in modo ricorrente situazioni di conflitto generate dalla concorrenzialità esistente tra le diverse aree componenti un sistema territoriale provinciale.

Si tratta, in dodicesimi, della riproposizione dei livelli di conflittualità esistenti su area più vasta tra le stesse province e tra i sistemi regionali, conseguenza delle caratteristiche che hanno assunto le dinamiche di sviluppo (sempre più ancorate a fattori locali), i modelli sociali e culturali di riferimento, i meccanismi di creazione del consenso politico connessi alle nuove forme di definizione della rappresentanza politica e di governo.

Va da se come possa essere fortemente problematica una funzione di programmazione di area vasta (leggasi provinciale) che *deve* essere di composizione degli interessi esistenti, quando il policentrismo politico-istituzionale rischia di indurre, invece, fenomeni di diaspora e di delegittimazione delle sedi di confronto e di sintesi.

Esiste il rischio, in quelle realtà, del dilagare di una *vertenzialità istituzionale verso il basso,* in cui la legittimazione e il rafforzamento della propria funzione di rappresentanza passa attraverso la *non-riconoscibilità* delle funzioni svolte da differenti enti di governo.

4. Il conflitto tra funzione di governo e funzione di rappresentanza

Il nuovo sistema elettorale dei presidenti di provincia e dei sindaci ha sicuramente rafforzato la funzione di governo a discapito della funzione di rappresentanza delle assemblee elettive.

"*I Consigli sono spesso ridotti ad assemblee dove si esercitano funzioni di controllo al massimo attraverso il meccanismo del sindacalismo politico (interrogazioni, interpellanze e mozioni) utilizzato in modo rituale e senza reale capacità di incidere*"[8]

E' evidente come proprio nel momento in cui uno dei terreni di ricerca più importanti è legato, appunto, alla definizione delle forme e degli strumenti della rappresentanza e dei meccanismi di relazione con loro, appare incongruente il progressivo svuotamento delle potenzialità che le assemblee elettive possono svolgere, senza contare che questa progressiva diminuzione di ruolo determina spesso disimpegno delle risorse politico amministrative più qualificate esistenti nel territorio e l'impiego di meccanismi di selezione di personale politico (ovunque schierato) non sempre coerenti con le sfide della complessità.

Ma la caduta della possibilità di esprimere nel contempo una funzione di rappresentanza e una capacità di proposizione può contribuire a determinare una minore qualità di apporti nella fase di pianificazione e programmazione strategiche degli enti, che, tipicamente, sono in capo ai Consigli, ovvero ingenerare stati di conflittualità tra i diversi organi di governo che agiscono negativamente sulla ricerca di un alto tasso di corresponsabilizzazione dei diversi soggetti interagenti nel processo decisionale.

A far da contraltare a questo elemento corrisponde la ricorrente assenza di sedi confronto in grado di rappresentare l'insieme delle autonomie locali a livello provinciale.

Il problema si pone già con forza per quanto riguarda il complesso degli enti locali, laddove, ad esempio, sono rari i casi di costituzione di Consigli provinciali delle autonomie locali, ma a questo livello di rappresentanza, si affianca un'importante componente di sistema pubblico che ancor più raramente viene percepito come interlocutore fondamentale nella fase di definizione ed attuazione delle politiche di governo.

Non va dimenticato, infatti, come il panorama delle autonomie locali sia cambiato in questi ultimi anni con la crescita di numero e di importanza delle cosiddette autonomie funziona/i, sia quelle che derivano dall'articolazione organizzativa e decisionale frutto di alcuni interventi statali (autonomie scolastiche, autonomia universitaria, aziende sanitarie locali, ecc.) sia quelle che sono nate è nascono dalla rappresentanza e dall'emergere di interessi economici nuovi (camere di commercio, enti fiera, enti portuali ed interportuali, ecc.).

[8] Fondazione CENSIS – Governance sociale e potenziali conflitti – 2001.

In questa situazione non è possibile non vedere le autonomie funzionali come elementi essenziali dell'assetto poliarchico del potere (altrimenti rischia di regolare solo la parte politica del mondo delle autonomie).

5. Le criticità di pianificazione e programmazione strategica

Rispetto alle forme tradizionali di pianificazione, la pianificazione strategica configura un modello evoluto, di nuova generazione.

Una prima generazione di strumenti faceva riferimento ad una amministrazione pubblica che agisce unilateralmente, collocandosi in una posizione asimmetrica rispetto ai soggetti cui non spetta la competenza decisionale: un soggetto pubblico, dunque, che esprime una razionalità forte, prescrittiva, formale, se necessario sanzionatoria.

Una seconda generazione di strumenti introduce nel disegno pianificatorio e nel processo decisionale la dimensione della complessità: la razionalità di questi strumenti è ancora "illuministica" e considera la dimensione pubblica "naturalmente" deputata a fare sintesi fra istanze divergenti e sola interprete e titolare dell'interesse generale.

Una generazione più recente e più avanzata di strumenti di pianificazione riflette, invece, una razionalità debole, che assume la dimensione della complessità e dell'incertezza e la pluralità degli interessi come valori da tutelare e come opportunità per la costruzione di obiettivi condivisi.

Si delinea, proprio in questa fase, il passaggio dalla dimensione del government, inteso come definizione unilaterale e prescrittiva degli obiettivi, alla dimensione della governance, intesa come regolazione negoziale degli interessi: il passaggio, possiamo dire, dalla dimensione della regolamentazione a quella della regolazione.

Con una diversa e variabile declinazione della dimensione del consenso: se la dimensione del consenso è del tutto irrilevante per gli strumenti di prima generazione, nel caso degli strumenti di seconda generazione essa è intesa come passaggio formale, necessario per garantire l'adesione ad un'ipotesi programmatoria della quale il soggetto pubblico rimane esclusivo titolare.

Nel caso degli strumenti di terza generazione, la dimensione del consensus building è coessenziale al processo pianificatorio-programmatorio, interessandone ogni fase: quella della diagnosi, quella della definizione delle strategie e degli obiettivi, quella dell'attuazione.

Il carattere peculiare del nuovo processo di pianificazione strategica sta nella sua dimensione partecipativa, vale adire nel suo essere impostato, costruito e, poi, tradotto operativamente attraverso una relazione strutturata fra i portatori di interessi della città o del territorio. Ciò significa, insomma, non negare, ma esplicitare e utilizzare la complessità come una risorsa e il carattere anche conflittuale degli interessi come valore ad elevato potenziale.

Orbene, appare evidente come in carenza di approccio strategico alla definizione delle politiche di governo degli enti locali si corra il forte rischio di definizione di un posiziona mento degli enti stessi non coerente con le risultanze di una corretta fase diagnostica.

Rispetto alle sue connessioni con il tema della Governance interistituzionale questa problematica assume un ruolo centrale di priorità e, di converso, di criticità.

Spesso, infatti, i sistemi pubblici locali affrontano la fase di programmazione, nelle sue diverse componenti, senza una piattaforma conoscitiva e diagnostica sufficiente.

Si determinano, in questo modo, rischi di implosione del sistema: approccio burocratico e adempimentale alla programmazione, mancata partecipazione alla fase diagnostica, sviluppo di politiche non condivise e spesso inefficaci, sviluppo di conflitti ai diversi livelli di rappresentanza, crisi delle relazioni interne al sistema, forti limiti nella capacità di promozione e regolazione dello sviluppo locale.

AI di là delle pur ricorrenti dichiarazioni di volontà o dei diffusi procedimenti di consultazione, questi fenomeni sono molto più estesi di quanto non si possa pensare.

Le metodologie di approccio alle scelte di carattere apparentemente partecipativo continuano a riprodurre, in molti casi, logiche di programmazione che non riconoscono l'organizzazione poliarchia dei poteri locali e seguono tradizionali ed inefficaci modelli di organizzazione piramidale non più legittimati.

Si pensi al destino inglorioso di alcuni Piani Territoriali di coordinamento Provinciali per avere la controprova delle considerazioni sviluppate.

Le possibili vie di uscita dai fenomeni negativi scaturiscono naturalmente dalla fase di analisi delle criticità.

6. La rete delle conoscenze

Il presupposto fondamentale di ogni modello evolutivo teso a superare le potenziali criticità rilevate è rappresentato dalla consapevolezza che solo l'approfondimento e la diffusione dei fattori di conoscenza può permettere la qualificazione della fase di programmazione strategica dell'ente e, soprattutto, lo sviluppo di nuovi modelli di programmazione.

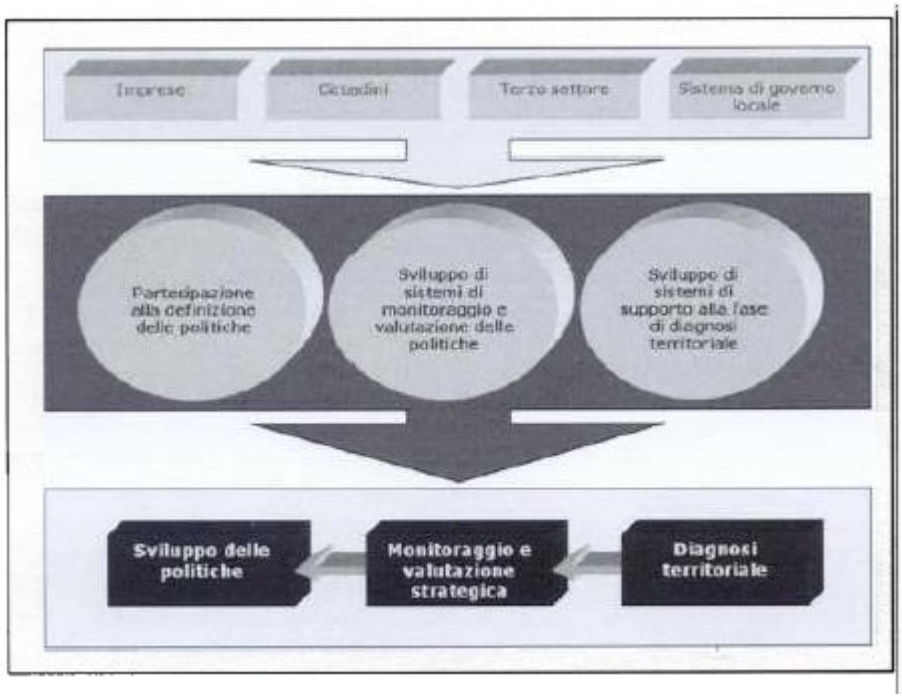
La costante azione di monitoraggio sia dell'evoluzione delle dinamiche sociali, ambientali-territoriali, economico-produttive, con I'evidenziazione dei punti di crisi, ovvero di qualificazione e delle opportunità che un territorio esprime *(diagnosi territoriale),* sia delle ricadute delle politiche di governo in termini di trasformazione della realtà governata, per i fattori di diretto controllo dell'azione di governo locale *(monitoraggio* e *valutazione strategica),* sono i primi capisaldi del nuovo modello.

A fianco di questi, risiede la parallela acquisizione culturale che solo una costante rilevazione dei fattori di qualità attesa e dei livelli di percezione della qualità erogata

possano rappresentare la spinta positiva verso il miglioramento continuo dei parametri di erogazione dei servizi e di attuazione degli interventi.

L 'idea forza che caratterizza questo fattore d'innovazione, però, è rappresentata dall'utilizzo di strumenti innovativi per favorire la partecipazione dei cittadini, del sistema istituzionale locale, del sistema delle imprese, delle associazioni, e del mondo del terzo settore, a queste fasi, attivando una vera e propria rete delle conoscenze che possa permettere una costante e forte interazione tra l'ente e il territorio, inteso nelle sue più ampie accezioni.

Quest'idea forza sottende lo sviluppo di un sistema di governance locale che faccia della raccolta, della sistematizzazione e della diffusione della conoscenza il presupposto fondante dei processi decisionali riguardanti la vita della comunità, in modo tale che il conosciuto processo di trasformazione possa diventare realtà concreta e permettere la piena attuazione del modello decisionale proposto.



Il sistema prefigurato richiede la partecipazione attiva degli stakeholders alla fase diagnostica e di monitoraggio strategico, attraverso l'accesso alle banche dati già esistenti.

Nel contempo, esso prevede la diffusione dei dati raccolti, al fine di promuovere la definizione di una base di conoscenza comune necessaria a favorire i tavoli di

concertazione e di sviluppo delle politiche di governo e a permettere l'efficacia delle azioni di monitoraggio e valutazione delle stesse.

Nella definizione del sistema, va posta particolare attenzione al ruolo dei mediatori, intesi come i canalizzatori intermedi tra l'Ente e i singoli soggetti sia rispetto alla fase di rilevazione, sia rispetto a quella di diffusione degli elementi di conoscenza.

Le Associazioni di rappresentanza, le organizzazioni, gli enti, i soggetti professionali (a puro titolo di esempio), potrebbero svolgere un ruolo decisivo in questo senso: può essere, in modo articolato, un ruolo propulsivo del sistema, in grado, cioè, di determinare le condizioni preliminari di consenso necessarie per il suo avvio; di partecipazione al governo e alla gestione del sistema stesso; di diffusione degli elementi di conoscenza che ne scaturiscono; di intermediazione rispetto alla partecipazione al processo decisionale.

7. Il focus sui bisogni e sulle priorità d'intervento – i tavoli di concertazione

Lo sviluppo e la qualificazione della fase diagnostica, come dicevamo, è la base per la crescita di un sistema di governance locale che, dopo aver messo in rete la conoscenza, sappia mettere in rete anche la fase di identificazione dei bisogni e di ricognizione delle necessità d'intervento.

Fare focus sui bisogni è elemento essenziale per creare le condizioni necessarie per promuovere i successivi processi di forte innovazione.

Solo la corretta identificazione della curva delle prestazioni necessarie, può rendere possibile possibile quantificare le dimensioni del gap con il livello delle prestazioni di protezione fornito dal sistema locale.

Proprio in questa fase, per altro, si affaccia l'altro fattore d'innovazione Nell'individuazione dei livelli di protezione che il sistema locale è in grado di fornire, si deve tener conto delle concrete attività svolte o delle potenzialità d'intervento di tutti i soggetti che operano o possono operare su quel particolare ambito del bisogno.

L 'obiettivo di decisiva importanza di questa fase deve diventare il tentativo di fornire risposte ai bisogni per come essi si evidenziano, non mediati (come spesso succede, già nella fase di rilevazione) dal vincolo delle risorse disponibili, ovvero dai processi di reiterazione programmatica che caratterizzano spesso lo sviluppo degli obiettivi di attività dei nostri enti.

Va progressivamente superato, cioè, il fenomeno secondo il quale nella formulazione delle scelte sull'allocazione delle risorse e sull'individuazione delle priorità d'intervento prevalgono i vincoli derivanti dalle scelte effettuate in passato (impiego di personale in un determinato servizio, attivazione di strutture operative, ripartizione percentuale delle risorse di bilancio, }. piuttosto che la loro coerenza con le risultanze della fase diagnostica.

Questo fenomeno[9] è stato diffusamente analizzato nelle conseguenze negative che esso può determinare nella concreta esperienza dei nostri enti.

E' consapevolezza diffusa, per altro, è che il processo evolutivo prefigurato debba affrontare fasi molto complesse di trasformazione, con resistenze o contrasti che si presumono di straordinaria rilevanza.

Non sfugge ad alcuno, dunque, come la sua definizione, il suo avvio e la sua quotidiana gestione debbano concretamente poggiare sui massimi livelli di condivisione che solo tavoli permanenti di concertazione (così come rispetto alle politiche di sviluppo locale) possono permettere di raggiungere.

8. La sussidiarietà orizzontale

AI di la, dunque, degli input di carattere normativo, appare evidente come la definizione di un nuovo modello di governance locale che sappia assegnare un nuovo ruolo alla diagnosi partecipata del territorio (la conoscenza condivisa della curva delle necessità) deve inverarsi in un modello nel quale il fronte delle risposte possibili deve veder presenti tutti i soggetti che in qualche modo possono operare concretamente, senza pregiudizio alcuno.

In questa nuova dimensione della governance acquista dignità, finalmente non caratterizzata politicamente, il tema della sussidiarietà orizzontale.

Non sembra possibile far evolvere i nostri enti dal modello incrementale, che evidenzia i limiti che abbiamo cercato di focalizzare, verso un nuovo modello orientato ad un sistema di governance locale se non facendo proprio questo concetto- principio, se non passando ad una nuova concezione di ente nella quale la funzione di regolazione sia prioritaria rispetto alle altre, se non prefigurando l'ente locale come soggetto integrato, non sovraordinato, nel sistema triangolare che vede la presenza di cittadini (nell'ampia accezione dei bisogni delle persone, delle imprese, del territorio, ...) e dei soggetti erogatori.

I limiti derivanti dalle risorse pubbliche disponibili e l'andamento crescente della curva dei bisogni non possono trovare sintesi se non promuovendo nuovi modelli di ente, pronto a promuovere, appunto, una risposta del sistema locale complessivamente inteso alle attese d'intervento.

[9] Cfr "Enti locali: dalla crisi del modello incrementale al nuovo modello di ente regolatore" in aa.vv – Il Comune ideale – Consiel 2002.

9. Le sedi del confronto

Nel quadro specifico delle relazioni interistituzionali, al di là degli strumenti tradizionali di raccordo che la legge mette a disposizione e che (pur con grandi differenze) gli enti utilizzano con continuità[10] e al di là anche della qualificazione dei rapporti che la sola attivazione della rete delle conoscenze è in grado di promuovere, assume un ruolo decisivo il *Tavolo Provinciale delle Autonomie locali* che dovrebbe essere costituito:

- dai rappresentanti degli enti locali esistenti nel territorio provinciale;
- dai rappresentanti delle autonomie funzionali che insistono od operano nell'ambito della Provincia.

Il Tavolo potrebbe articolarsi in sessioni più o meno ampie, sulla base della diversa natura delle questioni da affrontare.

Tra queste, potremmo indicare, a puro titolo di esemplificazione:

→ l'approfondimento condiviso della fase di diagnosi delle dinamiche interessanti il sistema territoriale di riferimento;
→ l'esame delle priorità individuate dai rispettivi centri decisionali[11];
→ l'esame dei quadri di compatibilità esistenti;
→ l'esame delle politiche d'intervento proposte;
→ l'esame delle proposte di organizzazione del sistema pubblico locale[12]
→ l'esame specifico dei grandi progetti interessanti il territorio provinciale.

Un aspetto che richiede i necessari approfondimenti è rappresentato dalle possibili modalità di costituzione del Tavolo.

Già oggi è possibile rinvenire in alcuni statuti provinciali riferimenti più o meno espliciti ad organismi in qualche modo riconducibili alla figura del Tavolo provinciale delle Autonomie locali.

Nel caso della Provincia di Piacenza, ad esempio, lo statuto[13] prevede la costituzione di una Conferenza provinciale delle Autonomie locali e il relativo rimando

---

[10] Conferenze di servizi, accordi di programma.

[11] Questo aspetto è di decisiva importanza. Nasce dal riconoscimento dell'organizzazione poliarchia del potere locale, senza il quale l'efficacia del processo decisionale di sistema si annulla. Non è possibile prefigurare sedi di confronto di merito sugli aspetti pianificatori (e poi programmatici) se non si assumono e non si legittimano le decisioni assunte dai diversi livelli di competenza. Ne consegue che lo strumento della concertazione delle politiche di governo diventa indispensabile.

[12] Si pensi, ad esempio, ai processi di associazionismo intercomunale.

[13] Provincia di Piacenza -Statuto -Articolo 45 -*La Conferenza provinciale delle autonomie locali*
45.1.La Conferenza provinciale delle autonomie locali è un organo generale consultivo e di coordinamento costituito da tutti i rappresentanti legali, o loro delegati, dei Comuni, delle Comunità montane e di altri enti locali, che intendano partecipare alla conferenza approvando apposito statuto-regolamento da predisporsi d'intesa tra i soggetti interessati.
45.2. Detto organismo è presieduto e convocato dal Presidente della Provincia. Si riunisce validamente in prima convocazione con la presenza di almeno la metà dei componenti e, in seconda convocazione, con l'intervento di almeno un terzo dei membri. Le sedute sono pubbliche. Funge da segretario il Segretario della Provincia.
45.3. La Conferenza provinciale delle autonomie può articolarsi in sezioni circondariali.

ad uno specifico statuto-regolamento da definirsi in sede concertativa tra gli enti promotori. Com'è ovvio, questa previsione, che pur fornisce alla Conferenza l'autorevolezza di un riconoscimento statutario, tradisce in qualche modo ancora una presunzione di sovraordinazione della provincia rispetto gli altri enti locali che non appare più in linea con il nuovo assetto costituzionale.

Da queste brevi riflessioni si sviluppa con una certa nettezza un orientamento teso a prefigurare che la procedura di costituzione del Tavolo provinciale delle Autonomie locali possa prevedere in via prioritaria la definizione di uno Statuto concertato tra i diversi soggetti promotori e deliberato dai rispettivi Consigli od organi competenti.

Dal punto di vista squisitamente giuridico, vista la potenziale, grande variabilità dei soggetti coinvolgibili, si può prefigurare l'adesione al Tavolo alla stregua dell'adesione ad una libera associazione tra soggetti pubblici.

10. Il sostegno ai piccoli Comuni

La problematica dei piccoli comuni è ancora irrisolta nel panorama della riforma istituzionale in corso, anche se si stanno diffondendo forme associative, nella gestione dei servizi pubblici locali e nell'esercizio delle funzioni amministrative, che possono aiutare a risolvere alcune delle criticità organizzative e gestionali ricorrenti. Ma è evidente come siamo ancora molto distanti da un assetto ottimale, anzi: le dinamiche in corso rispetto alla fiscalità locale, alla dislocazione delle risorse finanziarie, alla curva crescente dei bisogni e delle aspettative d'intervento, alla complessità delle funzioni di governo dei sistemi locali, potrebbero determinare condizioni di sostanziale e progressiva marginalizzazione di ampie porzioni del territorio nazionale.

Questo fenomeno va conosciuto e contrastato, non solo perché può determinare ulteriori squilibri tra le differenti realtà locali, ma anche perché determina condizioni

---

45.4. Le materie oggetto di parere e di coordinamento sono le seguenti:
45.4.1. riordino istituzionale;
45.4.2. assetto del territorio;
45.4.3. servizi ed aziende sovraccomunali;
45.4.4. pianificazione e grandi progetti infrastrutturali;
45.4.5. rapporti con la Regione;
45.4.6. atti fondamentali di programmazione provinciale generale e/o settoriale;
45.4.7. programmi per le pari opportunità fra uomo e donna.
45.5. Sulle stesse materie, la Conferenza ha compiti propositivi nei confronti degli organi istituzionali degli enti partecipanti. Essa inoltre ha compiti di promozione di iniziative volte alla professionalizzazione del personale dipendente degli enti, al processo di informatizzazione degli uffici, alla introduzione di nuove procedure gestionali e di nuovi regolamenti.
45.6. Le deliberazioni della Conferenza impegnano gli enti partecipanti a provvedere in conformità. Eventuali decisioni in contrasto devono essere congruamente motivate. Di tale impegno verrà fatta esplicita menzione nello statuto-regolamento di cui al primo comma.

inerziali anche in quelle aree territoriali che evidenziano una più elevata propensione all'innovazione e allo sviluppo.

Il legislatore ha cercato di adeguare gli strumenti normativi a disposizione degli enti locali per favorire forme associative che potessero nel contempo rispettare il ruolo dei governi locali e permettere il raggiungimento di dimensioni organizzative e gestionali più razionali.

Per altro, la ricerca di ambiti ottimali di esercizio delle funzioni, la scelta delle forme di gestione associata più funzionali agli obiettivi prefissati, richiedono (al di là del ruolo regolatore assegnato al legislatore regionale) una diffusa azione sul territorio, attraverso la quale creare le condizioni culturali, ambientali, organizzative e gestionali indispensabili affinché i processi d'integrazione siano efficaci.

In questo ambito la provincia può svolgere un ruolo decisivo, a cominciare dal fornire supporti metodologici ed operativi ai percorsi di analisi preventiva e di progettazione, nonché di assistenza alla fase costitutiva delle forme associative.

La nuova interpretazione della funzione provinciale, esercitabile nelle più diverse forme organizzative, si può porre l'obiettivo di promuovere lo sviluppo delle capacità di governo e d'intervento dei comuni minori, agendo sulla leva dei servizi di supporto che facilitino l'attuazione di processi d'innovazione aiutando gli enti nella loro attività quotidiana.

Alcune esperienze di servizi provinciali di assistenza agli enti locali minori sembrano rispondere positivamente a questa sollecitazione.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

CAPITOLO 6:
LE COMUNITÀ MONTANE
E L'ESERCIZIO ASSOCIATO DELLE FUNZIONI COMUNALI*

1. Introduzione

La principale finalità del presente capitolo è dimostrare come le Comunità montane, nella loro concreta realtà amministrativa, siano in grado di rispondere ai bisogni di aggregazione cooperativa e associativa attraverso l'esercizio più conveniente delle funzioni, dei compiti e dei servizi di competenza dei singoli Comuni.

La peculiarità delle amministrazioni comunali montane reca molteplici significati e indicazioni, che diventano preziosi per i comuni di minore dimensione demografica e organizzativa.

L'esperienza di cooperazione intercomunale in corso nelle 356 Comunità montane in Italia di cui fanno parte 4201 Comuni montani e parzialmente montani, apre uno spaccato conoscitivo che riguarda oltre il 50% dei Comuni italiani degli oltre 8000 presenti, che a loro volta coprono una superficie superiore al 50% del territorio nazionale.

Se ne ricava un quadro di conoscenza e di valutazione che può recare un contributo di chiarimento e di indirizzo pratico e sperimentale alle politiche di incentivazione messe in cantiere sia dallo Stato che dalle Regioni[14].

La prospettiva della gestione associata delle funzioni comunali costituisce, quindi, una delle ragioni di fondo della riorganizzazione del territorio e della riconduzione ad efficacia delle amministrazioni locali, che accompagnano l'evoluzione e la crescita della cultura amministrativa e gestionale delle comunità locali dei Comuni di minori dimensioni.

2. Le forme associative possibili

Nonostante le esigenze di rafforzare i piccoli Comuni discendano da una condizione strutturale molto lontana e profonda nel tempo, soltanto più di recente si è venuta compiutamente maturando la consapevolezza politica istituzionale di imboccare

* Il presente capitolo è a cura di Massimo Bella.

[14] Rupeni Ario, *"Funzioni Comunali Associate alle Comunità montane"*, rilevazione UNCEM, Società Tipografica Romana s.r.l., Roma, 2001, p.7.

la strada di incoraggiare forme cooperative ed associative tra le stesse amministrazioni comunali.

Si è così finalmente, quanto meno a livello legislativo, interrotto un orientamento politico culturale che tendeva ad affrontare la questione dei "comuni polvere" secondo una logica tipicamente centralistica, che puntava pressoché esclusivamente sulla loro fusione.

Ha di contro preso quota non solo l'idea di valorizzare forme libere di associazione intercomunale, come le Unioni "non montane" dei Comuni, ma anche la prospettiva di investire sulle già esistenti Comunità montane, istituzionalmente votate ad esercitare anzitutto le funzioni associate dei Comuni di montagna.

Di qui il senso, sottile ma strategico, prima della legge n. 265/99 e poi con ulteriore chiarezza del testo unico degli enti locali n. 267 del 2000, di qualificare le Comunità montane come "Unioni di Comuni montani".

Approdo, non meramente definitorio, che ha ridato slancio al ruolo delle stesse Comunità montane[15].

Il più volte citato testo unico degli enti locali n. 267 del 2000 prevede una vasta e ricca gamma di forme associative, tra le quali i Comuni possono scegliere il modello che maggiormente si adatta alle proprie specificità e necessità locali.

Le modalità di integrazione tra enti sono di diverso tipo.

Schematizzando, si possono identificare tre vie di integrazione:

- ✓ la soluzione istituzionale;
- ✓ la soluzione contrattuale;
- ✓ la soluzione mista.

La soluzione istituzionale incide sulla struttura politico-amministrativa locale. Essa comporta la riduzione del numero di Enti locali attraverso processi di accorpamento incentivati. Tale modello incontra forti resistenze, in quanto la sua adozione comporta la scomparsa degli enti che si fondono in un unico Comune.

La soluzione contrattuale non incide sulle strutture dimensionali locali e si ricollega alla stipula di convenzioni per la gestione condivisa delle funzioni e dei servizi. Tale approccio incontra però due grossi limiti. Innanzitutto vi è il problema del *free-riding*, il rischio cioè di un comportamento opportunistico che può spingere ciascun ente a ottenere i benefici della gestione associata, senza sopportarne i costi. Vi sono poi da considerare i costi relativi al processo di negoziazione, che possono essere particolarmente rilevanti nelle situazioni di eterogeneità politica, economica e sociale degli enti coinvolti.

La soluzione mista consiste in una combinazione di strumenti di natura istituzionale e contrattuale. In sostanza tale ipotesi prevede la costituzione di organismi

[15] Rupeni Ario, *"Funzioni Comunali Associate alle Comunità montane"*, rilevazione UNCEM, Società Tipografica Romana s.r.l., Roma, 2001, p.10.

ad hoc con competenze sovracomunali, senza tuttavia mettere in discussione l'identità dei singoli enti.

Le **forme associative e di cooperazione fra amministrazioni pubbliche** attualmente **previste dall'ordinamento italiano** sono le seguenti:

1) i protocolli di intesa;
2) le convenzioni;
3) gli accordi di programma;
4) l'esercizio associato di funzioni;
5) i consorzi;
6) le Unioni di Comuni;
7) le Comunità montane;
8) le fusioni.

Esse si dispongono lungo un *continuum* di crescente integrazione delle attività e dei processi decisionali, in cui è possibile riconoscere le tre differenti categorie di *partnership*:

la soluzione più forte ed **istituzionale**, riconducibile alla riduzione del numero di enti mediante *la fusione* in un solo Comune;

le soluzioni di natura contrattuale, le quali rappresentano modalità meno vincolanti: a tale classe appartengono i *protocolli di intesa*, le *convenzioni* e gli *accordi di programma*;

le soluzioni miste che danno vita a forme strutturate e durature, senza pregiudicare l'autonomia dei singoli partecipanti: ad essa si riconducono *l'esercizio associato di funzioni, i consorzi, le Unioni di Comuni, le Comunità montane*[16].

Dopo questo breve ma necessario riepilogo, emerge un dato chiaro ed incontestabile che, al di là delle possibili critiche, unisce e accomuna, come un ***fil rouge***, le forme associative analizzate: **la virtù della democrazia locale**.

3. Perché le forme associative e in quali settori

Al di là delle molteplici modalità di aggregazione, la medesima logica accomuna tutte le tipologie di partnership: l'esigenza di individuare la scala più conveniente per gestire le funzioni e i servizi pubblici locali e di adottare un modello di organizzazione a rete, che concili i vantaggi del coordinamento con il rispetto delle peculiarità di ciascun ente.

È indubbio che l'associazionismo rappresenti una esperienza estremamente affascinante e una risposta delle autonomie locali ai cambiamenti del contesto ambientale di riferimento.

[16] Racca Eduardo e Pietro, "Guida alla redazione dello statuto e alla gestione dei servizi associati", febbraio 2004, pp.52-53.

Occorre tuttavia partire dall'analisi della realtà, senza trascurare la complessità dei processi e mettendo da parte velleità fuori luogo.

Gli oltre 8 mila Comuni italiani rappresentano una realtà estremamente variegata ed eterogenea, che comprende tanto le amministrazioni di piccole dimensioni quanto quelle chiamate a governare le grandi città (la tabella sotto riportata contiene la distribuzione degli enti per numero di abitanti).

La maggioranza dei Comuni italiani è costituita dagli enti di minore dimensione demografica. Infatti oltre il 72% dei Comuni ha una popolazione inferiore ai 5 mila abitanti. Inoltre: il 10% degli enti non raggiunge i cinquecento abitanti, il 24% non supera i mille abitanti ed il 45% i duemila[17].

Il Comune rappresenta, agli occhi dei cittadini, il principale ente di riferimento per i servizi di base quali le scuole, i trasporti, la mobilità, le strutture sanitarie di pronto soccorso, la cura del territorio, lo smaltimento dei rifiuti, la sicurezza dei cittadini, solo per citare qualche esempio.

Il federalismo fiscale e amministrativo e le sollecitazioni delle collettività di riferimento hanno esteso notevolmente il raggio d'azione dei Comuni.

Se si considera il numero e il peso delle funzioni oggi affidate indistintamente a tutti gli enti, si comprende come quelli di minore entità demografica possano incontrare infinite difficoltà operative nel dare risposte adeguate ai bisogni delle comunità. L'esigenza di una riorganizzazione dei servizi pubblici su un'area più vasta si fonda essenzialmente sul principio delle economie di scala, in base al quale l'incremento delle unità prodotte comporta una riduzione dei costi unitari di produzione. Il problema delle economie di scala può quindi essere posto in termini di fornitura di un servizio pubblico per una popolazione più vasta a costi unitari inferiori, senza che a ciò si accompagni un deterioramento qualitativo del servizio.La qualità di un bene pubblico può ad esempio essere misurata in termini di accessibilità. La fruizione di servizi quali l'istruzione, l'assistenza sanitaria, le biblioteche, i campi sportivi e così via, è condizionata in modo essenziale dai mezzi, dai tempi e dai costi di trasporto necessari per accedervi. L'obiettivo è quello di individuare il bacino di utenza che consente di ottenere i più bassi costi unitari di produzione, compatibilmente con un'accessibilità ragionevole.

Gli enti di piccole dimensioni, quindi, scontano tutta una serie di elementi strutturali di forte criticità, quali la scarsità delle risorse finanziarie, umane e strumentali, la modesta capacità progettuale e di innovazione e il debole potere negoziale nei confronti degli altri soggetti pubblici e privati, che li spingono ad unirsi nelle forme associative previste dall'ordinamento per svolgere in modo efficiente, efficace ed economico i servizi e le funzioni di loro competenza.

Al di là di queste considerazioni, gli enti locali si trovano a dover operare una cernita dei servizi e delle attività da conferire all'esercizio associato. Semplificando, si può operare una tripartizione delle politiche sottese ai servizi locali:

[17] Cfr. Eduardo e Pietro Racca, op. cit., p.51.

1) **politiche amministrative**, di carattere interno, mirate al funzionamento di settori e uffici comunali: anagrafe, economato, uffici tecnici, uffici tributi, uffici personale;
2) **politiche sociali**, rivolte a determinate utenze sociali: servizi sociali, trasporto alunni e categorie sociali svantaggiate;
3) **politiche pubbliche**, rivolte all'intera collettività, che comprendono servizi generali come la distribuzione idrica, il gas, i trasporti, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti, la polizia municipale.

Le politiche pubbliche sono quelle di gran lunga più gestite in forma associata. Seguono le politiche sociali e, infine, le politiche amministrative. Ciò dimostra che i Comuni sono molto inclini verso gestioni associate di servizi alla collettività, ma poco aperti verso forme di funzionamento associato di settori amministrativi[18].

Più in particolare, va sottolineata nell'ambito delle politiche amministrative la consuetudine a gestire pressoché totalmente in proprio l'anagrafe e l'economato, nonché ad operare in misura modesta convenzioni pubbliche per i tributi e convenzioni private soprattutto nel settore del personale (stipendi, indennità) e in quello dei sevizi tecnici (consulenze tecniche). Sicché sono poco frequenti le esperienze che riguardano la gestione associata di servizi interni, quali la gestione delle risorse umane, la contabilità e il controllo di gestione, il nucleo di valutazione, l'informatizzazione.

Per contro, nel campo delle politiche pubbliche vi è propensione abbastanza elevata a stabilire convenzioni con altri Enti per i trasporti locali, i rifiuti solidi urbani, l'acqua e convenzioni con privati per i rifiuti e il gas. Per tutte le politiche pubbliche, in particolare per i rifiuti, non sono trascurate le soluzioni consortili. Numerose sono le forme di *partnership* dedicate alla costituzione dello sportello unico delle attività produttive, alla gestione delle attività di manutenzione e più in generale ai servizi di intervento sul territorio, quali l'illuminazione pubblica e la protezione civile.

In una dimensione intermedia si collocano le politiche sociali, i cui servizi risultano convenzionati in parte con altri Enti, con privati e in consorzio. Nel caso di servizi sociali e di servizi scolastici, la propensione dei Comuni a sperimentare forme di collaborazione si spiega con l'esistenza di consolidate esperienze di cooperazione fra gli enti attraverso i distretti socio-sanitari e scolastici, che facilitano il dialogo e il rafforzamento delle capacità di lavoro di gruppo.

4. Punti di forza e criticità delle forme associative.

Punti di forza

[18] Cfr. Eduardo e Pietro Racca, op. cit., p.54.

Vi sono numerosi vantaggi conseguibili attraverso l'adozione di forme di collaborazione interistituzionale, documentati anche dai risultati delle esperienze maggiormente consolidate, come ad esempio le Comunità montane[19].

I **principali vantaggi** della **gestione associata dei servizi** sono:

- ✓ di ordine economico: riduzione dei costi unitari di erogazione dei singoli servizi, accesso agli incentivi statali e regionali, miglioramento degli equilibri economici e finanziari di bilancio nel medio-lungo periodo;
- ✓ di impatto sull'offerta dei servizi: ampliamento della gamma e miglioramento della qualità dei servizi erogati;
- ✓ di ordine organizzativo: innovazione dei modelli organizzativi adottati, grado di flessibilità e di integrazione delle soluzioni organizzative congruenti con la formula collaborativa, creazione di opportunità professionali e di ambiti di lavoro più qualificanti per i dipendenti;
- ✓ di ordine strategico: evoluzione nel medio-lungo termine del ruolo e delle funzioni dell'ente e processi di apprendimento organizzativo e di trasferimento delle conoscenze e delle buone prassi;
- ✓ di ordine politico e sociale: mantenimento della capacità di rappresentare e tutelare gli interessi delle diverse comunità.

Sicuramente l'adozione di forme di cooperazione consente di realizzare:

- ✓ economie di scala;
- ✓ economie di raggio d'azione;
- ✓ economie di specializzazione e di apprendimento.

Tuttavia allo stato attuale delle esperienze la riduzione del costo medio unitario di produzione dei servizi conseguente alla gestione associata risulta nella maggioranza dei casi di difficile documentazione. Ciò in quanto, in assenza di sistemi di controllo di gestione, i dati sui costi di gestione interna derivano non da rilevazioni sistematiche ma da stime spesso approssimative e quindi difficilmente quantificabili.

L'ampliamento della gamma di servizi rispetto alla gestione autonoma da parte dei singoli enti si realizza in genere attraverso la predisposizione di servizi innovativi (almeno per il *target* di riferimento) o di modalità innovative di erogazione e di risposta ai problemi.

L'incremento delle risorse finanziarie, **professionali**, **tecnologiche** ed **organizzative** e le sinergie derivanti dalla cooperazione (quali la centralizzazione di alcune attività di *back office* e la eliminazione delle ridondanze e delle duplicazioni di attività ripetitive) consentono inoltre di mantenere un elevato livello di personalizzazione e in alcuni casi di migliorare le caratteristiche qualitative del servizio

[19] Si fa particolare riferimento alla rilevazione UNCEM, "*"Funzioni Comunali Associate alle Comunità montane"*, pubblicata nell'anno 2001, in cui si possono trovare informazioni dettagliate a riguardo.

offerto[20]. Ne sono esempi: il maggior presidio dei territorio e la tutela della sicurezza attraverso l'aumento dei turni di vigilanza della polizia municipale; la maggiore copertura del servizio di assistenza domiciliare; l'incremento del patrimonio librario messo a disposizione dai sistemi bibliotecari e l'incremento dell'orario di apertura al pubblico; la riduzione dei tempi di realizzazione degli interventi di manutenzione stradale o sulla rete idrica.

Un importante vantaggio è riconducibile alla **possibilità di liberare risorse e sviluppare competenze** per l'attivazione di nuove funzioni gestionali a supporto del funzionamento e dell'innovazione del Comune.

Gli enti di minori dimensioni non dispongono di unità organizzative o risorse dedicate allo sviluppo organizzativo e alle politiche del personale, al controllo di gestione, allo sviluppo dei sistemi informativi e all'attuazione delle azioni di *e-government*. L'ampliamento dei confini aziendali e l'attivazione di nuovi servizi comporta l'esigenza di una riorganizzazione e di una redistribuzione delle competenze professionali interne agli Enti. Si possono così delineare posizioni organizzative caratterizzate da contenuti di lavoro maggiormente specializzati e da una più articolata definizione dei livelli di responsabilità.

Di conseguenza risulta possibile disegnare, anche all'interno dei Comuni di minori dimensioni, dei percorsi di sviluppo professionale che consentono di gratificare e motivare maggiormente le persone presenti all'interno degli enti e che favoriscono l'eventuale processo di reclutamento di nuove unità per l'acquisizione di professionalità ritenute critiche per il funzionamento del modello organizzativo intercomunale.

È noto che il piccolo Comune tende inevitabilmente ad avere un personale "tuttofare", che fatica ad affinare la propria professionalità. Spesso i giovani dipendenti che migliorano le proprie professionalità, competenze e specializzazioni, abbandonano il piccolo Comune per un ente più importante, mossi dall'intento di migliorare le proprie condizioni di lavoro e di arricchire la propria esperienza[21].

Nei piccoli Comuni la struttura organizzativa tende ad essere di tipo elementare, con forti resistenze da parte dei politici ad attuare la separazione dei ruoli fra indirizzo e gestione. L'ingerenza del politico nelle scelte di gestione rappresenta pertanto un ostacolo o talora costituisce un alibi all'acquisizione di competenze gestionali e all'assunzione di specifiche responsabilità da parte dei funzionari.

L'adesione a forme di cooperazione intercomunale è di norma occasione e stimolo per innescare **processi di sviluppo organizzativo**, per rivedere e rafforzare i modelli organizzativi, aumentando il loro grado di formalizzazione, così che il funzionamento aziendale sia centrato su regole e sistemi operativi piuttosto che sul comportamento dei singoli operatori.

---

[20] Racca Eduardo e Pietro, "Guida alla redazione dello statuto e alla gestione dei servizi associati", febbraio 2004, p.55.
[21] Cfr. Eduardo e Pietro Racca, op. cit., p.56.

Un'ulteriore opportunità derivante dalla partecipazione a forme stabili di collaborazione consiste nello **sviluppo di nuove conoscenze**, nell'**incremento del *know-how* specialistico e gestionale** e più in generale nella crescita dei patrimonio intangibile dei singoli enti.

La **condivisione delle dotazioni tecnologiche**, dei **process**i e delle **risorse**, la costituzione di uffici comuni, l'attivazione di meccanismi operativi di integrazione, la necessità di confrontarsi per individuare prassi operative e regole organizzative uniformi, l'utilizzo intensivo - almeno nella fase di progettazione e di avvio della collaborazione - del lavoro di gruppo innescano infatti importanti processi di apprendimento, di scambio e trasferimento di competenze tecniche, giuridiche e gestionali che incrementano in modo significativo il patrimonio delle conoscenze del singolo ente.

Tale beneficio può rappresentare un fattore decisivo per lo sviluppo delle amministrazioni comunali di minori dimensioni, rafforzando l'autonoma capacità di produrre innovazione e di fronteggiare le dinamiche ambientali attraverso la formulazione di strategie in grado di assicurare il conseguimento dell'economicità aziendale.

Le forme di collaborazione stabile (associazioni intercomunali, Unioni e Comunità montane) rappresentano un adeguato contesto entro cui possono maturare simili opportunità, in quanto le relazioni di natura contrattuale (tipicamente le convenzioni) non richiedono e non determinano una significativa integrazione fra gli Enti[22].

Un'ultima area di potenziali benefici conseguibili attraverso la formalizzazione di alleanze è rappresentato dai possibili **miglioramenti nelle relazioni con soggetti esterni**, in termini di:

- ✓ realizzazione di sinergie di approvvigionamento ed aumento del potere contrattuale con i fornitori;
- ✓ elaborazione di una visione integrata del territorio e delle più opportune strategie di sviluppo e promozione dello stesso;
- ✓ costruzione e presidio di una rete di rapporti fra i diversi attori istituzionali ed economici presenti in una data area geografica;
- ✓ acquisizione di un maggior peso politico nel dialogo e nelle negoziazioni con livelli di governo superiori.

Lo sviluppo economico locale e la creazione di vantaggi competitivi per i sistemi territoriali richiedono all'Ente locale l'assunzione di un attivo ruolo di regia e di pianificazione strategica, attraverso l'utilizzo di forme di concertazione e negoziazione con i diversi *stakeholders* (sistema delle imprese, terzo settore, associazioni e organismi di rappresentanza degli interessi).

[22] Cfr. Eduardo e Pietro Racca, op. cit., p.57.

L'affermarsi di politiche di sviluppo locale improntate ad una logica di concertazione e di programmazione negoziata delinea per l'ente un ruolo di meta-organizzatore e di animatore dei contesto socio-culturale ed economico, capace di creare sinergie sul territorio tra i diversi partecipanti al sistema.

Il ricorso alla gestione associata dei servizi e la formalizzazione di stabili alleanze, anche a motivo dei vantaggi in precedenza delineati, possono indubbiamente consentire agli enti di minori dimensioni di interpretare in modo efficace il ruolo di promotore dello sviluppo locale.

I vantaggi derivanti da una condivisione di risorse intangibili possono tradursi in un abbattimento dei tempi e dei costi di acquisizione di *know-how*, nell'accesso ad informazioni rilevanti per l'attuazione delle politiche, nello sfruttamento congiunto dell'immagine di un determinato ente, nella possibilità di incrementare il peso dei singoli Enti nelle relazioni istituzionali con altri soggetti pubblici e privati.

Criticità

L'esperienza di questi anni dimostra che esistono numerose difficoltà e aree problematiche che connotano le diverse fasi della cooperazione interistituzionale: la fase iniziale di progettazione dell'assetto istituzionale ed organizzativo dell'alleanza intercomunale, la fase di gestione della formula associativa e la fase di sviluppo e consolidamento delle aree di cooperazione.

Le **principali criticità** sono:

- ✓ le reali finalità perseguite dai singoli enti;
- ✓ il contemperamento degli interessi delle diverse amministrazioni;
- ✓ la definizione dell'assetto organizzativo;
- ✓ la carenza di competenze professionali;
- ✓ l'inesistenza di sistemi di misurazione economica e di valutazione delle performance;
- ✓ l'accentuato spirito campanilistico.

Un primo aspetto critico è rappresentato dalle **reali motivazioni** che inducono i singoli enti e i loro amministratori ad avviare un processo di collaborazione stabile.

Spesso, dietro la decisione strategica di stringere alleanze di medio-lungo periodo, si nascondono interessi particolari e contingenti, talvolta meramente opportunistici, quali ad esempio:

- ✓ l'accesso agli incentivi statali e regionali;
- ✓ la ricerca di consenso in prossimità delle elezioni;
- ✓ la soluzione di problemi organizzativi legati a qualche singolo servizio o il miglioramento dei risultati economico-finanziari relativi a specifici ambiti.

Occorre che nella fase iniziale di attivazione della collaborazione ci sia un approfondito e aperto confronto sulle motivazioni reali che spingono gli enti ad allearsi. In caso contrario, il rischio è che si determini una situazione di *impasse* decisionale che

non consente l'avvio dell'effettivo processo di integrazione dei servizi; oppure che si costruisca un contenitore vuoto con limitate possibilità di durare nel tempo e di produrre risultati significativi[23].

Una seconda area problematica è quella relativa al **contemperamento delle priorità**, delle **attese** e delle **esigenze delle comunità e dei loro amministratori**, che possono derivare da:

- ✓ una significativa eterogeneità delle situazioni politiche e da una scarsa apertura all'esterno delle amministrazioni;
- ✓ un'elevata differenziazione socio-economico-territoriale che caratterizza anche aree contigue e limitrofe.

È il problema della scelta dell'assetto istituzionale e della composizione degli organi di governo delle forme associative. Sotto questo punto di vista, il legislatore ha riconosciuto agli enti aderenti una sostanziale autonomia nell'individuazione degli organi e dei ruoli istituzionali.

Occorre trovare un equilibrio stabile fra esigenze di autonomia del singolo ente ed esigenze di efficienza ed efficacia del governo della forma associativa. Occorre assicurare la tutela delle minoranze, conferendo al contempo spazi di potere e margini di azione che attribuiscano incisività all'azione di governo a livello associativo.

L'elezione indiretta può attenuare le resistenze degli amministratori locali e il timore di una perdita di potere conseguente alla creazione di un nuovo livello elettivo. Essa comporta tuttavia il rischio di una minore legittimazione degli organi di governo associativo, che non sono espressione diretta del consenso elettorale. L'elezione indiretta, accettabile quindi nella fase di *start-up*, potrebbe lasciare spazio nella fase di consolidamento ad un'elezione diretta che rafforzi il livello di democrazia e partecipazione.

Una terza area problematica è connessa alla **definizione dell'assetto organizzativo**. Le esperienze di collaborazione evidenziano numerose difficoltà nel realizzare un valido coordinamento delle strutture organizzative, dei sistemi operativi, delle prassi presenti all'interno degli Enti.

Per quanto concerne in particolare l'esercizio associato di funzioni e servizi, una prima decisione riguarda la scelta fra due possibili configurazioni:

- ✓ la costituzione di uffici comuni;
- ✓ l'individuazione di un Comune capofila.

Nel primo caso, si tende a realizzare un maggior grado di integrazione delle strutture degli enti partecipanti. In particolare questa soluzione favorisce la specializzazione e la valorizzazione delle risorse umane e promuove lo sviluppo del lavoro di gruppo. La logica sottesa al primo modello, ossia quella del fare insieme e del costruire sistemi di erogazione in comune, è di certo un processo più lungo, che assorbe

[23] Ibidem, p.58.

molte risorse ed energie ma che assicura una maggiore efficacia perché consente di realizzare collaborazioni più solide e stabili.

Nel secondo modello organizzativo si individua, per ciascun servizio, un ente referente (il Comune capofila), responsabile della gestione dei servizio anche per conto degli altri Comuni, i quali contribuiscono economicamente alla copertura dei costi di propria competenza.

Il modello organizzativo risponde alla logica dei sistema a rete. È pertanto possibile, fin dal momento della formalizzazione degli accordi, attivare e mettere in circolo le risorse e le competenze esistenti presso uno degli Enti partecipanti.

Si ha il rischio che il Comune dotato delle risorse tecnologiche e delle competenze professionali necessarie per fornire adeguati standard di servizio non le condivida di fatto con i partner, mantenendo una posizione di dominio nella distribuzione di potere fra gli enti partecipanti.

Un quarto punto critico è rappresentato dalla **carenza e** dalla conseguente **necessità di sviluppare competenze professionali adeguate** per assicurare il governo delle forme associative. Si tratta in particolare di competenze relative alla gestione di sistemi, di relazioni e di alleanze, di modelli a rete.

Il diffondersi del fenomeno dell'associazionismo e l'incremento progressivo del livello di integrazione fra gli enti partecipanti e del grado di produzione congiunta dei servizi richiedono di rafforzare e innovare il patrimonio di competenze dell'organismo personale nel suo complesso.

Un quinto aspetto problematico riguarda la **mancanza di sistemi informativi contabili e** più in generale di **sistemi di valutazione delle *performance***.

Vi è, in primo luogo, la difficoltà di formulare previsioni economico-finanziarie attendibili con riguardo alla gestione associata e di redigere pertanto un bilancio di previsione della forma collaborativa.

Vi è poi l'esigenza di progettare adeguati sistemi di contabilità analitica che consentano la misurazione dei costi di produzione dei servizi. I Comuni di minori dimensioni tendono ad ottemperare all'obbligo di redigere i rendiconti previsti dalla contabilità economico-patrimoniale non sulla base della tenuta sistematica di rilevazioni contabili, quanto piuttosto mediante il ricorso al prospetto di conciliazione.

Infine si sconta la carenza di adeguati strumenti di valutazione della qualità dei servizi erogati, tesi a verificare il rispetto di *standard* predefiniti. Di frequente nei Comuni di minori dimensioni la valutazione della qualità è focalizzata in particolare sulla qualità percepita, ossia sulla soddisfazione dell'utenza, misurata non attraverso sistematiche rilevazioni quanto piuttosto mediante occasionali ed informali rapporti diretti con i cittadini che segnalano disguidi, problemi ed inoltrano lamentele.

L'accentuato spirito campanilistico[24] e il forte radicamento storico e culturale delle istituzioni pubbliche locali nelle collettività rappresentano un ulteriore ostacolo

[24] Ibidem, p.62.

all'integrazione. Si parla a tal proposito di municipalismo, per indicare un atteggiamento mentale di diffidenza verso la *partnership*, di timore verso un progetto amministrativo considerato troppo innovativo. La classe politica tende all'autoreferenzialità, all'autotutela e alla conservazione delle proprie prerogative e del proprio peso istituzionale.

Condizioni per l'integrazione

L'esame e l'approfondimento di alcune significative esperienze in tema di associazionismo consentono di individuare le principali condizioni che favoriscono la nascita, lo sviluppo e la durata delle *partnership* locali.

I fattori che agevolano la collaborazione istituzionale sono:

- ✓ una salda volontà politica;
- ✓ la coerenza fra tutti gli elementi costituitivi della partnership;
- ✓ il ruolo assunto dal personale tecnico-amministrativo;
- ✓ una sviluppata cultura amministrativa orientata alla collaborazione;
- ✓ l'investimento in tecnologie dell'informazione e della comunicazione;
- ✓ l'adozione di una logica di gradualità;
- ✓ la presenza di condizioni ambientali favorevoli.

In primo luogo è determinante l'esistenza all'interno di tutti i Comuni coinvolti di una **ferma volontà politica**. La decisione di associarsi genera effetti positivi nel medio-lungo periodo, che possono andare al di là della durata del singolo mandato elettorale.

Urta seconda importante condizione è rappresentata dalla **coerenza fra gli elementi che costituiscono la *partnership***: i soggetti coinvolti, le caratteristiche dell'accordo, il livello di integrazione perseguito, la condivisione del potere decisionale, l'autonomia dei singoli enti, il funzionamento e la gestione della formula associativa.

In particolare, nella fase di avvio è necessaria un'ampia convergenza sul progetto di sviluppo del processo di integrazione. La progettazione congiunta della *partnership* consente di maturare la consapevolezza delle conseguenze politiche e gestionali della scelta ed assicura chiarezza e trasparenza nei rapporti tra i Comuni aderenti.

Un terzo elemento riguarda **il ruolo assunto dai funzionari e da tutti i dipendenti** in generale. È infatti necessario che gli obiettivi politico-strategici del processo di aggregazione siano condivisi dal personale tecnico-amministrativo.

Un'altra condizione è rappresentata da una **radicata cultura amministrativa**, caratterizzata da un accentuato orientamento **alla collaborazione**.

Le strategie di collaborazione trovano attuazione mediante l'adozione di modelli organizzativi a rete. Pertanto un requisito essenziale è costituito dalla **realizzazione di adeguate attrezzature informatiche**[25].

L'integrazione fra gli uffici, l'erogazione di servizi *on line* o la distribuzione capillare sul territorio di servizi ad elevato contenuto informativo debbono infatti essere

[25] Cfr. Eduardo e Pietro Racca, op. cit., pp.63-64.

supportate dal punto di vista informatico. Ciò significa che gli enti devono dotarsi non solo di *hardware* adeguati, ma anche di un unico sistema di comunicazione a livello di *software*.

Linguaggi comuni, strumentazioni simili, competenze omogenee, flussi informativi e procedure integrate, sistemi di gestione ed erogazione dei servizi supportati da reti telematiche rappresentano una condizione rilevante per garantire forme di erogazione dei servizi diffusi sul territorio e non centralizzate presso la sede dell'associazione.

Perciò per i piccoli Comuni la scelta associativa rappresenta una strada obbligata anche per poter dare concreta attuazione a tali innovazioni.

Per favorire l'associazionismo, è opportuno assumere una **strategia incrementale e progressiva** nella gestione del processo, specialmente laddove non vi siano esperienze di collaborazione pregresse, il grado di coesione delle volontà politiche sia modesto, il personale o la popolazione di alcuni enti mostrino significative resistenze.

Si può avviare l'esperienza collaborativa partendo dalla gestione associata di pochi servizi, che abbiano un impatto minore sul personale e sulla popolazione, o dalle attività per le quali la convenienza è più evidente e immediata. In un secondo momento si può allargare l'ambito della cooperazione, con forme di gestione congiunta più efficaci e sofisticate. Oppure sì può optare per accordi ed alleanze più snelle e leggere e successivamente costruire forme associative più stabili e vincolanti anche sul piano istituzionale.

Da ultimo assumono un ruolo rilevante le **condizioni ambientali** ed in particolare la relativa uniformità delle caratteristiche geografiche, economiche, politiche e sociali degli enti coinvolti. Se da un lato un certo grado di omogeneità rappresenta un fattore di facilitazione delle forme associative, d'altro canto la diversità può costituire un elemento di ricchezza che genera valore, purché sia riconducibile a soluzioni univoche e non degeneri in fratture non ricomponibili.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Rapporto sulla programmazione negoziata in agricoltura,* ISMEA, Roma, 2001

AA.VV., *Sviluppo locale e patti territoriali*, Europass, Newsletter, n.3, 1998

ALBANESE G., Il procedimento amministrativo e la riforma delle autonomie locali, Padova, 1993

AMOROSINO A., *Gli accordi di programma*, in *I modelli di organizzazione regionale e le amministrazioni per lo sviluppo economico*, Milano, 1985

AMOROSINO S., *Gli accordi amministrativi tra amministrazioni*, Padova, 1984

ANNESI M., *I patti territoriali,* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n.3, 1996

ARRIGHETTI A., SERRAVALLI G., *Istituzioni intermedie e sviluppo locale,* Donzelli Editore, Roma, 1999

BAGNASCO A., *Lezioni sullo sviluppo locale*, a cura di Giacomo Becattini e Fabio Sforzi, Rosenberg & Sellier, Torino, 2002

BAGNASCO A., *Tracce di comunità*, Il Mulino, Bologna, 1999

BANCO DI NAPOLI, *Nuovi strumenti per lo sviluppo: la programmazione negoziata*, in *Rassegna Economica*, anno LXI, n.1-4, gennaio-dicembre 1997

BARCA F., CIAMPI C.A., *La nuova programmazione e il Mezzogiorno,* Donzelli Editore, Roma, 1998

BARCA F., *Patti territoriali. Stato di attuazione e nuove procedure*, Europass, Newsletter, n.3, 1998, p.11 ss.

BECATTINI G., *Dal distretto industriale allo sviluppo locale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000

BECATTINI G., *Modelli Locali di Sviluppo*, Il Mulino, Bologna, 1989

BIANCO A., CONDORELLI P., *Guida ai Patti Territoriali*, Maggioli editore, Bologna, 1999

BOLOCAN GOLDSTEIN M., *I contesti territoriali dello sviluppo. La questione settentrionale tra sistemi produttivi locali e nuova programmazione,* in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, Franco Angeli, Milano, 1999

BOLOCAN GOLDSTEIN M., PASQUI G., PERULLI P., *La programmazione negoziata e la concertazione territoriale dello sviluppo in Lombardia: l'indagine empirica*, IRES Lombardia, Milano, 2000

BONOMI A., *Comunità artificiale. Le strategie degli attori nei Patti territoriali, nelle coalizione locali, per la coalizione sociale,* in G. De Rita, A. Bonomi (a cura di), *Manifesto per lo sviluppo locale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998

BOTTA F. (a cura di), *"Sviluppo. Territorio. Patti"*, in *Quaderni*, Università degli Studi di Bari - Dipartimento per lo studio per lo studio delle società mediterranee, 1998

BRESSAN M. CAPORALE A., *L'irruzione del territorio nelle politiche di sviluppo: programmazione negoziata, fondi strutturali e nuova programmazione* in *Sviluppo locale* n. 19 /2002, p. 81-118

C.S.A.R., *I patti territoriali in Piemonte*, Neos Edizioni, 2000

CAIAFFA F., *Le nuove frontiere dell'attività amministrativa consensuale: gli accordi di programma*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1993

CAMERA DEI DEPUTATI – Servizio Studi, *I patti territoriali*, in *Documentazione e ricerche*, n. 94, Roma, 1998b.

CANNADA BARTOLI E., *Accordo di programma e giurisdizione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995

CARAVITA A., *Gli accordi di programma*, in *Aziendaitalia*, 1990

CARNELUTTI F., *Contratto e diritto pubblico, Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931

CARTEI G., *Gli accordi di programma nel diritto comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991

CAVALLO A., *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1991

CENTRO STUDI CONFINDUSTRIA, *Patti territoriali e contratti d'area: nuove opportunità per il Mezzogiorno*, a cura di Rosa G, Febbraio, 1997, pp. 22 ss.

CERSOSIMO D., CAMMAROTA O., *Il territorio come risorsa*, Roma, Formez/Donzelli, 2000

CERSOSIMO D., *I patti territoriali*, in D. Cersosimo, Donzelli, *Mezzogiorno*, Roma, Donzelli editore, 2000

CERSOSIMO D., *Mezzogiorno, realtà, rappresentazione e tendenze del cambiamento meridionale*, Donzelli, Roma, 2000

CERSOSIMO D., PERRI A., *Azione collettiva e sviluppo locale: l'esperienza dei patti territoriali*, in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, Franco Angeli, Milano, 2002

CERSOSIMO D., WOLLEB G. – *Politiche pubbliche e contesti istituzionali. Una ricerca sui Patti territoriali, Stato e Mercato*, numero 63, dicembre 2001

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997

CGIL, CISL e UIL, *Patti territoriali e Programmazione negoziata, Osservazioni e Proposte*, Documento elaborato per il seminario unitario su "Regionalizzazione dei Patti territoriali e il futuro della programmazione negoziata", marzo 2001

CGIL, CISL, UIL, *I patti territoriali nell'esperienza italiana*, Ottobre 1997

CIVITARESE S., *Semplificazione ed autocoordinamento nei procedimenti di localizzazione delle opere statali*, in *Le Regioni*, 1995

CNEL – Gruppo di Coordinamento Tecnico, *La lezione dei Patti territoriali per la progettazione integrata territoriale nel Mezzogiorno*, Gennaio 2003

CNEL – LABORATORI TERRITORIALI, *I patti territoriali e lo sviluppo locale*, Roma, 1998

CNEL, *I protocolli di legalità nella programmazione negoziata*, Roma, 2001

CNEL, *Consulta per il Mezzogiorno, Sviluppo locale e sicurezza. Esperienze dei protocolli di legalità nei Patti Territoriali*, n.27, Roma, marzo 2000

CNEL, *I patti territoriali- Quattro anni di esperienza*, Roma, 1997

COLAIZZO R., *Progettazione Integrata Territoriale*, Volume I, *Il quadro economico e programmatico*, Formez, Donzelli editore, maggio 2000

CONSORZIO A.A.STER, *I protagonisti e le esperienze territoriali della programmazione negoziata.*, CNEL, Roma, 1999

COPPOLA FS, *Una sfida per il Sud: i patti territoriali,* , in "Rassegna Economica", n.4, 1996

CORSO G., *L'accordo di programma*, in *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Roma, 1988

CORSO G., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Bologna, 1991

CORTE DEI CONTI, *Indagine sui patti territoriali; attività di competenza dell'amministrazione centrale*, Roma, novembre 2000

CREMASCHI M., *Il territorio e i fondi strutturali. Patti territoriali e Contratti d'area. Nuova Programmazione. Verso i complementi di programma,* in *DICOTER*, 2000

DE MEO G., NARDONE G., *Programmazione negoziata e sviluppo locale,*. Convegno "Sviluppo rurale: Società, Territorio, Impresa", Firenze 4 - 5 maggio 2000

DE RITA G., BONOMI A., *Manifesto per lo sviluppo locale. Dall'azione di comunità ai Patti territoriali*, Bollati Boringhieri editore, giugno 1998

DEIDDA D., *E' il territorio il cuore dello sviluppo*, FORMEZ/RAP 100, 26 marzo 2001

DEL MONTE A., *La nuova politica per il Mezzogiorno: dalla centralizzazione allo sviluppo locale incentivato* in *Economia e politica industriale*, n.100

DEMATTEI G., GOVERNA F., *Contesti locali e grandi infrastrutture. Politiche e progetti in Italia e in Europa*, Franco Angeli, Milano 2001

DI GASPARE G., *L'accordo di programma: struttura, efficacia giuridica e problemi di gestione*, in *Le Regioni*, 1988

FADDA M., MONTEMURRO F. , *Fondi UE e sviluppo locale*, Il Sole 24 Ore S.p.A., 2001

FALCON G., *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali*, in *Regione e governo locale*, 1990

FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984

FANTOZZI P., *Comunità, società e politica nel Sud d'Italia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1997

FANTOZZI P., *Il mezzogiorno alla ricerca di u n'autonomia*, in *Il Mulino*, n.4, 1998

FERRARA R., *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Digesto* (disc. pubbl.) VIII, 1993, p.562

FERRARA R., *Gli accordi di programma*, Padova, 1993

FIAMMERI B. *Più infrastrutture nei patti territoriali. Al via investimenti per 387 miliardi, Edilizia e Territorio*, Il sole 24 ore, ottobre 2000

FIORITTO F., *Accordi di programma e contrats de plan*: *somiglianze e divergenze* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1989

FORMEZ, *L'esperienza dei patti territoriali: insegnamenti per i PIT* , RAP 100, 2001

FRANZINI M., *Cooperazione, scelte pubbliche e sviluppo locale*, in *Meridiana*, n.34-35, 1999

FRESCHI A.C. *Capitale sociali e politica e sviluppo locale. L'esperienza dei Patti territoriali in Toscana*, ricerca realizzata nell'ambito del Progetto speciale CNR "Regioni europee, Unione monetaria e mezzogiorno", 2000

GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1998, I, p. 611

GALLIA R., *La programmazione negoziata: il quadro normativo ed i maggiori ostacoli al decollo* , intervento al Seminario PASS 2-bis, Lamezia Terme, 6 maggio 1999

GALLIA R. (1998) *Sui Patti territoriali approvati dal CIPE*, in "Rivista economica" del Mezzogiorno n.12

GALLIA R., *La nuova disciplina della "Programmazione negoziata",* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1/1997

GAMBARO, *L'occupazione acquisita ed i dialoghi tra i formanti*, in *Foro Italiano*, 1993

GASTALDI F., *Capitale sociale territoriale e promozione dello sviluppo locale*, in Archivio di Studi Urbani e Regionali", Franco Angeli, 2003

GENOVESE S., *Gli strumenti della programmazione negoziata: intese accordi e patti territoriali: intese, accordi, atti territoriali e contratti d'area* , in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985

GILLI D., SCASSELLATI A., *La formazione dei patti territoriali e le arre di risi- Ricerca sui progetti formativi a sostegno degli strumenti di programmazione negoziata* , ISFOL – RP (MDL), Roma

GRECO G., *Accordi di programma e procedimento amministrativo*, in *Il diritto dell'economia,* Milano, 1990

GRECO G., *Commento all'art. 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142*, in AA.VV., *Le autonomie locali*, Milano, 1990

GRECO P., *Voce accordi di programma* , in *Le autonomie locali*, Milano 1990, vol. I, p. 379

HOFFMANN A., LEONE MS, *Patti territoriali e turismo rurale: come usare in modo corretto una risorsa preziosa*, in Capello R., Hoffmann A. (a cura di), *Sviluppo locale tra globalizzazione e sostenibilità*, Franco Angeli, Milano, 1998

ISFOL, Consorzio Aaster, *Guida alla progettazione dello sviluppo locale. Dall'analisi del contesto locale alla costruzione del partenariato,* Franco Angeli, Milano, 1999

ITALIA V., *Lo snellimento dell'attività amministrativa*, Milano, 1997

ITALIA V.- BASSANI M., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995, p. 340-342

ITALIA V.- BASSANI M., *L'iter preliminare all'accordo di programma*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1992

ITALO FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Edizione Pragma, Bologna, 1995

LAMBERTUCCI P., *Gli strumenti di programmazione negoziata*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1999, n. 14, p.152

LAMBERTUCCI P., *Patti territoriali e contratti d'area*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, n.25, p. 325

LAMBERTUCCI P., MARESCA A., *Contratti d'area, flessibilità salariale e occupazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, n. 7, pp. 413 ss.

LANZALACO L., *Istituzioni, organizzazioni, potere. Introduzione all'analisi istituzionale della politica* , NIS, Roma, 1995

LEONE G., *L'accordo di programma nella realizzazione delle opere pubbliche*, in *Atti del Convegno-Seminario su "Il nuovo ordinamento degli enti locali (l. 8 giugno 1990, n. 142)",* 1990

LOSURDO F., *Programmazione negoziata e regolazione sociale. I patti territoriali* in Botta F. (a cura di), *Sviluppo territorio e Patti*, Università degli Studi di Bari - Dipartimento per lo studio delle società mediterranee, Bari, 1998

MAGATTI M., *Azione economica come azione sociale*, Franco Angeli, Milano, 1997

MANFREDI G., *Modelli contrattuali nell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1992

MANZELLA G.P., *Patti territoriali: vicende di un istituto di programmazione negoziata*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1997

MARONE R., *Gli accordi di programma nella legge n. 142 del 1990*, in *Il corriere giuridico*, 1991

MATERA E., *Un Mezzogiorno che gioca da solo e per se stesso:l'occasione o l'illusione della programmazione negoziata*, in Botta F (a cura di), "*Sviluppo territorio e patti*", Quaderni del Dipartimento per lo studio delle società mediterranee", Cacucci Editore, Bari, 1998

MESSINA P., *Due modi di regolazione politica dello sviluppo locale: i casi del Veneto e dell'Emila-Romagna*, in *Le istituzioni del federalismo, Politiche industriali e servizi reali alle imprese: Emilia- Romagna e Veneto*, n. 1 /2002 p. 145-180

MINISTERO DEL TESORO (a cura di Corbo Esposito A.M.), *I patti territoriali della seconda generazione: un tentativo di analisi*, Roma, 2000

MINISTERO DEL TESORO, DEL BILANCIO E DELLA PROGRAMMAZIONE ECONOMICA, *Patti territoriali e contratti d'area- La situazione al 24 marzo 1998,* Roma, 1998

MIRABELLI C., *Concertazione e sviluppo locale,* in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 3, 2000

MISSIONI DI SVILUPPO, *I patti territoriali nel Mezzogiorno d'Italia*, Imprenditoria giovanile s.p.a., 1998

MONACI G., *Programmazione dello sviluppo territoriale e politiche per l'innovazione. Il caso della provincia di Milano.* in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, Franco Angeli, Milano, 1999

MORELLI in AA.VV. *Diritto amministrativo,* Bologna, ed. 1993, p. 1127

MUTTI A., *Capitale sociale e sviluppo*, Il Mulino, Bologna, 1998

MUTTI A., *Reti sociali: tra metafore e programmi teorici*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n.1, pp.5-30, 1996

NICOLAI M., *La programmazione negoziata. Patti territoriali e contratti d'area: nuovi strumenti di finanza agevolata per le imprese e gli enti locali,* IPSOA, 1999

PACCHI C., in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, Franco Angeli, Milano, 2003

PALERMO P.C., SAVOLDI P., *Esperienze locali: contesti, programmi, azioni,* Franco Angeli/dip. Politecnico di Milano, 2002

PASQUI G., *Il capitale sociale oltre la prossimità. Reti sociali e reti di* governance, in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, Franco Angeli, Milano, 2003

PASQUI G., *Sviluppo locale tra economia, società e territorio: tradizioni e politiche,* in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, Franco Angeli, Milano, 1999

PASQUI G., VALSECCHI E., *Apprendere nell'esperienza: pratiche, riflessioni e suggerimenti,* Franco Angeli/diap Politecnico di Milano, 2002

PASTORI G., *Accordo e organizzazione amministrativa*, in *L'accordo nell'azione ammministrativa*, Atti del convegno organizzato dal Formez in Roma nel 1988, Roma, 1988

PERICU G., *L'accordo di programma nella legge sulle autonomie locali*, in *Diritto amministrativo II* (a cura di L. Mazzarolli), Bologna, 1998

PERULLI G., *Conferenze di servizi e accordi di programma*, in *Lo snellimento dell'attività amministrativa* (coordinatore V. ITALIA), Milano, 1997

PERULLI G., *L'iter preliminare all'accordo di programma*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1992

PICHIERRI A., *Concertazione e sviluppo locale*, in *Stato e Mercato*, 2001, n.2, pp.237-266

PINO E., *Commento all'art. 27*, in A.A.V.V., *Il nuovo ordinamento delle autonomie locali. Commento alla legge 8 giugno 1990 n. 142*, in *Prime note alla legge n.142/1990*, 1990

PREDIERI A. , *Gli accordi di programma,* in *Quaderni Regionali,* 1991

PROVINCIA DI TORINO, Patti territoriali. *La programmazione negoziata e lo sviluppo locale in Provincia di Torino*, Torino, 2000

PUGLIESE F., *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995

QUAGLIA M.A., in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, p. 106

QUARANTA Q., *Gli accordi di programma nella legge 1° marzo 1986 sul Mezzogiorno*, in *Il Consiglio di Stato*, 1987

RADAELLI G., *Verso progettazioni complessive*, Milano, 1985

RICCONE P., *Il Patto territoriale dell'Appennino Centrale: concertazione, consenso ed innovazione. Un'analisi di processo*. in *Il Nuovo Governo Locale*, 1999, n.3, pp.95-118

RICCONE P., *Programmazione negoziata e sviluppo locale: tre patti territoriali a confronto*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n.2, 2002, pp.89-128, Carocci editore, Roma

ROSSI M., *La concertazione per lo sviluppo locale: il caso del patto territoriale della zona ovest di Torino*, Torino, 1999. Tesi del master in Analisi delle politiche pubbliche

SABATINI M., CORRAO M., *La politica di coesione: risorse, strumenti, futuro*, Quaderni europei 6, Edizioni Lavoro Roma, 2001

SABATINI M., *La concertazione territoriale e la programmazione negoziata*, saggio per il Rapporto sulle relazioni sindacali in Italia 1997/98, febbraio 2000

SALONE C., *Il territorio negoziato. Strategie, coalizioni e patti nelle nuove politiche territoriali*, Alinea, Firenze 2000

SANTANDREA R. V. , *I Patti territoriali in Puglia, Rivista economica del mezzogiorno*" / a. XI n. 4, 1997

SCALERA D., ZAZZARO A., *Sussidi, programmazione negoziata e impresa pubblica nel Mezzogiorno*, in: QA n. 3 /2002 p. 19-44

SCIULLO S., *Sintonie e dissonanze* fra *le leggi 142/'90 e 241/'90,* in *Foro amm.*, 1990

STAIANO S., L'accordo di programma nelle leggi n.64/1986 e n. 142/1990, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1992

STANISCIA. B., *I patti territoriali per l'occupazione dell'Unione europea*, in *Sviluppo locale* n. 19 /2002, p. 8-42.

STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale ed accordi di programma*, Milano, 1992

SVILUPPO ITALIA, *Caratteristiche e potenzialità dei patti territoriali*, Roma, giugno 2000

TORCHIA L., *Gli accordi di programma fra regioni ed enti locali: una ipotesi di lavoro*, in *Regione e Governo locale*, 1990

TRAVI A., *Le forme associative tra gli enti locali verso i modelli di diritto comune,* in *Le regioni*, 1991

TRAVI A., *Le forme di cooperazione interlocale,* in *Rivista di diritto amministrativo,* 4/1996

TRIGLIA C., *Le condizioni "non economiche" dello sviluppo: problemi di ricerca sul Mezzogiorno d'oggi*, in "Meridiana", n.2, 1988

TRIGLIA C., *Sviluppo senza autonomia. Effetti perversi delle politiche nel Mezzogiorno*, Il Mulino, Bologna, 1992

VANDELLI L., *Ordinamento delle autonomie locali. Commento alla legge 8 giugno 1990, n. 142,* Rimini, 1991

VIPIANA P. M., *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, 1993

ZERBONI N., *Patti territoriali e contratti d'area,* Edizioni Pirola, Il Sole 24 Ore, Milano,1999