

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVII – Nuova serie  
N.2/2018 (maggio-agosto)

## INDICE

### DOTTRINA

GUIDO CORSO

*La rappresentanza politica nell'era digitale* 193

LOREDANA GIANI

*Spunti per la costruzione di una "cultura dell'innovazione" negli appalti  
in sanità* 205

ALBERTO ZITO, MARIA IMMORDINO

*Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni:  
stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente* 223

SALVATORE CIMINI

*Il regime giuridico delle concessioni autostradali* 237

GIOVANNA PIZZANELLI

*Il diritto ambientale tra command and control ed economia circolare:  
l'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura* 275

VANESSA MANZETTI		
	<i>Il sistema dottorale nell'economia della conoscenza</i>	311
PIERA GUGLIELMINI		
	<i>L'accesso al dottorato di ricerca: un diritto condizionato del dipendente pubblico</i>	333
BRUNO MERCURIO		
	<i>Regime dei titoli edilizi e forma della funzione amministrativa. Alcune riflessioni</i>	341

*Dottrina*



# La rappresentanza politica nell'era digitale

di Guido Corso

SOMMARIO: 1. Internet e il voto istantaneo. Declino della democrazia rappresentativa? – 2. Giustificazione della rappresentanza politica. – 3. Due idee di società. – 4. Democrazia e conflitti sociali. – 5. I limiti tecnici del referendum. – 6. A mo' di conclusione.

## 1. *Internet e il voto istantaneo. Declino della democrazia rappresentativa?*

Internet consente al cittadino di votare istantaneamente una lista di candidati al parlamento, per un gruppo politico che usi questo mezzo di selezione; di prendere posizione su un quesito oggetto di un referendum; di esprimere assenso o dissenso immediato dopo la dichiarazione di un leader politico, così come consente al leader di dialogare direttamente con il pubblico dei follower, senza indire una conferenza stampa o rilasciare un'intervista a un giornale.

Un dialogo, non un monologo, perché al twitter del politico segue un'ondata di like o di contumelie.

La distinzione tra vita pubblica e vita privata viene, in certo modo, abolita perché “chi agisce in rete, come blogger, commentatore, acquirente, semplice flaneur o attore politico potenziale, si trova in una situazione privata, perché è a casa sua o comunque isolato, e il tempo stesso pubblica, perché comunica con altri soggetti nella sua stessa condizione”.<sup>1</sup>

È naturale che la tecnologia digitale abbia riproposto il tema della democrazia diretta: un tema che era divenuto una semplice curiosità, dopo che si era ritirata l'onda assemblearista degli anni settanta del secolo scorso. Non è casuale che il tema sia stato ripreso dal gruppo politico che è nato dalla rete, il cui guru preconizza la fine dei parlamenti nel giro di qualche lustro.

Considerato il successo del “populismo digitale” non è consigliabile snobbarlo. Il fenomeno sollecita piuttosto una riflessione sulla classica alternativa tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa.

## 2. *Giustificazione della rappresentanza politica*

Delle tante giustificazioni che sono state date della rappresentanza politica c'è ne sono due particolarmente significative.

La prima è stata formulata, paradossalmente, dal teorico della democrazia diretta, J.J. Rousseau.

---

<sup>1</sup> A. DEL LAGO *Populismo digitale*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2017, p. 53.

*“Quante cose difficili da riunire non presuppone questo Governo (sottinteso, democratico)! Innanzitutto, uno Stato molto piccolo, in cui sia facile adunare il popolo, e in cui ogni Cittadino possa conoscere facilmente tutti gli altri. In secondo luogo, una grande semplicità di costumi, che prevenga il moltiplicarsi degli affari e le discussioni spinose.*

*Quindi una notevole eguaglianza nei ranghi e nei patrimoni, senza di che l'uguaglianza non potrebbe conservarsi a lungo nemmeno nei diritti e nell'autorità; infine, poco o nessun lusso, perché il lusso è causato dalle ricchezze e la rende necessaria; corrompe allo stesso tempo il ricco e il povero, l'uno attraverso il possesso, e l'altro attraverso la cupidigia”<sup>2</sup>.*

È *“l'immensità degli Stati”*, assieme all’*“intiepidirsi dell'amor di patria e la forza dell'interesse privato”*, che ha *“fatto escogitare il sistema dei Deputati o Rappresentanti del popolo nelle assemblee della Nazione”<sup>3</sup>.*

Non che questa, per Rosseau, sia democrazia – *“la Sovranità non può essere rappresentata per la stessa ragione per cui non può essere alienata”<sup>4</sup>*. Egli prende, comunque, atto della impossibilità della democrazia diretta in un grande Stato (e, si potrebbe aggiungere, dell'impossibilità di una democrazia diretta in una società, che non sia fatta tutta di persone virtuose, disinteressate, e che non aspirino ad arricchirsi).

E anche se, ripetesi, egli nega che la sovranità possa essere rappresentata, è costretto ad ammettere la necessità che il popolo abbia i suoi “commissari”: non rappresentanti, ma solo commissari che, come tali, *“non possono concludere niente in modo definitivo”* perché ogni legge da loro votata deve essere *“ratificata dal popolo”*, e in assenza di ratifica, *“non è legge”<sup>5</sup>*.

Chi ha desunto la necessità del governo rappresentativo dalla impossibilità della democrazia diretta, pur riconoscendo, in astratto, la preferibilità di quest'ultima è J. Stuart Mill.

Il solo governo che può soddisfare pienamente le esigenze dello stato sociale è quello nel quale tutto il popolo partecipa; ogni partecipazione, anche alla più piccola delle funzioni pubbliche, è utile; la partecipazione dovrebbe essere tanto intensa, quanto il livello generale (sott. culturale) della comunità lo consente; e niente è più desiderabile della partecipazione di tutti ad una quota del potere sovrano dello Stato. Poiché, tuttavia, in una comunità più ampia di una piccola città non tutti possono partecipare personalmente se non ad una piccola porzione degli affari pubblici, ne consegue che il tipo ideale di un perfetto governo deve essere il governo rappresentativo<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> *Il contratto sociale*, tr. It. Milano 2002, libro III, cap. IV, p. 108.

<sup>3</sup> *op. cit.*, pag. 148.

<sup>4</sup> *op. cit.*, *ivi*.

<sup>5</sup> *op. cit.*, pag. 148.

<sup>6</sup> J. STUART MILL, *Considerations on Representative Government, in On Liberty and Other Essays*, Oxford 1991, p. 256.

Alla luce di questi argomenti, la rappresentanza politica è il minor male, e si giustifica in ragione di elementi meramente tecnici e fattuali, come “*la grande estensione territoriale delle medesime comunità politiche ed il numero elevato dei loro abitanti*”. Un “*ripiego*” che “*non può nascondere la sua carenza rispetto alla democrazia vera e propria*”<sup>7</sup>. Tanto è vero che gli ordinamenti contemporanei prevedono correttivi, come il referendum o le leggi di iniziativa popolare, quasi a colmare lo spazio vuoto, che separa la democrazia diretta dalla democrazia rappresentativa.

L'altra giustificazione della rappresentanza implica una valutazione diversa dei due schemi.

La democrazia rappresentativa, non è un ripiego cui si ricorre nella impossibilità di praticarla in una società popolosa, ma costituisce un miglioramento, un affinamento della democrazia diretta.

Nel celebre Federalist n. X, scritto come tutti gli altri articoli del Federalist tra il 1787 e il 1788 per caldeggiare il passaggio dalla Confederazione alla Federazione degli Stati Uniti, James Madison espone l'argomento a favore della democrazia rappresentativa. La terminologia usata non deve ingannare: egli contrappone alla democrazia la repubblica, per dimostrare la superiorità di quest'ultima, ma in realtà le ragioni che vengono addotte a favore della Repubblica, sono tutte a sostegno del governo rappresentativo, soprattutto quando esso opera su un ampio territorio.

Una piccola comunità che si amministra, scrive Madison, tende ad esser preda delle fazioni: ove per fazione si intende un gruppo di cittadini, non importa se la maggioranza o una minoranza della comunità, che sono uniti e mossi da una passione o da un interesse a danno dei diritti degli altri cittadini o degli interessi permanenti e aggregati della comunità.

Per impedire i guasti cagionati dalle fazioni ci sono due soluzioni: o rimuoverne le cause o controllarne gli effetti.

Le cause, a loro volta, possono essere eliminate in due modi: o sopprimendo la libertà, che è essenziale alla stessa esistenza della fazione; o istillando nei cittadini le stesse opinioni, le stesse passioni e gli stessi interessi. Il primo dei due rimedi è peggiore del male. Se è vero che la libertà è per la fazione quello che l'aria è per il fuoco, un alimento senza il quale il fuoco si spegne, sarebbe follia abolire la libertà, che è essenziale alla vita politica, sol perché essa alimenta la fazione. Sarebbe come volere eliminare l'aria, che è essenziale alla vita animale, perché conferisce al fuoco la sua capacità di distruzione.

Il secondo rimedio non solo è impraticabile, ma non sarebbe saggio impiegarlo, anche se fosse praticabile.

La diversità delle facoltà degli uomini, da cui nascono i diritti di proprietà, è un

---

<sup>7</sup> R.W. BOCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Stato, Costituzione, Democrazia*, tr. It. Milano 2006, p. 502.

ostacolo insuperabile alla uniformità degli interessi, così come la libertà di esercitare la ragione, costituisce un ostacolo insormontabile alla uniformità delle idee.

Ora la protezione di queste facoltà è il primo obiettivo del governo. Dalla protezione delle differenti ed ineguali facoltà o capacità di acquistare proprietà discendono una diversa misura e diversi generi di proprietà: e poiché questi, a loro volta, influenzano i sentimenti e le vedute dei rispettivi proprietari, ne risulta una inevitabile divisione della società in interessi e partiti diversi. La fonte più comune delle fazioni è sempre stata la varia ed ineguale distribuzione della proprietà; come lo è la distinzione tra creditori e debitori, tra proprietari terrieri ed industriali, tra capitalisti e lavoratori. Una varietà di interessi in conflitto, che la moderna legislazione ha il compito di regolare.

Una "democrazia pura", ossia una società formata da un piccolo numero di cittadini, che si amministrano e governano personalmente, è incapace di rimediare ai guasti della fazione, quando faziosa è la maggioranza.

Al contrario, scrive Madison, "*una repubblica, con cui intendo un governo ove trova applicazione lo schema della rappresentanza, apre una differente prospettiva, e promette la cura che noi stiamo cercando.*"

Ci sono due grandi differenze tra una democrazia e una repubblica: innanzitutto, la delega della potestà di governare, a un ristretto numero di cittadini eletti dagli altri, che è propria della repubblica; e in secondo luogo, il più grande numero di cittadini e la più grande dimensione del paese sotto la repubblica.

Per effetto della prima delle due differenze, le pubbliche vedute vengono allargate ed affinate, per essere filtrate da un corpo scelto di cittadini, la cui saggezza è più in grado di discernere il vero interesse del paese, e il cui patriottismo ed amore di giustizia sono meno suscettivi di sacrificare tale interesse a considerazioni contingenti o di parte.

Può così accadere che la voce pubblica, emessa dai rappresentanti del popolo, si armonizzi col bene pubblico meglio che se provenisse dal popolo stesso, radunato a questo scopo. Ciò non esclude che uomini faziosi, portatori di pregiudizi localistici o di disegni sinistri possano, con l'intrigo, la corruzione o altri mezzi, ottenere i suffragi e tradire gli interessi del popolo.

Tuttavia questo esito è più improbabile in una grande comunità che in una piccola, anche perché nella prima è più largo l'ambito entro il quale gli elettori sono chiamati a scegliere, e più ampio è l'elettorato. L'obiettivo è quello di garantire un giusto mezzo tra uno Stato troppo grande, in cui i rappresentanti perdono il contatto con la realtà locale e gli interessi minori, ed uno Stato troppo piccolo, sicché il rappresentante è troppo legato agli interessi locali ed incapace di comprendere e perseguire gli obiettivi nazionali<sup>8</sup>.

In definitiva la rappresentanza politica ha il vantaggio di selezionare i cittadini

---

<sup>8</sup> A. HAMILTON, H. MADISON, J. JAY, *The Federalist or the New Constitution*, London 1961, pp. 42-46.



tendenzialmente più saggi, capaci di svincolarsi dalle passioni e dagli interessi delle fazioni e di compiere scelte più consone al vero interesse del paese.

Simile a quella di Madison, almeno in parte, è l'impostazione di Hegel, un gigante che proviene da un'area culturale del tutto diversa.

Si scelgono rappresentanti – scrive Hegel – affinché deliberino sugli affari generali: sono destinati a questo nella fiducia che essi si intendano di tali affari meglio di coloro che li scelgono. I rappresentanti fanno valere essenzialmente l'interesse generale, non l'interesse particolare di una comunità o una corporazione<sup>9</sup>.

Essi non sono dei commissari cui sia stato commissionato qualcosa o siano state date istruzioni: si riuniscono in un'assemblea che decide, dopo che i suoi componenti si sono scambiati informazioni e si sono convinti a vicenda (ivi). Rappresentare non significa che uno sia al posto di un altro (an der Stelle einesandere): è piuttosto l'interesse stesso a essere realmente presente nel proprio rappresentante, così come il rappresentante è tale per il suo proprio elemento oggettivo (così il § 311, pp. 524-25).

Affinchè il rappresentante abbia sugli affari generali una competenza maggiore del rappresentato, è necessario che egli conosca la società per cui opera o il gruppo sociale di cui è espressione. È ovvio l'interesse che tra i deputati, per ogni grande ramo particolare della società – per es. per il commercio, per le fabbriche ecc. – si trovino individui che li conoscano profondamente: *“non rappresentanti di singoli, di una moltitudine, bensì rappresentanti di una delle sfere essenziali della società, rappresentanti dei suoi grandi interessi”*.

Hegel teorizza la rappresentanza organica o corporativa, che avrebbe avuto successo un secolo dopo, tra le due grandi guerre nei regimi autoritari di destra. Una teoria che svaluta l'elezione come atto *“indeterminato e privo di vincoli”* perché essa lascerebbe *“in balia soltanto dell'accidentalità”* l'obiettivo di formare un'assemblea rappresentativa delle varie sfere della società.

Madison ed Hegel rivendicano entrambi l'autonomia dei rappresentati rispetto ai rappresentanti. Negando che i deputati siano mandatari o commissari degli elettori, H. si contrappone a Rousseau: secondo il quale, come si è visto, i rappresentanti sono commissari il cui operato è nullo se non è ratificato dai cittadini. Sia Madison che Hegel fondano la necessità della rappresentanza sulla struttura della società: un'entità che è lacerata da conflitti di interesse che i rappresentanti sono chiamati a comporre. Anche se il deputato è per Hegel espressione di una delle grandi sfere della società, lo è perché meglio conosce gli interessi e i bisogni del gruppo di cui ha fatto parte: ma non perché, come rappresentante, debba farsi carico solo dell'interesse del gruppo. I deputati deliberano in assemblea dopo essersi informati e convinti a vicenda<sup>10</sup>: solo così può venire soddisfatto l'interesse generale (allgemeine Interesse).

<sup>9</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. It. Milano 1995, § 309, p. 522-23.

<sup>10</sup> Sich gegenseitig unterrichtende und überzeugende, §309.

### 3. *Due idee di società*

Democrazia diretta e democrazia rappresentativa si distinguono non solo perché corrispondono a due diverse tecniche per prendere decisioni collettive, ma anche perché presuppongono due diverse idee di società.

Torniamo a Rousseau.

Egli distingue la volontà generale, che “è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica”, dalla volontà di tutti, che considera l'interesse privato e non è che una somma di volontà particolari<sup>11</sup>.

*“Se i cittadini, quando il popolo adeguatamente informato deliberano, non comunicassero in alcun modo tra loro (...), la deliberazione sarebbe sempre buona. Ma quando si formano delle fazioni, delle associazioni parziali a spese di quella generale, la volontà di ciascuna di queste associazioni diventa generale in rapporto ai suoi membri e particolare in rapporto allo Stato (...). È importante, per avere una chiara enunciazione della volontà generale che nello Stato non vi siano società parziali”*<sup>12</sup>.

È spontaneo il confronto con Madison. La soluzione che Rousseau propugna – la soppressione delle fazioni – viene presa in considerazione, come abbiamo visto, anche da Madison: che tuttavia la rigetta con vigore perché, per eliminare le fazioni, occorre sopprimere la libertà, sicché il rimedio sarebbe peggiore del male.

Ed è pure significativo lo strumento che Rousseau immagina, o quanto meno uno degli strumenti che egli suggerisce, per eliminare le fazioni. Fare in modo che i cittadini deliberino, senza comunicare in alcun modo fra loro.

Una situazione del genere è esaminata da Aristotele nel V libro della *Politica*. Nell'indicare i mezzi con i quali il tiranno impiega per conservare il potere, Aristotele scrive che egli non soltanto tende a reprimere gli individui superiori e a togliere di mezzo gli spiriti indipendenti, ma che vieta “*sisizi e consorterie*”, “*circoli di cultura e altre riunioni a scopo di studio*” e fa in modo che “*i sudditi restino il più possibile sconosciuti gli uni agli altri (perché è proprio il conoscersi che produce soprattutto reciproca fiducia)*”<sup>13</sup>.

Rousseau parte da un diverso presupposto, che i cittadini solitari, non comunicanti fra loro e non riuniti in gruppi (fazioni), non abbiano nessuno sopra di loro (nel momento in cui debitamente informati, deliberano). Anche se afferma, contraddittoriamente, in altra parte del trattato, che la democrazia richiede una popolazione molto piccola, “in cui ogni cittadino possa conoscere facilmente tutti gli altri”<sup>14</sup>. Ma come si può conoscere, se non si può comunicare e se non ci si può associare in gruppi minori del tutto?

Molto più persuasivo il vecchio Aristotele, la cui ricetta è stata applicata dai tiranni di ogni epoca, e soprattutto dai tiranni del XX secolo.

<sup>11</sup> *Contratto sociale*, cit., libro II, cap. III, pag. 51.

<sup>12</sup> *Contratto sociale*, cit., p. 51-52.

<sup>13</sup> *Politica*, libro V, 1313<sup>a</sup>, 40-1313b, 5.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pag. 108.

#### 4. *Democrazia e conflitti sociali*

I sostenitori della democrazia rappresentativa, come abbiamo visto, muovono dall'idea che la società sia lacerata da conflitti.

In realtà anche Rousseau coglie nella volontà di tutti il rischio che la volontà generale venga ignorata: ma proprio per questo auspica che le volontà particolari siano cancellate.

Madison, Hegel e lo stesso Stuart Mill, vedono nel conflitto una condizione fisiologica della vita sociale e sono consapevoli della impossibilità di eliminarlo. Il problema è per loro quello dello strumento migliore per comporre i conflitti, senza sopprimere la varietà degli interessi e dei gruppi che ne sono portatori.

L'allargamento del suffragio, che tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX diventa suffragio universale, moltiplica il numero degli interessi in contrasto tra loro; o meglio fa emergere sul piano politico un contrasto che anche prima esisteva, ma veniva neutralizzato per la impossibilità della maggior parte dei portatori di questo interesse di affacciarsi sul piano della vita della politica e delle istituzioni.

Per comporre i conflitti occorre innanzitutto rispondere ad una domanda. Cos'è che viene rappresentato? Sono gli elettori o i gruppi sociali di cui gli elettori fanno parte?

Quando Hegel afferma che i rappresentanti non rappresentano singoli, ma *“una delle sfere essenziali delle società, rappresentative dei suoi grandi interessi”*<sup>15</sup>, lo fa dopo avere descritto la società civile come il sistema dei bisogni<sup>16</sup>: ove il lavoro costituisce la mediazione tra i bisogni e i mezzi per appagarli<sup>17</sup> e inevitabilmente genera la diseguaglianza sociale, a causa della diseguaglianza nello sviluppo delle disposizioni naturali – corporee e spirituali<sup>18</sup>.

Da qui la divisione delle società in ceti sociali<sup>19</sup>.

L'idea che il rappresentante rappresenti non il singolo, ma il gruppo professionale, il ceto, la classe sociale è alla base, come si è accennato, della concezione della rappresentanza organica o corporativa, che ha trovato applicazione nel XX secolo, tra le due guerre nei regimi fascisti.

Il problema è stato affrontato da Hans Kelsen in un saggio sul parlamentarismo<sup>20</sup>.

Kelsen scrive in un momento (1924) in cui il parlamentarismo è sotto attacco, e lui sente di doverlo difendere *“senza bisogno di ricorrere alla finzione della rappresentanza”*<sup>21</sup>. Il parlamento si giustifica *“anche solo come specifico mezzo tecnico sociale*

<sup>15</sup> Op. cit. §311.

<sup>16</sup> §190.

<sup>17</sup> §196.

<sup>18</sup> §200.

<sup>19</sup> Stände, par. 201.

<sup>20</sup> *Il problema del parlamentarismo*, in *La Democrazia*, tr. It. Bologna 1995, p. 155 ss.

<sup>21</sup> Una *“crassa finzione”*, pp 161 e 161.

*per la creazione dell'ordinamento statale*"<sup>22</sup> come "l'unica possibile forma reale, in cui nella realtà sociale odierna, possa attuarsi l'idea della democrazia": "è perciò la condanna del parlamentarismo è al tempo stesso la condanna della democrazia"<sup>23</sup>.

Una delle critiche al parlamentarismo viene mossa, da destra, in nome della "organizzazione corporativistica": una proposta secondo la quale la volontà statale non dovrebbe dipendere dal "fattore puramente casuale ed esteriore della maggioranza" perché alla formazione di quella volontà dovrebbe concorrere ogni gruppo di popolazione inquadrato corporativamente ... per la parte che gli compete, quella che corrisponde all'importanza che il gruppo stesso ha per l'edificazione della collettività<sup>24</sup>.

A questa proposta Kelsen Muove tre obiezioni.

La prima. L'inquadramento fondato sulla comunanza di interessi non può abbracciare la totalità degli interessi perchè agli interessi economici si affiancano, nella stessa persona, interessi, spesso vitali di tutt'altra natura, ad es. religioso, di etica generale, estetici, che non sono suscettibili di inquadramento.

In secondo luogo, secondo Kelsen, l'ideale corporativo presuppone una piena e totale comunanza degli interessi del gruppo, ciò che spinge ad una moltiplicazione dei gruppi stessi, sicchè ogni delimitazione fra questi nella camera corporativa sarebbe arbitraria.

La terza e principale obiezione: fra i singoli gruppi corporativisticamente inquadrati sussiste non una comunanza, ma un antagonismo di interessi, che viene acuito dalla organizzazione in gruppi degli interessi comuni. Lungi dal comporre i conflitti, l'ipotesi corporativistica li lascia irrisolti. La soluzione non è che una: che la decisione ultima sui conflitti di interesse fra i gruppi corporativi sia deferita ad un'autorità di origine estranea al principio corporativistico, e cioè o ad un parlamento eletto democraticamente nel seno della collettività o ad un organo a configurazione più o meno autocratica<sup>25</sup>.

Kelsen non ignora, tuttavia, che la scelta elettorale del singolo è il più delle volte legata all'appartenenza ad un gruppo economico, sociale, professionale: ma è al partito politico, e non al gruppo economico, che egli assegna la funzione di aggregazione, soprattutto quando il sistema elettorale è un sistema proporzionale (che Kelsen strenuamente difende). Un sistema che ha il pregio di assicurare a tutti i gruppi politici una rappresentanza in proporzione della loro forza, così che il parlamento rifletta la situazione di fatto degli interessi in conflitti, "ciò che è il postulato teorico per giungere a un compromesso". All'obiezione che il sistema proporzionale stimola la formazione di piccoli e piccolissimi partiti, e che impedendo a un partito di ottenere la maggioranza assoluta, impone un governo di coalizione,

<sup>22</sup> *Ivi*.

<sup>23</sup> Pp. 156-157.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 169.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 171.

Kelsen risponde che questo non è un male, ma è un bene: perché impedisce che una maggioranza spadroneggi senza restrizioni sulla minoranza e nello stesso tempo trasferisce la funzione della integrazione politica dagli elettori al parlamento.

In questo modo i partiti sono costretti a far passare in seconda linea le differenze di minor conto che li dividono, per accordarsi sugli interessi di maggiore importanza. Nel parlamento il principio di maggioranza, col distinguere i deputati in due soli gruppi, maggioranza e minoranza, crea la possibilità di un compromesso: propiziato dall'intera procedura parlamentare, che mira a raggiungere una via di mezzo fra opposti interessi, una risultante delle forze sociali antagonistiche. La condanna frequente dell'idea di compromesso, in quanto presuppone un "baratto", ignora che compromesso significa reciproca tolleranza; e che ogni integrazione sociale, in ultima analisi, diventa possibile solo in virtù di un compromesso<sup>26</sup>.

##### 5. *I limiti tecnici del referendum*

La tecnologia digitale, come si è detto all'inizio, sembra favorire un nuovo protagonismo del singolo: una nuova forma di democrazia diretta, che va ben oltre le forme tradizionali – dalla assemblea nell'agorà di Atene o nella piazza di Ginevra alla iniziativa legislativa popolare e ai referendum della Svizzera o degli Stati USA, previsti anche da alcune costituzioni di Stati europei, come la Costituzione italiana.

Il dibattito che ha accompagnato questi istituti di democrazia diretta può essere comunque di una qualche utilità, per valutare quanto internet possa conferire al singolo quel ruolo politico che la democrazia "indiretta" sembra avere concentrato nelle istituzioni rappresentative.

In ambito giuridico una riflessione sulla democrazia diretta è stata stimolata dalla introduzione nella Costituzione da Weimar del referendum sulle leggi e della iniziativa legislativa popolare. Nel saggio dedicato a questo tema<sup>27</sup> Carl Schmitt a proposito dei due istituti di democrazia diretta, si chiede quanto sia diretta (unmittelbar) questa democrazia. E ciò non a causa della problematica coesistenza con la democrazia rappresentativa (il rischio di far "pendere sul sistema parlamentare la spada di Damocle della democrazia pura")<sup>28</sup>, ma proprio in ragione della struttura dei due istituti.

Il limite del referendum consiste nella sua dipendenza da semplici domande precisamente formulate<sup>29</sup>: "colui che ha il potere di formulare le domande influisce decisamente

---

<sup>26</sup> *Op. cit.*, pp. 177-181.

<sup>27</sup> *Referendum e iniziativa popolare*, 1927, tr. It., in *Democrazia e liberalismo*, Milano 2001, pp. 27-86.

<sup>28</sup> Così H. PREUS citato a pag. 83.

<sup>29</sup> C. SCHMITT, *op. cit.* p. 64.

*anche sul risultato*<sup>30</sup>. A maggior ragione un progetto di legge non può essere redatto dal popolo; non solo perché il dieci per cento degli elettori, ossia il minimo sufficiente per la formulazione della proposta, non è il popolo, ma un singolo, magari esponente di un piccolo gruppo; è la persona che concretamente redige la proposta.

Il tema è stato ripreso nel secondo dopoguerra da Bockenförde.

La volontà popolare ha un suo carattere peculiare: ossia essa è in se stessa priva di forma e diffusa, e quindi necessita di un processo che le dia forma. Una mera possibilità che diventa attuale quando qualcuno la interroga: la direzione e la concreta attuazione sono determinate da chi pone la domanda e dal modo con cui la domanda è formulata. “Circa il contenuto e la formulazione di questo quesito il popolo, nella sua immediatezza non esercita alcuna influenza, esso può solo rispondere alla questione postagli con un sì o con un no (...) Questa dipendenza dal quesito non riguarda solo il plebiscito o il referendum, ma contrariamente ad una diffusa opinione, essa vale anche per la proposta di legge di iniziativa popolare<sup>31</sup>.

Questa prevalenza o rilevanza dei pochi, anche nelle manifestazioni più tipiche della democrazia diretta, è segnalata anche da Max Weber con un curioso esempio.

Nella più antica esperienza democratica – i cantoni di Uri, Schwyz e Unterwalden, il nucleo su cui fu fondata la Confederazione elvetica – tutti gli argomenti di interesse collettivo, della elezione del borgomastro alla delibera su una nuova legge fiscale, vengono discussi in piazza con la partecipazione di centinaia o migliaia di cittadini. “*Se però si scorre la lista dei borgomastri eletti in una simile democrazia d’antico stampo nel corso di cinquanta o sessant’anni, troverete con vostra sorpresa che si è sempre trattato delle stesse determinate famiglie, che hanno tenuto queste cariche nelle loro mani da tempi immemorabili, e che dunque, si è trattato di una democrazia che era sì basata sulle regole del diritto, ma che in effetti veniva esercitata aristocraticamente*”<sup>32</sup>.

## 6. *A mo’ di conclusione*

La rete accresce la possibilità della volontà popolare di manifestarsi. Attraverso di essa possono essere indetti referendum senza i vincoli posti dall’art. 75 Cost. (e ovviamente senza che dall’approvazione della proposta derivino le conseguenze giuridiche ivi previste); possono essere formulate proposte di legge senza che occorra la sottoscrizione di almeno cinquantamila elettori (art. 71 co. 2 Cost.); possono tenersi elezioni primarie per la scelta dei segretari o dei capi politici dei partiti; possono essere espresse le preferenze per l’uno o l’altro candidato in vista della formazione delle liste che concorrono alle elezioni etc. etc.

<sup>30</sup> P. 65.

<sup>31</sup> E.W. BOCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, pp. 503-505.

<sup>32</sup> M. WEBER, *Il socialismo*, 1918, tr. It. Castelvecchi editore, Roma 2018, p. 25-26.

Rimane pur sempre il problema sollevato da Schmitt e da Bockenförde: in che misura questi fenomeni possono essere ascritti alla volontà popolare e in che misura invece essi devono essere considerati risposte a domande poste da singoli? E quindi, ancora una volta, quanto diretta può essere considerata la democrazia che in queste forme si esprime?

L'accesso alla rete, aperto a tutti, produce un effetto che è implicito nell'idea di democrazia diretta: la convinzione di ciascun utente di non essere inferiore ad alcun altro, visto che egli può dialogare senza filtri col leader di turno, attaccarlo, elogiarlo, ottenerne risposte.

L'uno vale uno – lo slogan del movimento 5 stelle – è una formula che non esprime tanto l'eguaglianza dei diritti (e in particolare l'eguaglianza nell'elettorato attivo e nell'elettorato passivo) quanto l'eguaglianza di fatto tra le persone, un'eguaglianza antropologica, con conseguente perdita di rilevanza della distinzione fra sapienti e ignoranti, competenti e incompetenti, esperti ed inesperti, e con relativa contestazione della stessa idea di elite.

Se tutto questo lo poniamo in relazione alla crisi dei partiti politici, ossia degli organismi che hanno esercitato in passato, e continuano a esercitare, in altri paesi diversi dal nostro, una fondamentale funzione di formazione della classe politica – una funzione che oggi in Italia è venuta meno quasi del tutto – abbiamo ragione di pensare che la democrazia digitale non sia scevra da grossi rischi. Una conclusione alla quale non può non pervenire uno che crede nella democrazia rappresentativa, anche se non ne ignora i limiti, e che rischia per questo di apparire un nostalgico di un'era che fu.

**Abstract**

Political representation in the digital era

by Guido Corso

According to a widespread opinion, digital technology, allowing people to express immediately their will on questions of public interest, opens the door to direct democracy, so that representative institutions would be doomed to death.

Through a short inquiry on the reasons that Madison and Stuart Mill, among others, gave in support of representative democracy, the author argues that this political model is not a mere surrogate of direct democracy, made necessary by technical reasons (the impossibility of assembling people in a large society, as Rousseau himself acknowledged), but it also has two more aims. Political representation is able to dilute social conflicts, since political parties, whose existence is implied by representation, not only articulate different interests but also aggregate them; it also promotes the formation of a political class, that is qualified to deal with issues that are so complex that the ordinary citizen is not able to face them.

*Keywords:* Political representation; direct democracy; social conflicts.



# Spunti per la costruzione di una “cultura dell’innovazione” negli appalti in sanità

di Loredana Gianì

SOMMARIO: 1. Il difficile bilanciamento tra appropriatezza e contenimento della spesa. – 2. Innovazione come strumento per la garanzia della qualità e appropriatezza della prestazione. – 3. La dimensione (soggettiva) organizzativa dell’innovazione. – 4. La dimensione contrattuale dell’innovazione. – 4.1. Gli appalti pre-commerciali. – 4.2. Gli appalti pubblici per soluzioni innovative e il partenariato per l’innovazione. – 5. L’innovazione come “processo”. – 6. Verso un “approccio strategico” degli appalti: la necessità di una nuova *capacity* istituzionale per un utilizzo flessibile degli strumenti esistenti.

## 1. *Il difficile bilanciamento tra appropriatezza e contenimento della spesa*

Affrontare il tema della innovazione, coniugato alla politica degli acquisti e delle tecnologie biomediche, nel settore della sanità, significa avventurarsi in un terreno minato in cui si confrontano diversi principi generali che appaiono di difficile coniugazione.

Sotto il profilo sostanziale è evidente la rilevanza del diritto alla salute, in tutte le sue declinazioni che arrivano fino alla (o non possono prescindere dalla) “appropriatezza” delle prestazioni rese nel contesto di quella che dovrebbe essere una rete di servizi (socio)sanitari<sup>1</sup>, riconosciuta anche come principio generale nello stesso

---

<sup>1</sup> Sul diritto alla salute e sulla sua qualificazione in termini di diritto fondamentale la dottrina è sterminata; come pure assai ampia in relazione alla sua qualificazione nel novero dei diritti sociali, con le relative caratterizzazioni problematiche correlate alla categoria. Sia consentito richiamare, solo per individuarne le coordinate principali, *ex multis*, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e malattie professionali*, 1961, I, 1, ora in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 433 ss.; L. CARLASSARE, *L’art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L’amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, p. 103 ss.; M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell’art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1974, p. 766 ss.; M. BESSONE, E. ROPPO, *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, IV, 1975, p. 3 ss.; D. VINCENTI AMATO, *art. 32*, in *Comm. Cost. Branca*, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 173 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, p. 773 ss.; ID., *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1101 ss.; R. BALDUZZI, G. DI GASPARE, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2002; G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2002, p. 85 ss.; R. FERRARA, *Tutela della salute: prestazioni amministrative e posizioni soggettive*, in M.

Patto della salute<sup>2</sup> e che ora trova una ulteriore declinazione nella c.d. “aderenza alla terapia”<sup>3</sup>.

Sotto il profilo si potrebbe dire formale, sebbene esso abbia una innegabile rilevanza sostanziale, si pone il fattore della spesa, elemento condizionante la piena soddisfazione del primo<sup>4</sup>. Una spesa che deve essere contenuta in modo da rientrare nei confini prefissati, garantendo l’equilibrio di bilancio<sup>5</sup>.

Sotto il profilo materiale, che si colloca tra i due aspetti richiamati, si pone l’eterno problema della scarsità di risorse economiche che ha importanti riflessi sul “diritto sociale alla salute”, vittima del costante “mutamento della scala di valori” che ha contraddistinto le politiche sanitarie nel corso dei decenni passati<sup>6</sup>.

---

ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 43 ss.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 11 ss.; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell’effettività*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *www.federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017.

<sup>2</sup> Cfr. 82/CSR, 10 luglio 2014, nonché l’atto di indirizzo per l’anno 2018, Ministero della salute, 28 settembre 2017, nel quale si parla di “promozione della qualità e dell’appropriatezza dell’assistenza sanitaria. Sul punto, poi, non si può non rinviare al *Manuale di formazione per il governo clinico: appropriatezza*, luglio 2012, del Dipartimento della programmazione e dell’ordinamento del servizio sanitario nazionale, Direzione generale della programmazione sanitaria, Ufficio III ex DG PROGS, nel quale si precisa che “l’appropriatezza comporta implicazioni dirette e indirette riguardanti la procedura corretta sul paziente giusto al momento opportuno e nel setting più adatto” (p. 5). Sul punto la dottrina è assai ampia. Tra i lavori più recenti cfr. C. TUBERTINI (a cura di), *Le nuove dimensioni dell’appropriatezza delle prestazioni sanitarie*, AMS Acta, Bologna, 2017; L. BALLINI, *Disinvestire in avidità per riallocare in appropriatezza*, in *Politiche sanitarie*, 1, 2017, p. 46 ss.; D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. AA.VV., *Aderenza alla terapia: la via dopo l’appropriatezza*, in *Quaderni della SIP*, n. 42, Edra, Milano, 2017.

<sup>4</sup> La dottrina nel corso degli anni ha posto l’accento più volte sul difficile rapporto tra spesa pubblica e prestazioni che garantiscono l’effettività di questi diritti. Un dibattito rinnovato soprattutto a fronte della costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio. Sul punto cfr. C. PINELLI, *Diritti costituzionalmente condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del Seminario (Messina, 7-8 maggio 1993)*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 548 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4/2013; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1/2015; L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2017.

<sup>5</sup> Sul “costo dei diritti” cfr., *ex multis*, S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, New York 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna 2000.

<sup>6</sup> Cfr. F. TOTH, *Le politiche sanitarie. Modelli a confronto*, Laterza, Bari, 2009.

Tre elementi la cui riconduzione a unità è sempre stata tentata all’insegna della “razionalizzazione delle risorse finanziarie”, “razionalizzazione della spesa”, legata a doppia maglia con quella degli ambiti organizzativi ed erogativi delle prestazioni sanitarie, delineando così un percorso di reciproco condizionamento tra un piano (quello delle disponibilità finanziarie) e l’altro (quello organizzativo/procedurale).

E così, all’insegna della razionalizzazione, nel corso degli anni abbiamo assistito alla riscrittura della organizzazione sanitaria<sup>7</sup>, alla sua aziendalizzazione, al ripensamento dei centri attivi erogatori di prestazioni sanitarie; al ripensamento delle procedure di acquisizione dei servizi; e l’elenco potrebbe continuare<sup>8</sup>. Ma nonostante ciò, nonostante le diverse ondate riformatrici, che tanto lavoro hanno dato non solo agli studiosi ma anche ai giudici amministrativi, e non solo, se si guarda alla sostanza delle cose che, con una estrema semplificazione, possono essere identificate con una sorta di ritrovato (sperato) equilibrio tra prestazione (satisfattiva del diritto fondamentale alla salute) ed equilibrio di bilancio, i nodi irrisolti sono ancora molti.

E questo se ci si limita alla prospettiva pubblicistica.

Ma una prospettazione completa imporrebbe di prendere in considerazione anche l’altra faccia della medaglia, o meglio, più correttamente, del prisma, in cui collocare necessariamente gli attori (imprese) operanti sul mercato dei prodotti e servizi essenziali per il pieno (corretto) adempimento della funzione, per la piena soddisfazione del diritto (fondamentale) alla salute degli individui.

Volendo tentare l’impossibile, e cioè una estrema semplificazione, i nuclei problematici potrebbero essere così sintetizzati: (i) garanzia dei diritti; (ii) scarsità di risorse/equilibrio di bilancio; (iii) organizzazione (degli erogatori delle prestazioni; del mercato); (iv) strumenti adeguati (flessibili) al bisogno.

Un percorso circolare che trova il suo *incipit* nella necessità di garantire il profilo prestazionale, essenziale per la soddisfazione del diritto fondamentale degli individui, e che termina nella soddisfazione di tale diritto realizzata attraverso la organizzazione del servizio che presuppone quella “prestazione fattuale” che si modula in concreto, segnata da esigenze di bilancio, ma che dovrebbe garantire quella appropriatezza che costituisce la chiave per la garanzia della effettiva soddisfazione del bisogno inteso anche nella sua dimensione etica.

---

<sup>7</sup> Sull’evoluzione dell’organizzazione del servizio sanitario nazionale, in generale, cfr. A. CATELANI, *La sanità Pubblica*, Vol. 40, *Trattato di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Padova, 2010 e sui modelli di organizzazione cfr., *ex multis*, E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, Torino, 2011; L. VANDELLI, F. FOGLIETTA, C. BOTTARI, *Welfare e servizio sanitario: quali strategie per superare la crisi*, Maggioli, Rimini, 2013; C. BOTTARI, P. DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, Maggioli, Rimini, 2016.

<sup>8</sup> AA.VV., *Management dei servizi sanitari territoriali. Efficienza e valorizzazione sociale*, Publiedit, Cuneo, 2017; AA. VV., *Pubblico e privato nel sistema del welfare*, Fondazione Cesifin, Firenze, 2017.

E per evitare che le esigenze economiche si tramutino (come è stato sin ora) in una ipotesi del primo elemento, occorre mettere in primo piano la rilevanza che il fattore organizzativo, in tutta la sua complessità e in tutte le sue articolazioni, assume<sup>9</sup>. Del resto, è innegabile che se su un piano teorico la collisione tra diritto alla salute e principio dell'equilibrio di bilancio non può in astratto portare alla soccombenza del primo, essendo il conflitto, o meglio la dinamica del bilanciamento, governata dai principi di ragionevolezza e di proporzionalità (e dunque "appropriatezza"), sul piano concreto, dove entra in gioco il dato della "effettività" della garanzia, il discorso relativo alla ricerca di un punto di equilibrio tra i due poli, non solo si fa più complesso, ma risulta necessariamente articolato, dovendo individuare un contenitore (formula contrattuale) che consenta, nel contesto delle risorse disponibili, la migliore soddisfazione possibile del bisogno, così come percepito, valutato, dal soggetto pubblico.

In questa prospettiva l'attenzione si sposta, e non potrebbe essere altrimenti, sugli strumenti che l'organizzazione ha a disposizione per garantire questo bilanciamento.

Un rapido sguardo al passato certamente palesa come la soluzione non possa essere rintracciata in formule stereotipate quali l'aziendalizzazione o altre (...) izzazioni che il legislatore di turno riesce a porre sulla sua agenda politica, ma più correttamente vada rintracciata in una più attenta riflessione sulla "qualità", del servizio, dell'organizzazione, degli strumenti a disposizione dell'organizzazione per il raggiungimento dell'obiettivo.

Qualità che può essere garantita nella misura in cui, muovendo da una corretta lettura del bisogno, e da una corretta analisi delle risorse (non solo economiche) disponibili, si individui un percorso, verrebbe da dire "il percorso", più idoneo alla sua soddisfazione; il che presuppone una certa "flessibilità" (e connessa competenza dell'organizzazione) nella individuazione (e gestione) di soluzioni idonee (anche nuove) e dello stesso sistema giuridico che non può, e a mio avviso il Codice non fa, arroccarsi su formule stereotipate.

---

<sup>9</sup> La rilevanza del modello organizzativo per il corretto esercizio della funzione è stata posta in luce dalla dottrina già nella prima metà del secolo scorso. Per tutti cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966. In relazione al diritto alla salute, cfr., per tutti, lo studio di M. CAMELLI, *Per uno statuto dell'utente*, in *Politica del diritto*, 1981, p. 449 ss., secondo cui "l'ampiezza, il contenuto, le modalità di attuazione e di realizzazione di siffatte libertà si risolvono quasi integralmente nel modo stesso di essere degli apparati predisposti al loro svolgimento, vale a dire nella loro organizzazione"; sicché, prosegue l'Autore, "è intuitivo che i diritti del malato (non solo alla tutela della salute ma anche al rispetto della propria personalità, identità ecc.) si giocano quasi interamente nel modo d'essere della organizzazione sanitaria ove potranno essere del tutto disattesi o trovare, invece, adeguato rispetto", p. 449.

## 2. *Innovazione come strumento per la garanzia della qualità e appropriatezza della prestazione*

In questo contesto certamente spunti interessanti per la riflessione possono essere tratti proprio dalla lettura della Comunicazione della commissione “*Orientamenti in materia di appalti per l’innovazione*”<sup>10</sup> che si pone quale punto di arrivo di un lungo e articolato percorso in cui le istituzioni comunitarie, in diverse sedi, si sono cimentate con il tema della innovazione fornendo una prospettiva articolata degli appalti. Nella comunicazione viene chiarito non solo che gli appalti pubblici “*non si concentrano più soltanto sul come acquistare, ma promuovono anche il cosa acquistare*”, e ciò allo scopo di garantire che la spendita del denaro dei contribuenti non si limiti solo alla mera soddisfazione del bisogno ma, avvenga a condizioni tali da garantire “*il miglior valore aggiunto in termini ambientali, di qualità, di efficienza economica e di impatto sociale, e se offra opportunità per il mercato dei fornitori*”. Dunque, uno sviluppo strategico degli appalti per il conseguimento degli obiettivi di Europa 2020 (quella crescita intelligente, sostenibile e inclusiva di cui da anni si teorizza), precisati nel libro verde del 2011, e poi declinati nell’Europa 2030 e confluiti nella stessa direttiva che il codice ha “recepito”. Obiettivi che, letti con la lente dell’amministrativista, possono sintetizzarsi nella “garanzia” di effettività del diritto (alle prestazioni funzionali alla tutela della) alla salute.

In questo contesto la parola chiave per impostare un discorso su un piano diverso pare non possa che essere “*innovazione*”.

Nei numerosi documenti che hanno visto la luce in questi anni, da più parti viene messo in luce come le sfide poste dalla società contemporanea, particolarmente evidenti in settori quale quello della sanità, possono trovare una soluzione solo se ci si affaccia con consapevolezza alla “*innovazione*” che diviene la chiave di volta attraverso cui i decisori (pubblici) possono garantire l’erogazione di servizi che rispondano alle esigenze manifestate dal mercato in termini qualitativi e di efficienza.

Prima di passare a verificare in che termini e quanto spazio sia stato dato o si possa dare all’innovazione, tanto in termini organizzativi (pubblici e di mercato) quanto, specularmente, in termini della strumentazione a tal fine utilizzabile, una precisazione su cosa debba o possa intendersi per innovazione pare indispensabile.

L’innovazione viene configurata come vero e proprio strumento di *policy*<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> C(2018) 3051 final, 15 maggio 2018.

<sup>11</sup> Sul punto assai significativi i lavori del *Bureau of European Policy Advisers* (BEPA) che a partire dal workshop del 2008 ha posto l’innovazione sociale tra gli obiettivi strategici dell’Europa. In particolare, nei documenti del BEPA si legge che “le innovazioni sono sociali sia in relazione ai fini che ai mezzi. Si tratta di nuove idee (prodotti, servizi e modelli) che contemporaneamente soddisfano esigenze sociali (in modo più efficace delle alternative) e creano nuove relazioni sociali e collaborazioni. In altre parole, sono innovazioni che non solo sono buone per la società ma migliorano anche la capacità della società ma migliorano le capacità della società di agire” (p. 33).

Già dall'*incipit* della richiamata comunicazione emerge come l'innovazione non sia da intendersi come circoscritta alla sola "innovazione tecnologica"<sup>12</sup> relativa al prodotto, ma sia un concetto più esteso, intercettando formule organizzative, che dovranno poi tradursi anche in formule contrattuali più articolate che consentono una migliore (ottimale) soddisfazione del bisogno.

Secondo quanto precisato nel Manuale di OSLO (OCSE) per innovazione si intende "the introduction of a new or significantly improved product (or good service) or process, a new marketing method or a new organizational method in the internal practice of a company, organization of the workplace or external relation".

Innovazione intesa, dunque, come processo che può, evidentemente, interessare anche la stessa organizzazione e il modo di strutturazione della domanda e dell'offerta di prodotti e servizi.

Una definizione di più ampia portata rispetto a quella contenuta all'interno del Codice che tra l'altro non collima perfettamente con gli strumenti contrattuali che lo stesso Codice individua e definisce. L'art. 3 lett. nnn), infatti, definisce l'innovazione come "l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti tra cui quelli relativi ai processi di produzione e di edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne", legandola, apparentemente, al profilo tecnologico del prodotto.

Ma in realtà l'innovazione, nella prospettiva più ampia che si vuole accogliere in questa sede, è un processo che consente un costante adattamento dei sistemi di *welfare* garantendo quella resilienza del sistema che consente il raggiungimento degli obiettivi stabiliti nel *Social Investment Package* del 2013 e nel Pilastro europeo dei Diritti sociali<sup>13</sup>.

Tornando alla Comunicazione, basta soltanto un rapido esame dei casi in essa richiamati per comprendere come l'idea di innovazione che viene proposta è certamente più ampia rispetto a quella circoscritta al profilo tecnologico. Si pensi al caso dei "defibrillatori cardiaci impiantabili" rispetto ai quali nei principali ospedali della Spagna, del Regno Unito, dei Paesi Bassi e anche dell'Italia si è passati da un sistema di appalti per l'acquisto di dispositivi a un sistema di acquisto dei servizi, garantendo anche il *check up* a distanza. Dunque, un sistema nuovo in cui emerge la rilevanza anche organizzativa e strutturale della innovazione.

È evidente, dunque, che l'innovazione ha riguardato anche la stessa struttura

<sup>12</sup> F. TRAÙ, *Ipotesi sul possibile rapporto tra public-procurement e innovazione tecnologica nel contesto italiano*, in *L'industria*, n. 2/2009, p. 267 ss.

<sup>13</sup> Strumento lanciato per aiutare a "riorientare le politiche degli Stati membri verso investimenti sociali al fine di assicurare l'adeguatezza e la sostenibilità dei sistemi sociali", seguito poi dal Pilastro Europeo dei Diritti Sociali, adottato dalla Commissione nel 2017 dopo due anni dalla proposta (Juncker 2015), nel quale la macro-area su "Protezione sociale adeguata e sostenibile" contempla anche l'assistenza sanitaria.

dell’appalto, non concepito come una “mera” fornitura, incrementando i risultati per i pazienti a costi ottimizzati.

Altri esempi di innovazione organizzativo-procedurale sono richiamati nella stessa comunicazione a riprova dei vantaggi, in termini di riduzione della onerosità per i contribuenti o in termini di risposta al cambiamento sociale, che essa può garantire.

A conferma di ciò, nel documento è infatti specificato che l’innovazione può avere molteplici significati<sup>14</sup>, addicendosi al contesto tradizionale, nel qual caso si parla di *innovazione incrementale*; o mutando il sistema consolidato, generando attori, flussi e valori diversi, allorché si parla di *innovazione dirompente*; o addirittura comportando una trasformazione di maggiore impatto rispondendo a richieste di riforme strutturali e organizzative, nel qual caso si parla di *innovazione trasformativa*.

Una impostazione che, ad una attenta lettura sistematica delle disposizioni contenute nello stesso Codice, sia pure non dichiaratamente, può essere comunque rinvenuta e in esso collocata. Basti pensare alla significativa declinazione che esso offre del concetto di “qualità”, prescindendo dalla considerazione del solo profilo tecnico del prodotto, delle sue caratteristiche estetiche e funzionali, dell’accessibilità da parte dell’utilizzatore per estendersi a profili ulteriori inerenti alla fase di commercializzazione del prodotto, alle sue caratteristiche ambientali e innovative, alla reale efficacia e fruibilità per l’utilizzatore finale, alla stessa qualificazione dello staff che, nel settore sanitario richiama evidentemente la stessa aderenza terapeutica, nonché i servizi post vendita e di assistenza tecnica.

### 3. *La dimensione (soggettiva) organizzativa dell’innovazione*

Muovendo dai rapidi cenni sin qui fatti al complesso e articolato concetto di innovazione, è interessante andare a verificare, con specifico riferimento al settore degli appalti, se e in che termini l’innovazione sia stata implementata e quali ne siano i più evidenti profili di criticità.

Il primo ambito al quale rivolgere l’attenzione è senza dubbio rappresentato dalla considerazione del profilo (soggettivo) organizzativo. Si tratta di un aspetto sul quale il nostro sistema si è già confrontato all’atto del recepimento delle direttive, quando sul panorama degli appalti si è affacciata “l’aggregazione”<sup>15</sup> che, come

---

<sup>14</sup> p. 8.

<sup>15</sup> Sulle forme di aggregazione e sui soggetti aggregatori cfr., *ex multis*, L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4/2016, p. 446 ss.; M. DE BENEDETTI, *I soggetti aggregatori: nuovo modello organizzativo nella pubblica amministrazione italiana*, in *Amministrazione in Cammino*, 20 giugno 2017; P. CHIRULLI, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Qualità ed efficienza nel*

ricordava il compianto prof. Abbamonte in un convegno napoletano, presenta anche un problema di compatibilità con il rispetto del principio autonomistico costituzionalmente garantito, e non solo. Quella stessa aggregazione che ha spostato il fulcro del sistema degli appalti dalla gara singola verso forme “nuove” di cooperazione/aggregazione tra le stazioni appaltanti o, secondo modelli meno strutturati, tra reti e associazioni di acquirenti pubblici che collaborano su una base *ad hoc*, per attuare appalti in materia di innovazione, organizzare scambi di buone prassi, come è accaduto nel settore del “calcolo ad alte prestazioni”, rilevante anche nel settore della sanità, nel quale alcuni centri di supercalcolo (in Francia, Italia, Spagna e Germania) nel 2017 hanno costituito un gruppo di acquirenti *ad hoc* per eseguire un appalto pubblico congiunto per l’innovazione riguardante soluzioni innovative<sup>16</sup>.

Dunque, formule aggregative che hanno interessato entrambe le parti (pubblica e privata) operanti nel settore sanitario. Il problema, in questo ambito, è rappresentato dalla standardizzazione che ha portato a un uso generalizzato dei modelli di acquisto aggregativi, con non pochi problemi sul profilo della idoneità delle risorse reperite. Sul punto basta richiamare i dati offerti dall’Osservatorio Gare CSA-CER<sup>17</sup> dai quali emerge, per il settore dei dispositivi medici, un incremento dal 37% nel 2007 al 75% nel 2015 di forme di acquisto centralizzate che fino al 2014 erano riconducibili in gran parte a unioni di acquisto, mentre nel 2015 a centrali regionali e questo soprattutto con riferimento ai dispositivi medici consumabili; un incremento più ridotto per le apparecchiature dove si registra una presenza importante di Consip. Uno sviluppo cui, come si dirà, non corrisponde un incremento della qualità, il tutto evidentemente a discapito della terza «E» (efficacia) che dovrebbe essere garantita comunque nelle procedure di gara.

Si tratta di un concetto che trova a proprio fondamento una determinante extragiuridica proprio nel convincimento diffuso della utilità e dei benefici che da esse possono generalmente derivare, riconducibili soprattutto al risparmio di spesa, ma anche al miglioramento della qualità, incremento dell’efficienza.

Un convincimento, questo, che, però, come ci insegna la scienza economica (di cui avremmo dovuto far tesoro sin dall’inizio) dalla quale abbiamo preso a prestito l’idea, non ha validità assoluta; da qui la necessità di strutturare il sistema in maniera elastica, consentendo alle stazioni appaltanti di procedere alle acquisizioni,

---

*nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, Banca d’Italia – Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 83, aprile 2018, p. 21 ss. Sulle strategie di aggregazione cfr., in particolare, gli Atti del Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Roma, Palazzo Spada, 14 maggio 2014, pubblicati sul sito web del Consiglio di Stato.

<sup>16</sup> In questo caso gli acquirenti pubblici hanno coordinato le rispettive tabelle di marcia per fornire risorse HPC in tutta Europa. Il bilancio totale previsto per questo primo appalto congiunto di soluzioni HPC innovative ammonta a 73 milioni di Euro. L’appalto permetterà di migliorare in modo significativo l’infrastruttura HPC a partire dal 2019, consentendo ulteriori investimenti.

<sup>17</sup> [https://www.assobiomedica.it/static/upload/csa/csa\\_studiogar401.pdf](https://www.assobiomedica.it/static/upload/csa/csa_studiogar401.pdf).



in proprio o attraverso il meccanismo dell’appalto congiunto, permettendo così al sistema di individuare al suo interno degli strumenti di auto-correzione, o meglio di adeguamento per rispondere compiutamente alle esigenze manifestate dal mercato. Ma è proprio la standardizzazione dell’innovazione il principale fattore di criticità.

Sul punto assai significativi gli esiti dello studio condotto dall’Osservatorio CSA-CER richiamato in precedenza nel quale sono evidenziati significativi profili di criticità ma anche i *mitigants* che sono stati individuati in alcune realtà regionali. Dati che certamente in astratto non sono rincuoranti se si riflette sulla soddisfazione del bisogno, in termini di adeguatezza dei prodotti acquisiti tramite le centrali uniche: si pensi ad esempio che il 63% degli intervistati concorda sul fatto che le centrali uniche di acquisto disincentivano l’innovazione perché lontane dai bisogni reali e dalle esigenze dell’utenza e, cosa ben più preoccupante, il 53% degli intervistati dichiara di essersi trovato a non utilizzare i dispositivi che sono stati acquistati o perché obsoleti o perché comunque non funzionai rispetto alle specifiche esigenze del presidio. Dati che fanno riflettere se si pensa all’esperienza dell’Emilia e Romagna dove il *masterplan* relativo ai fabbisogni viene aggiornato con cadenza annuale e con degli aggiustamenti su base territoriale, secondo una formula che pare mitigare la obbligatorietà in ottemperanza a un certamente condivisibile principio secondo cui deve essere la corretta valutazione dell’esigenza (fabbisogno) a guidare la individuazione della formula (anche organizzativa) migliore.

#### 4. *La dimensione contrattuale dell’innovazione*

Analogamente è a dirsi sul piano degli strumenti a disposizione.

Se la chiave è l’innovazione, il primo pensiero non può che andare alla categoria dei c.d. appalti innovativi rispetto ai quali il fattore innovazione è legato al prodotto: si pensi agli “*appalti pre-commerciali*”, cioè gli appalti di Ricerca, sviluppo e innovazione che “possono essere utilizzati quando non vi siano ancora soluzioni efficaci sul mercato e si rendano necessarie attività di ricerca e sviluppo”; oppure gli “*appalti pubblici per le soluzioni innovative*” (PPI) per l’acquisto di innovazioni esistenti che non hanno una piena diffusione, da tenere ben distinti dal c.d. Partenariato per l’Innovazione. E gli esempi potrebbero continuare richiamando le procedure competitive con negoziazione, il dialogo competitivo, o ancora i concorsi di progettazione o gli appalti di forniture di ricerca e sviluppo.

##### 4.1. *Gli appalti pre-commerciali*

Senza alcuna pretesa di esaustività dell’analisi dei singoli contratti, quanto ai primi, come noto, si tratta di strumenti che consentono a una o più stazioni appal-

tanti di risolvere le sfide economiche e sociali per le quali il mercato non presenti una soluzione attraverso attività di Ricerca e Sviluppo<sup>18</sup>.

Una formula che normalmente non rientra nella disciplina degli appalti pubblici e che, come noto, non necessariamente sfocia in un PPI (Public Procurement for Innovative Solutions) nel quale gli acquirenti pubblici agiscono quali *launch customers* di lavori, servizi e forniture che non sono ancora diffusi su larga scala. Appalti, appunto, “pre-commerciali” perché presuppongono possibili futuri acquisti delle soluzioni innovative sviluppate, quando rese commercialmente disponibili<sup>19</sup>.

Si tratta, come precisato nel Comunicato dell’ANAC del 9 marzo 2016, di contratti di appalto di servizi di ricerca e sviluppo tecnologico che prevedono:

- a) *“la condivisione dei rischi e dei benefici alle condizioni di mercato tra acquirente pubblico e soggetti aggiudicatari per lo sviluppo di soluzioni innovative, non già presenti sul mercato, a partire dall’ideazione fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di prodotti o servizi sperimentali idonee a risolvere un problema irrisolto e tecnologicamente complesso, posto dall’acquirente pubblico;*
- b) *la clausola di non esclusiva, in funzione della quale la stazione appaltante non riserva al suo uso esclusivo i risultati derivanti dalle attività di R&S;*
- c) *il cofinanziamento da parte delle imprese aggiudicatariè”.*

Dunque, come precisato nella comunicazione COM 799/07, siamo in presenza di una formula che mira a descrivere un approccio all’aggiudicazione di appalti e servizi di ricerca e sviluppo diverso da quelli “i cui risultati appartengono esclusivamente all’amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell’esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione e che non costituisca un aiuto di stato” (art. 63).

Formula il cui ciclo, secondo quanto previsto nella richiamata comunicazione, muove dalla “curiosità” o meglio dalla necessità di offrire una risposta a un’esigenza avvertita/espressa dal mercato, che porta, attraverso la “formulazione di una idea di prodotto”, alla elaborazione della soluzione, seguita dalla messa a punto di prototipi che vengono prima prodotti in quantità limitate, in forma di serie sperimentali, per poi passare alla commercializzazione<sup>20</sup>.

#### 4.2. *Gli appalti pubblici per soluzioni innovative e il partenariato per l’innovazione*

Quanto agli Appalti pubblici per soluzioni innovative, essi riguardano beni, servizi e lavori con caratteristiche innovative. Gli acquirenti pubblici operano come

<sup>18</sup> Sul tema cfr. M. NULLI, *Gli appalti precommerciali*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it); R. WILKINSON ET AL., *Public procurement for research and innovation: expert and group report on developing procurement practice favourable to R&D and innovation. EC Report EUR 21793*, Luxembourg, Office for Official Publications of the EC.

<sup>19</sup> Com 799/2007/CE, art. 158 del Codice.

<sup>20</sup> I partecipanti a questa procedura sono individuati ai sensi dell’art. 45.

*early adopter* di soluzioni innovative non ancora adottate su larga scala, donde la necessità che l’acquisto riguardi una massa critica di soggetti tali da introdurre una produzione idonea al raggiungimento di prezzi e standard di qualità che consentono l’adozione della soluzione su larga scala. Dunque, una formula i cui elementi chiave sono (i) la creazione di un gruppo di acquisto, individuato sulla base di una attenta analisi del fabbisogno, che generi mercato per i prodotti e servizi innovativi (acquisti coordinati/congiunti); (ii) la valutazione di un capitolato tecnico sulla base degli *outcome* attesi.

Una formula che ben si presta a soddisfare le esigenze del settore socio-sanitario (come emerge dalla consultazione pubblica UE sul *procurement* per l’innovazione, ad esempio, per le *electronic diabetes management solutions; patient empowerment solutions*, ecc.).

Uno strumento da tenere distinto dal Partenariato per l’Innovazione disciplinato dall’art. 65 del Codice e dal Partenariato in generale (art. 180) come formula di cooperazione economica in assenza di risorse pubbliche. Una procedura, la prima, mono-aggiudicataria e multifase che porta a un acquisto integrato di ricerca e sviluppo e della soluzione innovativa non presente sul mercato. Dunque, una procedura strutturata in fasi successive, secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e innovazione e che, pertanto, non richiede una massa critica di acquirenti.

Esso muove dal presupposto che l’amministrazione sia in grado di porsi come soggetto innovatore, creando così il mercato, di qui la necessità che le informazioni offerte siano sufficientemente precise da permettere agli operatori di individuare natura e ambito della soluzione richiesta, anche decidendo se partecipare o meno alla stessa procedura che l’art. 65 del Codice struttura come una procedura bifasica che vede prima una “prequalificazione”, seguita da una negoziazione strutturata in sottofasi.

Particolarità della fase di prequalificazione, nella quale vi è la possibilità di fare ricorso alla forcella con predeterminazione del numero minimo e massimo sulla base degli stessi criteri e condizioni, è rappresentata essenzialmente da 3 elementi:

- a) gli operatori forniscono alla stazione appaltante in merito alla soluzione richiesta;
- b) l’amministrazione formula inviti a presentare progetti di innovazione;
- c) la selezione avviene alla luce dei criteri relativi alle capacità nel settore ricerca e sviluppo, nonché della messa a punto di soluzioni innovative.

Le sottofasi in cui la seconda fase della negoziazione si articola vanno dalla domanda alla aggiudicazione e contano due fasi di negoziazione delle offerte iniziali e negoziazioni progressive sulla cui base vengono definiti i livelli di prestazione attesi e i costi massimi da sostenere per la realizzazione e lo sviluppo del processo innovativo.

## 5. *L'innovazione come "processo"*

Ma se si prescinde dal considerare l'innovazione come riferita strettamente al profilo tecnologico del prodotto e la si riferisce al "processo" anche di acquisto, un ruolo rilevante che potrebbe rivestire il PPP<sup>21</sup> che, nonostante le sue indubbie potenzialità, sta attraversando un momento di crisi dovuto a una molteplicità di fattori che vanno dall'elevato rischio amministrativo che ha caratterizzato le procedure di aggiudicazione; alla complessità delle procedure e le distorsioni alla concorrenza dovute al diritto di prelazione, che hanno scoraggiato la partecipazione di imprese alle gare e allontanato le imprese estere; e soprattutto alle difficoltà, insite nel nostro sistema di utilizzare i contratti per attuare una precisa allocazione del rischio e una altrettanto precisa delimitazione dei rischi assunti dalle parti; alla *capacity* delle amministrazioni<sup>22</sup>; e, non da ultimo, alla complessità dei contratti.

Uno strumento, il PPP, che, invece, anche per la scarsità di risorse, potrebbe avere un impiego significativo anche al di fuori del settore dei lavori, e questo anche nel settore della sanità, dove sui 38 contratti attivi tutti riguardano in diversa misura le strutture (14 sono per la realizzazione di nuovi ospedali; 8 per la ristrutturazione e ampliamento di ospedali esistenti; 2 per il completamento di ospedali realizzati con logiche tradizionali; 8 per la realizzazione di poli sanitari satellite o altre strutture – quali ad esempio i laboratori di analisi; e 8 per interventi di efficientamento energetico).

<sup>21</sup> Il PPP è stato diversamente approfondito dalla dottrina nel corso degli anni che ne ha esaminato le molteplici sfaccettature, evidenziando le principali problematiche e le maggiori criticità, cui i recenti studi hanno cercato di porre rimedio attraverso la formulazione, da parte di un gruppo di studio composito, guidato dal Mef, di un contratto standard. Tra i numerosi Autori, per la dottrina giuridica, cfr. R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2013. Sul partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione cfr. S. PELLIZZARI, *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *Impresa Sociale*, n. 3/2014, p. 36 ss.

<sup>22</sup> Di particolare interesse sono a questo proposito le considerazioni contenute nella Relazione Speciale n. 9 del 2018 della Corte dei Conti Europea su *Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati*. La Corte, infatti, ha rilevato che "Per attuare con successo i progetti PPP è necessario disporre di capacità amministrative non indifferenti, che possono scaturire solo da quadri istituzionali e normativi adeguati e da una lunga esperienza nell'attuazione di progetti PPP"; la Corte ha al contrario "constatato che attualmente tali capacità esistono solo in un numero limitato di Stati membri dell'UE. La situazione non corrisponde quindi all'obiettivo dell'UE di dare esecuzione alla maggior parte dei fondi UE tramite progetti a finanziamento misto, tra cui i PPP". Di talché, "La combinazione tra finanziamenti UE e PPP comporta incertezze e requisiti aggiuntivi. Inoltre, la possibilità di registrare i progetti PPP come voci fuori bilancio è un elemento importante nella scelta dell'opzione PPP; in pratica, tuttavia, c'è il rischio che risultino compromessi il rapporto benefici/costi e la trasparenza" (p. 11).

Elementi di crisi sui quali ha posto anche l’accento l’ANAC nelle Linee guida n. 9, in particolare con riferimento alla valutazione *ex ante* della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell’investimento finalizzata a verificare la convenienza o l’opportunità delle procedure. Oggi obbligo rafforzato dal c. 3 dell’art. 181. Unitamente a un non efficace monitoraggio della fase di post-aggiudicazione, soprattutto sotto il profilo della permanenza in capo al partner privato dei rischi che gli erano stati trasferiti che hanno avuto l’effetto di vanificare il valore aggiunto atteso dal coinvolgimento di capitali e competenze privati.

Dunque, criticità che concernono l’allocazione dei rischi all’operatore economico, per ciò che concerne il rischio operativo, includendo, come sottolineato dall’ANAC, non solo il rischio connesso alla costruzione ma anche il rischio di disponibilità e il rischio di domanda e, sempre seguendo le linee guida ANAC, facendo in modo che, in linea con il c. 3 dell’art. 180, “il contenuto del contratto [sia] definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall’effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell’opera o del volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda”. “Ciò significa che, da un lato la valutazione della sostenibilità dell’operazione è fatta sulla base di flussi stimati – e non effettivi – dei servizi resi o dalla disponibilità dell’opera, secondo (mere) previsioni di domanda e secondo criteri di quantità e qualità dell’opera definiti *ex ante*; dall’altro i livelli di servizi effettivamente forniti e la relativa qualità potranno divergere (*ex post*) da quelli stimati e ciò potrà determinare una perdita o un guadagno in capo all’operatore economico”. Ciò in coerenza con la stessa definizione di rischio operativo dettata proprio per le concessioni.

Una corretta gestione del rischio operativo consentirebbe, tra l’altro, una maggiore remuneratività del capitale investito. Dunque, un lavoro di “consolidamento” della matrice su cui poggia la stessa struttura contrattuale, ivi incluso lo stesso piano economico e finanziario, rispetto al quale, sempre nelle richiamate linee guida, in linea con le osservazioni rese dal Consiglio di Stato e dal MEF, si evidenzia la non accoglibilità dell’opzione di rimettere alla libera discussione delle parti l’individuazione di tali eventi, essendo necessario – ai fini di una certezza dei rapporti contrattuali – che nel contratto essi siano già individuati.

In questo contesto, la corretta definizione delle clausole contrattuali è uno dei passaggi per la corretta allocazione dei rischi in capo alla parte ritenuta più capace di gestirli, nonché per il mantenimento in capo all’operatore economico dei rischi allo stesso trasferiti.

Di qui l’opzione di definire i vari elementi, inclusa la stessa matrice dei rischi, considerata come parte integrante del contratto di PPP, sia pure con le necessarie garanzie di elasticità, onde consentire la corretta valutazione/redazione da parte degli operatori, di modo che possano porla a base per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria, per verificare la convenienza del ricorso al

PPP rispetto ad un appalto tradizionale e per la corretta indicazione della fase procedimentale.

E la matrice dei rischi, assieme alla garanzia di un adeguato flusso informativo sui dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi e del resoconto gestionale sono strumenti prioritari di controllo.

Elementi, questi sommariamente richiamati, che se correttamente ricalibrati potrebbero essere adeguati alle esigenze di un "oggetto" contrattuale non limitato ai lavori ma, come del resto altre esperienze hanno già provato, esteso anche ai servizi (inclusivi di forniture di prodotti)<sup>23</sup>.

#### 6. *Verso un "approccio strategico" degli appalti: la necessità di una nuova capacity istituzionale per un utilizzo flessibile degli strumenti esistenti*

In tutti i casi la chiave del successo è la definizione di una corretta strategia organizzativa, anche allargando il panorama dei soggetti coinvolti, da un lato, e la costruzione di una competenza (*capacity*) dei soggetti, dall'altro.

A base della costruzione di detta strategia non può che esserci una corretta lettura del fabbisogno espresso dal mercato. Sul punto sia consentito richiamare la stessa idea che il codice propone di qualità cui si faceva cenno in precedenza. Una idea che presuppone che a monte vi sia una amministrazione in grado di cogliere le "rinnovate esigenze" (fabbisogni dell'utenza) espresse dal mercato (e dall'altro lato un mercato degli operatori in grado di fare delle proposte) e tradurle, assieme agli attori privati, in risposte concrete, individuando anche le possibili fonti di finanziamento.

In questo senso può assumere un ruolo di primaria importanza la consultazione preliminare del mercato che, sebbene non disciplinata espressamente dall'art. 66 del Codice deve, alla luce dei principi generali, essere trasparente; improntata alla non discriminazione e alla parità di trattamento; non deve compromettere la contendibilità dell'affidamento in sede di gara successiva<sup>24</sup>. La consultazione, pertanto, dovrebbe essere indetta mediante avviso pubblico, per garantire la trasparenza, quanto alle finalità deve tendere alla

- a) verifica della disponibilità sul mercato di servizi/prodotti aventi specifiche caratteristiche richieste;
- b) verifica di criticità nell'impostazione dei documenti;

---

<sup>23</sup> Sul punto cfr. la Comunicazione della Commissione *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, cit.

<sup>24</sup> Spunti in tal senso possono cogliersi dalle Linee guida ANAC, 13 settembre 2017, n. 8 e dalla stessa giurisprudenza che, ad esempio, ha posto in luce la rilevanza che può avere la massima partecipazione alle consultazioni anche al fine di individuare la formula più idonea (in tal senso, da ultimo, TAR Toscana, III, 16 novembre 2018, n. 1089).

c) ricevere osservazioni e suggerimenti.

Quanto alle modalità di svolgimento:

a) invio di contributi scritti (relazioni, documentazione tecnica, questionari, ecc.) senza contatti diretti;

b) audizione contemporanea degli operatori b) verbalizzazione dei risultati dell’incontro/eventi pubblici;

c) successiva audizione con pubblicazione dell’esito.

In questo quadro va comunque tenuto presente che la partecipazione o la mancata partecipazione sono ininfluenti ai fini dell’ammissione alla gara successiva.

Dunque, una amministrazione che sia in grado di farsi essa stessa motore di sviluppo, spronando i mercati ad adottare soluzioni innovative, come nel caso di Öbrero (Svezia) in cui la richiesta di un prodotto specifico, non molto diffuso sul mercato, ha portato a un adeguamento della offerta da parte dei fornitori che, in un breve periodo hanno aggiunto il prodotto “con le specifiche caratteristiche” richiesto dall’amministrazione (nel caso di specie si trattava di prodotti privi di sostanze dannose, nella specie PVC) modificando il loro ciclo produttivo.

Si pensi proprio ai casi degli appalti pre-commerciali<sup>25</sup> o degli appalti per soluzioni innovative. In entrambi i casi, essenziale la definizione della esigenza anche attraverso il ricorso a consultazioni di mercato, con gli operatori interessati perché solo così è possibile definire il contesto operativo nel quale definire i requisiti della soluzione richiesta: funzionali nel PCP; funzionali e/o tecnici nel PPI (art. 59).

In questo senso è, però, indispensabile che si investa sulla “*capacity*” istituzionale, in modo offrire all’amministrazione gli strumenti che le consentano di abbandonare un “approccio puramente amministrativo” che considera gli appalti una mera procedura di acquisto di prodotti o servizi, in favore di un “approccio strategico” che sfrutti gli appalti per favorire gli investimenti nell’economia reale e stimoli la domanda, in un’ottica di accrescimento della competitività, basata sull’innovazione e sulla digitalizzazione (una esigenza chiaramente espressa nel Protocollo di intesa per l’individuazione delle strategie per potenziare il ruolo della domanda pubblica con leva per l’innovazione sottoscritto da Confindustria, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, agenzia per l’Italia digitale e Itaca).

Dunque, una nuova cultura che consenta, anche nel contesto di Horizon 2020, di individuare nuovi strumenti di finanziamento.

In questo senso la stessa commissione nella comunicazione COM 2018 evidenzia la necessità di operare un raffronto delle competenze anche nell’ambito degli appalti per l’innovazione individuando i seguenti punti essenziali:

<sup>25</sup> Sull’argomento v. M. NULLI, *Gli appalti precommerciali*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it), 2012; C. EDQUIST, J.M. ZABALA – ITURRIAGAGOITIA, *Pre-commercial procurement: a demand or supply policy instrument in relation to innovation?*, in *R&D Management*, Vol. 45, Issue 2, 2014; S. PAPA, *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all’aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 3/2017.

- *“Formazione e assistenza per i soggetti interessati, risultando la professionalità uno dei fattori alla base del successo:*
- *Conoscenze*
  - *Coinvolgimento del mercato e delle parti interessate*
  - *Prodotti e servizi pertinenti*
- *Competenze di base*
  - *Quadro giuridico pertinente*
  - *Trattative*
  - *Gestione dei contratti*
- *Competenze specifiche nel settore dell’innovazione*
  - *Valutazione dei rischi*
  - *Gestione dei diritti di proprietà intellettuale*
  - *Imprenditorialità strategica”.*

Dunque, necessità della costruzione di una competenza (*capacity* istituzionale e degli attori) tecnica che, con specifico riferimento al PPP, emerge ancor più se si considerano le cause di mortalità dei progetti (per l’Italia il dato registrato è pari al 95%, il più alto in Europa). Una necessità ormai riconosciuta anche dalla stessa Corte dei conti nel “rapporto 2017 sul coordinamento della finanza pubblica”, che, a seguito del monitoraggio e della valutazione delle operazioni di PPP in Italia, nel decennio 2007-2017 ha sottolineato come *“il presupposto fondamentale affinché il mercato delle PPP possa crescere all’interno di una politica di rilancio degli investimenti in infrastrutture e servizi, è costituito, inoltre, dalla qualità dei progetti, laddove la combinazione delle capacità e dei capitali pubblici e privati, la condivisione dei rischi, lo scambio di esperienze riescano a costruire un efficace quadro di cooperazione”.*

*Capacity* che deve permanere dalla ricognizione del fabbisogno per tutta la vita del contratto rilevando su tutto il processo, si pensi alla valutazione dei rischi, o alla capacità di valutare i potenziali benefici di “formule nuove”, evitando, pertanto che le standardizzazioni, pur esse necessarie, intese come processo di riduzione dei rischi, si tramutino in una sterile imposizione di modelli non funzionali alle esigenze dell’utenza e del mercato.

E in questo quadro non è certamente un caso che lo stesso documento del 2018 precisa non solo l’esigenza che gli appalti per l’innovazione non abbiano luogo in maniera isolata, generando “migliori risultati se sostenuti da altre politiche settoriali e orizzontali in grado di favorire l’innovazione”. E con specifico riferimento proprio al settore sanitario viene sottolineata l’opportunità di “prevedere azioni mirate riguardanti appalti per l’innovazione in quadri strategici e piani d’azione per settori specifici (ad esempio, sicurezza, sanità, cambiamenti climatici, ecc.)”, esprimendo così la consapevolezza che proprio le peculiarità del settore richiedono non solo una visione strategica specifica ma che tale visione strategica sia riportata in un quadro *ad hoc* che superi la (sterile) standardizzazione.



**Abstract**

Ideas for the construction of a culture of innovation in health procurement

by Loredana Giani

The paper focuses on the difficult balance between appropriateness of treatment and containment of health expenditure from the perspective of the effective guarantee of the right to health. It therefore analyses possible solutions for such a difficult balance, that have to be traced by moving from an in-depth discussion on the “quality” of the service itself, the “organisational” profiles and the instruments that the organisation possesses to achieve this goal.

From this perspective the paper analyses the role that innovation can play. Innovation as a criterion of policy that intercepts new organisational and contractual formulae, as well as new ways of offering products and services which guarantee a better meeting of needs.

In particular the paper focuses on the subjective and contractual dimension of innovation in public procurement, underlining the importance of the strategic approach, and the necessity to invest in the capacity building of administrations so as to give them the possibility to make flexible use of existing instruments, finding the most suitable procedure that guarantees the best balance between the containment of costs and the effective guarantee of the right to health.

*Keywords:* Innovation; Organisation; Capacity building; Innovative procedures.



# Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di miglorie al sistema vigente<sup>1</sup>

di Alberto Zito, Maria Immordino<sup>2</sup>

SOMMARIO: 1. Le ragioni del *favor* verso l'aggregazione della domanda pubblica di beni. – 2. L'evoluzione (disordinata) del quadro normativo nazionale sull'aggregazione della domanda pubblica di beni e servizi. – 3. Pluralismo delle centrali di committenza e modelli ipotizzabili per una razionale gestione del sistema. – 4. Il modello che emerge dal diritto positivo: considerazioni critiche. – 5. Il coordinamento del pluralismo realizzabile attraverso il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori e la sua finalizzazione verso la specializzazione. – 6. Considerazioni conclusive in una prospettiva *de iure condendo*.

## 1. *Le ragioni del favor verso l'aggregazione della domanda pubblica di beni*

A giustificazione del *favor* di cui gode l'aggregazione della domanda pubblica di beni vengono offerte diverse ragioni. Tra le principali si possono ricordare: il fatto che l'aggregazione consente di ottenere condizioni di acquisto più favorevoli grazie alle economie di scala che gli operatori economici possono realizzare in presenza di una domanda quantitativamente maggiore; la riduzione dei costi di processo, dal momento che vengono bandite meno procedure di gara ciascuna delle quali ha inevitabilmente un costo; l'utilizzazione della domanda pubblica come strumento di politica pubblica al fine di realizzare obiettivi desiderabili come, ad esempio, lo sviluppo sostenibile, la tutela dell'ambiente, l'innovazione tecnologica<sup>3</sup>.

La valutazione positiva del fenomeno ha ricevuto riconoscimento sia nell'ordi-

---

<sup>1</sup> Il saggio è destinato agli scritti in onore del Prof. Enrico Follieri al quale è dedicato.

<sup>2</sup> Il saggio è frutto di una riflessione comune dei due autori. Tuttavia i paragrafi 2 e 6 sono di Maria Immordino, mentre i paragrafi 1, 3, 4 e 5 sono di Alberto Zito.

<sup>3</sup> Le ragioni indicate nel testo sono ricordate in tutti gli studi dedicati al tema. Nella prospettiva del giurista cfr. M.E. COMBA, *Aggregazioni di committenza e centrali di committenza: la disciplina europea e il modello italiano*, in *Urbanistica e Appalti*, 2016, p. 1053 ss.; G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, p. 171 ss.; B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, p. 613 ss. Nella prospettiva dell'economista cfr. G.L. ALBANO, M. SPARRO, *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, in *Review of Economics and Institution*, 2010, 1 (2); C. COTTARELLI, *La lista della spesa*, Milano, 2015. Peraltro G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica ... cit.*, ricorda anche altri obiettivi che giustificano il *favor* verso l'aggregazione della domanda pubblica quali ad esempio la trasparenza e la prevenzione della corruzione (p. 175). B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione ... cit.*, ricorda come l'*expertise* e la professionalità delle centrali di committenza sia inoltre garanzia dell'efficiente gestione delle procedure di gara e prima ancora della corretta definizione dell'architettura giuridica ed economica della gara stessa.

namento europeo sia negli Stati membri (ivi compreso il nostro)<sup>4</sup>. Nell'ambito del nostro Paese gli interventi normativi, che si sono succeduti dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso, hanno determinato una situazione caratterizzata oggi da un accentuato pluralismo delle centrali di committenza, che sono lo strumento principe per la realizzazione dell'aggregazione della domanda pubblica in particolare di servizi forniture (solo di recente, infatti, è stata prevista la possibilità di aggregare tale domanda anche per i lavori di manutenzione)<sup>5</sup>.

Muovendo da tale dato, l'obiettivo del presente saggio è verificare se la normativa vigente in tema di aggregazione sia razionale e utile a consentire risparmi di spesa (tali obiettivi, ossia razionalità e risparmio, sono sovente richiamati nelle norme che disciplinano le centrali di committenza) e, se del caso, individuare le opportune modifiche in grado di realizzare i suddetti obiettivi. Il saggio si muove dunque in una prospettiva sia *de jure condito* sia *de jure condendo*.

Esulano pertanto dalla presente indagine alcune problematiche, che pure sono presenti nel dibattito sull'aggregazione della domanda pubblica. Si pensi, per fare qualche esempio, ai modelli diversi dal ricorso alla centrale di committenza- attraverso cui pure si può realizzare la suddetta aggregazione (ad esempio accordi tra le amministrazioni aggiudicatrici su base volontaria)<sup>6</sup>; oppure alla possibilità, riconosciuta dalla normativa europea e nazionale, di realizzare una domanda aggregata a livello transnazionale<sup>7</sup>; ed ancorasi pensi al tema del possibile contrasto tra l'obiettivo di realizzare l'aggregazione della domanda pubblica e l'obiettivo di tutelare le PMI e di favorirne la crescita (finalità entrambe perseguite dalla normativa europea e nazionale)<sup>8</sup>.

Si tratta di problematiche certamente importanti la cui analisi però non è necessaria rispetto allo scopo che il presente lavoro si prefigge che -lo si ripete- è unicamente quello di verificare se il pluralismo delle centrali di committenza sia stato messo a sistema ovvero, detto in altri termini, se tale pluralismo sia regolato da un principio giuridico che stabilisca chiaramente "chi fa che cosa per chi".

<sup>4</sup> Per l'ordinamento europeo è sufficiente richiamare la Direttiva 2004/18/CE, il Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici, nonché in particolare la Direttiva 2014/24/UE.

<sup>5</sup> Cfr. in particolare l'art. 1, comma 504, della legge n. 208/2015 (legge di stabilità per il 2016) che prevede che la CONSIP possa operare anche nel campo dei lavori di manutenzione.

<sup>6</sup> Sui modelli diversi dalla centrale di committenza cfr. che consentono di realizzare forme di aggregazione della domanda pubblica G.M. RACCA, G.L. ALBANO, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU Experience*, in C. HARLAND, D. NASSIMBENI, E SCHNELLER (a cura di), *Strategic Supply Management*, London, 2013, pp. 179-2013.

<sup>7</sup> Cfr. in particolare gli artt. 37, 38 e 39 della Direttiva 2014/24/UE.

<sup>8</sup> Come ricorda B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione...*, cit., l'aggregazione pone anche dei problemi "che possono tradursi in svantaggi se non se ne tiene conto e non si introducono correttivi". Tra questi rischi il maggiore è "è quello dell'alterazione dei mercati, soprattutto a danno delle piccole imprese" (p. 614). Si tratta di un rilievo diffuso nella letteratura giuridica ed economica (cfr. anche le considerazioni di G.L. ALBANO, M. SPARRO, *Flexible Strategies for Centralized...* cit.) al quale si ritiene sovente di potere porre rimedio attraverso la suddivisione dell'appalto in lotti.

## 2. *L'evoluzione (disordinata) del quadro normativo nazionale sull'aggregazione della domanda pubblica di beni e servizi*

Come già accennato le scelte del nostro legislatore sono andate nel senso di favorire il pluralismo delle centrali di committenza e dei c.d. soggetti aggregatori. L'inizio del processo può essere datato alla fine degli anni Novanta del secolo scorso con l'istituzione della CONSIP avvenuta con il d.lgs. n. 447 del 1997. Originariamente la CONSIP doveva gestire soltanto le attività informatiche delle pubbliche amministrazioni statali, ma ad essa venne successivamente attribuito il compito di stipulare convenzioni e accordi quadro per l'acquisto di beni e servizi, per conto delle stesse, attraverso l'art. 26 della legge n. 488/1999 (legge finanziaria per il 2000).

Una volta scoperta la centrale di committenza, si sono susseguiti molteplici interventi, che hanno dato luogo ad un quadro normativo complesso e confuso.

Di questi interventi si possono ricordare i più significativi, quali in particolare: *i*) l'art. 1, commi 449 ss. della legge n. 296/2006 (legge finanziaria per il 2007); *ii*) l'art. 33 del vecchio Codice dei contratti pubblici e le successive modifiche operate dall'art. 23, comma 4, del d.l. n. 201/2011; *iii*) l'art. 9 del d.l. n. 66/2014, di cui si dirà ampiamente nel prosieguo del discorso; *iv*) l'art. 1, commi da 494 a 505, della legge n. 208/2015 (legge di stabilità per il 2016); *v*) l'art. 1 della predetta legge, commi da 512 a 521, con i quali si è delineato un nuovo sistema degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, basato sulla centralizzazione degli acquisti stessi tramite centrali di committenza e/o soggetto aggregatore in vista del raggiungimento di una riduzione della spesa; *vi*) l'art. 37 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che disciplina cosa possono fare le centrali di committenza, da leggere peraltro in stretta connessione con il successivo art. 38<sup>9</sup>.

Nonostante si sia in presenza di una legislazione per episodi, nell'ambito della quale riesce talvolta difficile individuare le norme ancora vigenti e quelle abrogate (con la sola eccezione delle disposizioni previste nel vecchio Codice dei contratti pubblici espressamente abrogate dal nuovo Codice), è indubbio che la normativa di base, soprattutto con riferimento al tema delle centrali di committenza, sia oggi quella dettata dall'art. 9 del d.l. n. 90/2014 e quella dettata dall'art. 37 del Codice

---

<sup>9</sup> Quelle ricordate nel testo sono solo i principali interventi legislativi sul tema dell'aggregazione della domanda pubblica tramite il ricorso alle centrali di committenza. Ad essi devono aggiungersi altri interventi quali quantomeno gli artt. 7, 8 e 9 del d.l. n. 52/2012; gli artt. 1 e 5 del d.l. n. 95/2012; l'art. 15 del d.l. n. 185/2015 (gli interventi ricordati nel testo e nella nota non esauriscono peraltro le disposizioni introdotte con legge o atti ad essa equiparati che hanno avuto un impatto o un effetto sul tema dell'aggregazione della domanda pubblica). Alla fonte primaria devono poi aggiungersi una serie di atti aventi natura regolamentare o amministrativa emanati in attuazione di norme contenute nelle fonti primarie quali ad esempio i DPCM 11 novembre 2014, 14 novembre 2014, 24 dicembre 2015, 11 luglio 2018 nonché le determinazioni ANAC, 11 febbraio 2015, n. 2, nonché la delibera 23 luglio 2015. Molteplici inoltre sono stati anche i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze.

dei contratti pubblici. Dunque nel prosieguo del discorso è a queste disposizioni che si darà risalto.

3. *Pluralismo delle centrali di committenza emodelli ipotizzabili per una razionale gestione del sistema.*

Prima di procedere nell'analisi che si intende svolgere, è opportuno illustrare quali sono, nel caso in cui si scelga di puntare sul pluralismo delle centrali di committenza, i modelli in astratto ipotizzabili che consentono la messa a sistema del pluralismo stesso. Prendendo come riferimento un territorio coincidente con quello statale, nell'ambito del quale operano, oltre allo Stato, una pluralità di enti pubblici di livello statale ovvero *sub* statale (e dunque assumendo come archetipo un ordinamento simile al nostro) tali modelli sono di tre tipi.

Un primo modello, che può essere definito modello pluralistico multilivello, si basa sulla corrispondenza tra il livello istituzionale in cui si colloca la centrale di committenza ed il livello istituzionale in cui si colloca l'ente pubblico che ne utilizzerà le convenzioni (per intendersi una centrale di committenza statale servirà le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali, mentre una centrale di committenza regionale servirà la Regione, nonché gli enti pubblici regionali e gli enti locali presenti nel territorio regionale). Un secondo modello, che può essere definito concorrenziale, è imperniato sulla concorrenza tra centrali di committenza, nel senso che ciascuna di esse può servire qualsiasi ente pubblico abbia bisogno di acquisire un certo bene, dunque il loro utilizzo è rimesso ad una scelta effettuata da tale ente. Infine, vi è un terzo modello, che può essere definito specialistico, fondato sulla competenza funzionale, nel senso che ciascun soggetto aggregatore si specializza rispetto ad una tipologia di beni e serve tutti gli enti pubblici che hanno bisogno di tale tipologia.

Il primo modello ed il secondo modello comportano fisiologicamente che vi possano essere più gare aventi ad oggetto il medesimo bene, ciascuna delle quali potrebbe essere aggiudicata ad un prezzo diverso. Il terzo modello comporta che non vi possano essere più gare aventi ad oggetto un medesimo bene, ciascuna con un diverso prezzo di aggiudicazione, ma debba esserci una sola gara per ciascuna tipologia di bene.

Orbene, se si vanno ad esaminare le conseguenze connesse a ciascun modello, è facile verificare che nel modello multilivello può accadere che ciò che si acquista ad un certo prezzo in una determinata area territoriale, si acquista ad un prezzo diverso in un'altra area, e che la stessa situazione può determinarsi nel modello concorrenziale. Nel modello specialistico questa evenienza non può invece ricorrere.

Se si prova ad effettuare una prima valutazione sui pregi di ciascun modello, utilizzando come parametro il risparmio di spesa, è evidente come il primo model-

lo, quello pluralistico multilivello, di per sé non garantisca tutti i risparmi che pure potrebbero essere conseguiti. Se, infatti, vi sono due (o anche più di due) convenzioni aventi ad oggetto il medesimo bene, ad un prezzo però diverso, e se gli enti pubblici sono obbligati a rivolgersi alla centrale di committenza competente per territorio, è evidente come la spesa complessiva dell'acquisto del bene risulterà maggiore di quella che si sarebbe avuta se ciascun ente pubblico avesse potuto utilizzare la convenzione più conveniente dal punto di vista del prezzo. Per quanto riguarda il modello concorrenziale, esso è invece in grado di determinare risparmi di spesa per effetto del meccanismo di scelta da parte degli enti pubblici che potranno/dovranno utilizzare le convenzioni che offrono il bene al prezzo più basso. Infine, con riguardo al terzo modello (quello della specializzazione), è evidente come il risparmio di spesa riposi sulla capacità e competenza della centrale di committenza di svolgere bene la propria funzione. Il risparmio in questo caso va apprezzato non tanto o non solo in termini di minore costo, ma in termini di una maggiore qualità degli acquisti da parte delle pubbliche amministrazioni resa possibile grazie all'*expertise* e professionalità delle centrali di committenza.

Naturalmente tutti i modelli, per funzionare correttamente, hanno bisogno di un presupposto comune rappresentato dall'accurata rilevazione del fabbisogno degli enti pubblici. Peraltro, il primo e il secondo modello necessitano di un'ulteriore condizione rappresentata dall'allineamento temporale del periodo di vigenza delle convenzioni messe a disposizione dalle centrali di committenza. Ovviamente quelli descritti sono modelli astratti la cui trasposizione sul piano dell'ordinamento giuridico può essere impedita o resa difficile da vincoli normativi, di maggiore o minore forza, derivanti dalla fonte in cui sono espressi<sup>10</sup>. In ogni caso dall'analisi svolta già emerge con chiarezza come, rispetto all'obiettivo del risparmio di spesa, il modello pluralistico multilivello risulti il meno efficace rispetto al raggiungimento dell'obiettivo.

Infine, per completezza, si deve pure ricordare come sia anche ipotizzabile un modello di aggregazione della domanda pubblica completamente accentrato, imperniato sull'esistenza di una sola centrale di committenza la quale dunque è servente rispetto al fabbisogno di tutti gli enti pubblici presenti sul territorio nazionale. Si tratta di un modello che ha indubbiamente i suoi pregi: evita che vi possano essere più convenzioni rispetto al medesimo bene avente un prezzo diverso; riduce drasticamente il numero delle gare e dunque i costi di processo; consente di esercitare un maggiore potere contrattuale rispetto al prezzo; permette, per via della totale concentrazione della domanda pubblica, di perseguire con maggiore efficacia altri obiettivi di politica pubblica. Quest'ultimo modello, nondimeno presenta anche

---

<sup>10</sup> È evidente ad esempio come un modello basato sulla specializzazione, che necessariamente dovrebbe essere introdotto con legge statale, potrebbe suscitare dubbi di legittimità costituzionale rispetto al riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni fissato nel titolo V della Costituzione.

controindicazioni, quali ad esempio il costo necessario per addivenire ad una corretta programmazione su scala nazionale del fabbisogno di tutti gli enti pubblici<sup>11</sup>. Non è però di questo modello che il presente saggio intende occuparsi posto che il diritto positivo va nella direzione, come detto, di un accentuato pluralismo.

#### 4. *Il modello che emerge dal diritto positivo: considerazioni de iure condendo*

Qual è il modello scelto dal nostro legislatore? E, ancor prima, è stato scelto un modello? Al fine di fornire una risposta è necessario prendere le mosse dalla disciplina introdotta con l'art. 9 del d. l. n. 66/2014 i cui tratti salienti sono definiti nel comma 2<sup>12</sup>.

Accanto alla CONSIP e alle centrali di committenza regionali sono stati previsti i c.d. soggetti aggregatori. Questi ultimi possono stipulare per gli ambiti territoriali di competenza le convenzioni di cui all'art. 26, comma 1, della legge n. 488/1999. L'ambito territoriale di competenza dei soggetti aggregatori coincide con la Regione di riferimento esclusivamente per le categorie merceologiche e le soglie individuate con DPCM. Sempre con DPCM, adottato di concerto con il Ministro dell'Economia, previa intesa in Conferenza unificata, è istituito il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori coordinato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, e ne sono stabiliti i compiti, le attività e le modalità operative. Ai sensi del già cit. art. 9, comma 1, è istituito presso l'ANAC l'elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte CONSIP, una centrale di committenza per ciascuna Regione e, per l'appunto, i soggetti aggregatori. Ai fini del perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e di servizi le Regioni costituiscono, ovvero designano, entro il 31 dicembre 2014, ove non esistente, un soggetto aggregatore. Posto che, in ogni caso, il numero complessivo dei soggetti aggregatori presenti nel territorio nazionale non può essere superiore a 35 (art. 9, comma 5). Infine ai sensi dell'art. 9, comma 3, con DPCM di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze da adottarsi d'intesa con la Conferenza unificata, sentita l'ANAC, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di analisi del Tavolo dei soggetti aggregatori, sono individuate le categorie di beni e servizi nonché le soglie al superamento delle quali le amministrazioni statali, centrali e periferiche (con alcune esclusioni), nonché le Regioni, gli enti regionali, gli enti locali e gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a CONSIP o agli altri soggetti aggregatori.

---

<sup>11</sup> Un modello totalmente, oltre a suscitare gli stessi dubbi di legittimità costituzionale indicati nella nota precedente, richiederebbe una programmazione nazionale difficilmente realizzabile.

<sup>12</sup> Per un commento alle novità introdotte con il d.l. n.66/2014, convertito con modifiche nella legge n. 89/2014 cfr. G. FIDONE, F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amministrativo*, 11, 2014, p. 2995 ss.



Il quadro che ne viene fuori è, come si è già accennato, caratterizzato in primo luogo da un accentuato e forse non necessario pluralismo delle centrali di committenza e dei soggetti aggregatori il cui numero complessivo, lo si è ricordato prima, non può essere superiore a 35. Avendo fissato una tale soglia, è evidente come accano alla CONSIP e alle centrali di committenza regionali, ovvero ai soggetti aggregatori regionali, ove le Regioni non abbiano provveduto a costituire una propria centrale di committenza, vi sia spazio per altri soggetti aggregatori che, dunque, si collocheranno ad un livello che non è né quello nazionale, coperto dalla CONSIP, né quello regionale coperto dalle centrali di committenza regionali o dai soggetti aggregatori regionali. Ed invero ciò è quello che è successo<sup>13</sup>. Se si va, infatti, a esaminare l'elenco dei soggetti aggregatori istituito presso l'ANAC ci si avvede immediatamente che nell'elenco compaiono, oltre alla CONSIP, alle centrali di committenza regionali e ai soggetti aggregatori regionali, altri soggetti aggregatori che si collocano ad un livello territoriale sub regionale. Oltre alle Province di Trento e Bolzano (in relazione alle quali non è difficile comprendere le ragioni della loro presenza in virtù della particolare autonomia ad essi garantita) compaiono anche undici Città Metropolitane, nonché due Province (quella di Perugia e di Vicenza). Dunque in ben nove Regioni (Puglia, Emilia-Romagna, Sicilia, Toscana, Liguria, Lombardia, Campania, Lazio, Piemonte) abbiamo la presenza della centrale di committenza regionale ovvero del soggetto aggregatore regionale e del soggetto aggregatore Città Metropolitana. In altre due Regioni (Veneto e Umbria) abbiamo una identica situazione solo che, in luogo del soggetto aggregatore Città metropolitana, troviamo il soggetto aggregatore Provincia).

Dalla scelta compiuta dal legislatore discende, quantomeno e sicuramente per le categorie merceologiche individuate con DPCM, che fisiologicamente vi potranno essere più convenzioni aventi ad oggetto il medesimo servizio o la medesima fornitura<sup>14</sup>.

Le considerazioni svolte non sono però sufficienti ad individuare il modello che è stato scelto dal legislatore, perché consentono unicamente di dire che il sistema vigente si caratterizza per un accentuato pluralismo, compatibile sia con il modello pluralistico multilivello sia con il modello concorrenziale.

Occorre dunque approfondire l'analisi e collocarsi, per così dire, dal lato della domanda, al fine di capire se, in presenza di più convenzioni aventi ad oggetto il

---

<sup>13</sup> Il DPCM 11 novembre 2014 ha, infatti, previsto che possono costituire centrali di committenza le Città Metropolitane e le associazioni, unioni e consorzi di enti locali in possesso di determinati requisiti di capacità tecnica.

<sup>14</sup> Peraltro il numero delle centrali di committenza e dei soggetti aggregatori può essere maggiore di quello fissato nell'art. 9 del d.l. n. 66/2014 per effetto di interventi legislativi precedenti o successivi. Tanto per fare un esempio particolarmente significativo l'art. 37, comma 4, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, che è successivo al summenzionato d.l., stabilisce che il Comune non capoluogo di Provincia procede ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le Province, le Città Metropolitane ovvero gli Enti di Area Vasta.

medesimo bene, gli enti pubblici possano scegliere di aderire a quella che ritengano più conveniente dal punto di vista del prezzo a parità di caratteristiche del bene offerto<sup>15</sup>.

La questione è quanto mai controversa complice una legislazione che certamente non aiuta a chiarirla (né, come si dirà, esistono indicazioni dirimenti provenienti dalla giurisprudenza).

Il punto è che il profilo in esame, che costituisce lo snodo nevralgico per comprendere quale sia il modello di pluralismo introdotto a livello di diritto positivo, sembra quasi non avere interessato il legislatore. Per fornire qualche lume al riguardo si deve pertanto lavorare sul terreno dell'interpretazione. Un terreno, questo, particolarmente impervio perché, come si vedrà, non è facile ricavare indicazioni univoche.

Iniziando dall'esame dell'art. 9, comma 3, del d.l. n. 66/2014, si deve rilevare come tale articolo si limita a sancire l'obbligo per le amministrazioni statali (con esclusione degli istituti scolastici, delle università e delle istituzioni educative), per le Regioni, per gli enti locali e per gli enti del servizio sanitario nazionale di ricorrere a CONSIP o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 dello stesso art. 3. Peraltro, tale obbligo è confinato alle categorie di beni e servizi individuati con DPCM adottato di concerto con il Ministro dell'Economia e della Finanze, previa intesa con la Conferenza unificata e sentita l'ANAC.

Si tratta, come evidente, di una norma che ha un contenuto specifico (si applica solo per i beni e servizi individuati con il richiamato DPCM) e che non prescrive in modo esplicito né l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di utilizzare le convenzioni delle centrali di committenza o dei soggetti aggregatori che operano funzionalmente nell'ambito di riferimento delle suddette amministrazioni, né la facoltà per le stesse di potere scegliere liberamente. Si è dunque in presenza di una norma che non si presta, anche per effetto della limitata portata applicativa, ad operazioni ermeneutiche volte a desumere una norma generale.

La situazione peraltro è identica se si guarda all'art. 9, comma 3-bis del d.l.n. 66/2014. Il predetto articolo disciplina la possibilità per le pubbliche amministrazioni di svolgere autonome procedure di gara nell'ipotesi d'indisponibilità delle convenzioni di CONSIP o dei soggetti aggregatori nonché nell'ipotesi di motivata urgenza. Viene dunque affermato l'obbligo di aderire alle convenzioni, ma nuo-

---

<sup>15</sup> Non si affronterà nel prosieguo il tema dei presupposti in presenza dei quali è consentito ad un ente pubblico aderire ad una convenzione di una centrale di committenza che non è servente rispetto all'ente pubblico stesso. Tale problematica intercetta, infatti, il (diverso) tema della clausola di adesione, che deve essere contenuta nel bando di gara, e della sua conformità ai principi europei. Sul punto si è più volte espressa la giurisprudenza amministrativa talvolta in modo contrastante. In proposito, tra le diverse pronunce, cfr. *Tar Lombardia, Brescia*, Sez. II, 7 dicembre 2010, n. 4796; *Tar Lombardia, Milano*, Sez. IV, 15 maggio 2012, n. 1358; *Tar Sardegna*, Sez. I, 12 marzo 2013; *Tar Toscana*, Sez. I, 18 aprile 2012, n. 744; *Id.* 7 maggio 2015, n. 725; *Id.* 11 giugno 2015, n. 889; *Cons. St.*, Sez. V, 11 febbraio 2014, n. 663.

vamente è difficile dedurre dalla norma un qualche elemento che possa fondare la facoltà delle pubbliche amministrazioni di scegliere, in caso di esistenza di più convenzioni, quella più conveniente dal punto di vista del prezzo.

A volerla dire tutta si deve anzi rilevare come dal d.l. si traggano elementi che vanno nella direzione opposta ossia nella direzione di non consentire alcuna libertà di scelta delle pubbliche amministrazioni rispetto alle convenzioni cui aderire. L'art. 9, comma 2, stabilisce infatti che i soggetti aggregatori possono stipulare le convenzioni per gli ambiti territoriali di competenza specificando che tali ambiti coincidono con la Regione di riferimento, sia pure limitatamente alle categorie merceologiche e alle sogli individuate con il DPCM. È ben vero che la norma si riferisce ai soli soggetti aggregatori ma è altrettanto vero che il riferimento all'ambito territoriale è circoscritto a determinate categorie merceologiche e a determinati importi; si può anche convenire che da una norma siffatta non si possa trarre alcun principio generale: pur essendo indubbio, tuttavia, che la norma in questione si presti ad essere interpretata nel senso di non consentire agli enti pubblici alcuna scelta in ordine alle convenzioni cui aderire quando di tali convenzioni ve ne siano anche di ulteriori rispetto a quella offerta dal soggetto aggregatore.

Se il quadro normativo, fissato nel D.L. n. 66/2014 è a dir poco incerto e comunque non in grado di offrire una risposta su quale sia il modello di pluralismo scelto dal legislatore, un qualche lume in proposito può forse venire dal Codice dei contratti pubblici ed in particolare dalla disposizione di cui all'art. 37, comma 12, ai sensi della quale *“fermi restando gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nell'individuazione della centrale di committenza, anche ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea, le stazioni appaltanti procedono sulla base del principio del buon andamento dell'azione amministrativa, dandone adeguata motivazione”*. La norma sembra, infatti, statuire il principio della libertà di scelta da parte delle pubbliche amministrazioni della centrale di committenza cui rivolgersi. Il principio risulta addirittura rafforzato nel senso che questa libertà può esercitarsi anche oltre i confini nazionali, potendo la scelta indirizzarsi verso centrali di committenza presenti nei Paesi dell'Unione Europea.

La norma, infine, sembra fissare anche il criterio, il buon andamento dell'azione amministrativa, sulla cui base esercitare la scelta. Se si sta a quanto disposto dal Codice dei contratti pubblici e se il significato da attribuire alla disposizione di cui all'art. 37, comma 12, è quello indicato, si può allora arrivare a sostenere che forse il pluralismo delle centrali di committenza previsto dal diritto positivo si avvicini al modello che è stato definito concorrenziale.

Non ci si può tuttavia esimere dal sottolineare come la conclusione proposta sia il frutto di un'interpretazione condotta dentro un quadro normativo complesso, stratificatosi confusamente nel tempo, non privo di ambiguità e talvolta di vere e proprie antinomie. E così, tanto per fare un esempio di antinomia, se dall'art.

37, comma 12, del Codice dei contratti pubblici si ricava un principio generale di scelta della centrale di committenza da parte delle pubbliche amministrazioni, la previsione di cui all'art. 9, comma 2, del d.l. n. 6/2014, che si è poc'anzi analizzata, è antinomica rispetto al primo articolo. Come si concilia infatti la circostanza che i soggetti aggregatori possono stipulare le convenzioni per gli ambiti territoriali di competenza con il principio della libertà di scelta della centrale di committenza da parte delle pubbliche amministrazioni?

Rispetto alla lettura che si è proposta tesa a valorizzare quanto previsto dall'art. 37, comma 12, del Codice dei contratti pubblici, è pure da sottolineare come non vi siano orientamenti giurisprudenziali che la convalidino a livello applicativo.

Il giudice amministrativo ha, infatti, sporadicamente affrontato la questione se in presenza di una procedura di gara bandita da CONSIP (ed ancora in corso) sia legittima l'indizione di una gara avente lo stesso oggetto da parte di un'altra centrale di committenza (regionale)<sup>16</sup>. Questione che ovviamente è ben diversa da quella volta a capire se esiste una libertà di scelta della centrale di committenza da parte delle stazioni appaltanti.

##### 5. *Il coordinamento del pluralismo realizzabile attraverso il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori e la sua finalizzazione verso la specializzazione*

A fini di completezza dell'analisi si deve ricordare come nella normazione positiva non manchino elementi che incentivino l'adozione di un modello di pluralismo delle centrali di committenza basato sul principio di specializzazione. In proposito è rilevante quanto dispone l'art. 41, commi 1 e 2, del Codice dei contratti pubblici.

Il comma 1 dispone infatti che *“entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, previa consultazione di CONSIP S.p.A. e dei soggetti aggregatori, sono individuate le misure di revisione ed efficientamento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili da CONSIP, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzate a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare, promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e l'effettiva partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente codice e dalla normativa dell'Unione europea”*.

---

<sup>16</sup> In proposito cfr. *Tar Basilicata*, Sez. I, 9 agosto 2016, n. 809; *Cons. St.*, Sez. III, 28 giugno 2017, n. 3162.

Il comma 2 prevede che *“l’individuazione delle misure di cui al comma 1 è effettuata, tenendo conto delle finalità di razionalizzazione della spesa pubblica perseguite attraverso l’attività di CONSIP e dei soggetti aggregatori, sulla base dei seguenti criteri: standardizzazione di soluzioni di acquisto in forma aggregata in grado di rispondere all’esigenza pubblica nella misura più ampia possibile, lasciando a soluzioni specifiche il soddisfacimento di esigenze peculiari non standardizzabili; aumento progressivo del ricorso agli strumenti telematici, anche attraverso forme di collaborazione tra soggetti aggregatori; monitoraggio dell’effettivo avanzamento delle fasi delle procedure, anche in relazione a forme di coordinamento della programmazione tra soggetti aggregatori; riduzione dei costi di partecipazione degli operatori economici alle procedure”*.

Dalle suddette norme sembra emergere per un verso la volontà del legislatore di promuovere un sistema di reti di committenza e, per altro verso, di favorire forme di coordinamento della programmazione tra soggetti aggregatori. È ben vero che il primo è collegato all’obiettivo di favorire un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e che il secondo è (a dire il vero inspiegabilmente) riferito (solo) ai soggetti aggregatori. Tuttavia, è indubbio che le due disposizioni si prestino ad essere utilizzate anche per definire a livello politico-amministrativo un riparto di compiti tra le centrali di committenza e i soggetti aggregatori basato sul principio di specializzazione.

Una conferma di ciò viene anche dall’art. 9, comma 2, del d.l. n. 66/2014, che, come già detto in precedenza, ha previsto, tramite DPCM, l’istituzione del Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori coordinato dal Ministero dell’Economia e delle Finanze nel quale sono stabiliti anche i compiti, le attività e le modalità operative del Tavolo stesso. Il DPCM 14 novembre 2014 ha provveduto alla sua istituzione ed ha previsto all’art. 2, comma 1, lettera b) che tra i compiti del Tavolo vi sia anche quello della pianificazione integrata e coordinata, nonché dell’armonizzazione dei piani delle iniziative di acquisto dei soggetti aggregatori. Il DPCM torna sul punto anche nel successivo art. 4, comma 1, stabilendo che il rappresentante del Ministero dell’economia e delle finanze coordina il Tavolo tecnico ed indica i principi generali di pianificazione ed armonizzazione delle iniziative d’acquisto dei soggetti aggregatori.

L’art. 5 inoltre disciplina le modalità operative per la pianificazione e l’armonizzazione delle iniziative d’acquisto.

Sebbene nel DPCM non sia in modo esplicito previsto la programmazione che si realizza nell’ambito del Tavolo tecnico debba portare ad un sistema di acquisto dei beni basato sulla specializzazione delle centrali di committenza e dei soggetti aggregatori, il raggiungimento di un tale risultato non è affatto precluso dalla normativa. Anzi si può dire che, valorizzando quanto oggi statuito dall’art. 41, commi 1 e 2, del Codice dei contratti, l’obiettivo di realizzare un sistema di reti di committenza si possa certamente realizzare anche attraverso l’introduzione del principio di specializzazione tra le centrali di committenza ed i soggetti aggregatori per effetto

dell'attività di coordinamento attribuita al Tavolo tecnico, e segnatamente nel suo ambito dal Comitato Guida previsto dall'art. 3 del DPCM.

#### 6. *Considerazioni conclusive in una prospettiva de iure condendo*

Posto che il quadro che emerge dall'esame dello *jus positum* non appare del tutto lineare, sembra allora opportuno in conclusione svolgere alcune considerazioni in una prospettiva *de iure condendo*.

Se, come è emerso dall'analisi svolta, il nostro sistema giuridico vuole effettivamente puntare su un pluralismo delle centrali di committenza ispirato ad un modello concorrenziale, bisogna con urgenza intervenire sul coacervo di norme che oggi regolano la materia per disciplinare chiaro, ordinato ed efficace il sistema. Troppo importante è infatti il tema dell'aggregazione della domanda pubblica, troppo rilevanti sono i connessi profili del risparmio e della qualità della spesa, perché si lasci la situazione così come è.

Peraltro una riformavolta a mantenere il pluralismo delle centrali di committenza e ad orientarlo in modo non ambiguo verso il modello concorrenziale non sarebbe, invero, particolarmente difficile. In particolare, la riforma dovrebbe stabilire con chiarezza l'obbligo per gli enti pubblici di aderire, in presenza di più convenzioni aventi ad oggetto il medesimo bene, a quella più conveniente dal punto di vista del prezzo; prescrivere, al fine di rendere effettivo un tale obbligo, che le centrali di committenza debbono prevedere, in sede di quantificazione del fabbisogno che intendono coprire con la procedura di gara, un incremento percentuale pari almeno a due/terzi per consentire alla convenzione di avere una capienza maggiore così da permettere l'adesione anche a quegli enti pubblici che non rientrano nell'ambito territoriale di riferimento della centrale di committenza che ha bandito la gara; fissare un periodo transitorio nel quale le convenzioni e dunque le gare che ciascuno intende bandire devono essere riallineate dal punto di vista temporale. Si tratta di capisaldi dai quali una riforma che sia coerente a quanto fin qui osservato non può prescindere.

Con un intervento legislativo di tal fatta si realizzerebbero alcuni importanti risultati. Si sceglierebbe, in primo luogo, e senza ambiguità, il modello concorrenziale, basato per l'appunto sulla concorrenza tra centrali di committenza e sulla libertà di scelta degli enti pubblici di aderire alla convenzione più conveniente sotto il profilo del prezzo. Si determinerebbero, in secondo luogo, con certezza, risparmi di spesa. In terzo luogo, si realizzerebbe, per effetto dell'operare del meccanismo concorrenziale, una sorta di selezione tra le centrali di committenza più efficienti con conseguente inevitabile soppressione di quelle inefficienti. Da ultimo, ma non per ultimo, si avrebbe finalmente un quadro di regole chiare che darebbe certezza agli operatori giuridici.

**Abstract**

Aggregation and centralization of the purchase of goods and services: state-of-the-art and proposals of improvement of the law

by Maria Immordino, Alberto Zito

The paper identifies and discusses the problems related to the Italian centralized public procurement system. Such a system is based on a plurality of central purchasing bodies operating at state and local level. This accentuated pluralism jeopardizes the achievement of the objectives that the system pursues, first of all the spending review. The essay proposes some changes to the legislation aimed at making the system more rational and efficient.

*Keywords:* public procurement system; spending review; centralization.





# Il regime giuridico delle concessioni autostradali

di Salvatore Cimini

SOMMARIO: 1. Le criticità delle concessioni autostradali – 2. Le concessioni autostradali nel nuovo Codice dei contratti pubblici – 3. Gli obblighi di esternalizzazione per i titolari di concessioni non affidate con procedure concorrenziali – 4. L'attività di regolazione: il concedente nazionale – 5. (*Segue*): la neonata Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali – 6. (*Segue*): l'Autorità di regolazione dei trasporti – 7. Le fonti di finanziamento – 8. Osservazioni conclusive

## 1. *Le criticità delle concessioni autostradali*

La realizzazione delle autostrade costituisce un terreno di incontro tra pubblico e privato, dal momento che, da un lato, lo Stato da solo non è in grado di gestire le infrastrutture autostradali, non avendo né le risorse finanziarie né le competenze tecniche, dall'altro, il mercato spontaneamente non garantisce uno sviluppo adeguato ed omogeneo del bene autostradale<sup>1</sup>.

Invero, in epoche passate, come notato da autorevole dottrina, “le opere infrastrutturali, per il loro alto costo, sono sempre state realizzate dai pubblici poteri”<sup>2</sup>, ma in tempi recenti questa affermazione non trova più riscontro nella realtà, in particolare dopo la privatizzazione del settore autostradale degli anni novanta del secolo scorso<sup>3</sup> che ha segnato il passaggio da una gestione pubblica ad una privata delle autostrade. Inoltre, a partire dalla crisi finanziaria del 2008 e in conseguenza delle politiche di risanamento finanziario avviate in molti Paesi, gli Stati, facendo leva sulle proprie risorse d'investimento, non sembrano più nella condizione di garantire l'adeguamento della rete autostradale alle nuove esigenze di trasporto e di crescita economica<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Questo articolo riprende in parte la relazione dal titolo “*Le infrastrutture autostradali*” in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno sul tema “*Il sistema dei trasporti tra innovazione infrastrutturale e riforma del servizio pubblico*”, che si è svolto a Roma il 21 gennaio 2016 come evento conclusivo del PRIN “*Eguaglianza nei diritti fondamentali nella crisi dello Stato e delle finanze pubbliche: una proposta per un nuovo modello di coesione sociale con specifico riguardo alla liberalizzazione e regolazione dei trasporti*”.

<sup>2</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1996, 22.

<sup>3</sup> Per un approfondimento del processo di privatizzazione si vedano L. SALTARI, A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in L. Saltari, A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 2017, 45 e ss.

<sup>4</sup> Come notato da L. SALTARI, A. TONETTI, *Introduzione*, in *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit., 1; E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Stato e*

Tra le principali forme di collaborazione vi sono senz'altro i contratti di partenariato pubblico privato che, come chiarito dall'art. 180, co. 8, del nuovo Codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016), ricomprendono la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui all'art. 180 del Codice dei contratti.

Figure utilizzate nella realizzazione delle autostrade.

La concessione, in particolare, gioca un ruolo fondamentale in questo settore.

Si pensi che l'85% dei km di autostrade sono affidate in gestione a società concessionarie, il resto è a carico Anas. Segnatamente, su 6.943 km di autostrade, ben 6.003 sono in concessione a pedaggio<sup>5</sup>.

Numerose sono le criticità sul punto.

Qui ci si limita a segnalare che la scelta dei concessionari è avvenuta in tempi risalenti, con una normativa non attenta alla concorrenza, e spesso è andata avanti per proroghe, formalmente giustificate dall'esigenza di nuovi investimenti, superando così ampiamente il limite della concessione che di norma è di trenta anni<sup>6</sup>.

Addirittura, alcune concessioni nate negli anni Venti e Trenta sono giunte fino a noi.

La situazione attuale è che la durata delle concessioni è solitamente molto lunga e la scadenza in molti casi ancora lontana: per oltre il 70% della rete autostradale, infatti, le concessioni in essere scadranno dopo il 2030<sup>7</sup>.

Tutto ciò va chiaramente a discapito della concorrenza, impedendo che il gestore sia scelto tramite gara almeno per le tratte già ampiamente ammortizzate, per le quali a dire il vero non si vedono valide ragioni per mantenere in essere le attuali concessioni.

Da uno studio di settore emerge che al momento solo due concessionarie lo sono in forza di procedure a evidenza pubblica<sup>8</sup>.

La scarsa concorrenza è dimostrata anche dal seguente dato.

Le società concessionarie sono nel complesso ventotto<sup>9</sup>. Apparentemente

---

*mercato nella seconda repubblica. Dalla privatizzazione alla crisi finanziaria*, Il Mulino, Bologna, 2010, 167 e ss.

<sup>5</sup> Si vedano i dati riportati nell'ultima Relazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, 20 giugno 2018, 107-108.

<sup>6</sup> Per una sintetica ricostruzione delle normative che si sono via via succedute si veda A. CARBONE, *La gestione delle infrastrutture stradali e autostradali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 12/2016, par. 3.

<sup>7</sup> Autorità di regolazione dei trasporti, *Primo rapporto annuale al Parlamento*, 16 luglio 2014, 48-49.

<sup>8</sup> Autorità di regolazione dei Trasporti, *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*, Rapporto dell'Advisory Board 2015, 38.

<sup>9</sup> Si veda il dettaglio in Autorità di regolazione dei trasporti, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, cit., 108.

quindi la situazione sembrerebbe frammentata. Ma, a ben vedere si scopre che Autostrade per l'Italia da sola controlla circa il 50% della rete in concessione (con 2.854 km)<sup>10</sup>, e che molte di queste concessionarie sono sotto il controllo di tre grandi gruppi: Atlantia (che controlla oltre il 60% delle autostrade), il Gruppo Gavio e gli enti pubblici (per lo più regioni ed enti locali)<sup>11</sup>.

Particolarmente criticabile è poi la tendenza del legislatore ad intervenire ripetutamente sulla disciplina delle concessioni in essere, modificando di continuo il quadro dei diritti e dei doveri quasi sempre a favore dei concessionari più forti.

Oggi, però, l'art. 175 del nuovo Codice dei contratti indica espressamente i casi nei quali le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione, per cui non sembra più possibile intervenire sulla disciplina delle concessioni autostradali in essere come avvenuto in passato<sup>12</sup>.

È stato anche abrogato<sup>13</sup> l'art. 5 del decreto c.d. "Sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con l. 11 novembre 2014, n. 164), che prevedeva per

<sup>10</sup> Autorità di regolazione dei trasporti, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, cit., 108.

<sup>11</sup> Dati tratti da Autorità di regolazione dei trasporti, *Primo rapporto annuale al Parlamento*, cit., 45. Come riferito da L. SALTARI, *Un quadro d'insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., 304, Atlantia e Gavio attualmente sono rispettivamente il secondo e il quarto gestore di autostrade a pedaggio nel mondo.

<sup>12</sup> L'art. 175, co. 1, del nuovo Codice dei contratti dispone che: "Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nei seguenti casi: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Tali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione. In ogni caso le medesime clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione; b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi; c) ove ricorrano, contestualmente, le seguenti condizioni: 1) la necessità di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza; 2) la modifica non alteri la natura generale della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze: 1) una clausola di revisione in conformità della lettera a); 2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore; 3) nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori; e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del comma 7", se non alterano cioè considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito.

<sup>13</sup> Dall'art. 217, co. 1, lett. *rr*) del nuovo Codice dei contratti.

i concessionari di tratte autostradali nazionali la possibilità di sottoporre, entro il 31 dicembre 2014, “al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti le modifiche del rapporto concessorio in essere finalizzate a procedure di aggiornamento o revisione anche mediante l’unificazione di tratte interconnesse, contigue ovvero tra loro complementari, ai fini della loro gestione unitaria”. Si disponeva, tra l’altro, che le richieste di modifica dovessero prevedere nuovi investimenti da parte dei concessionari, in aggiunta a quelli già previsti nei vigenti atti di concessione.

Per lungo tempo è mancato inoltre un regime concessorio generale. Un tentativo in tal senso si è avuto solo con il d.l. n. 262/2006, conv. con l. n. 286/2006, che, con l’intento di riordinare la materia delle concessioni autostradali, all’art. 2, co. 82, ha introdotto la “convenzione unica”, la quale sostituisce ad ogni effetto la convenzione originaria, nonché tutti i relativi atti aggiuntivi. Tale disposizione precisa che in occasione del primo aggiornamento del piano finanziario successivo al decreto ovvero alla prima revisione della convenzione, tutte le clausole convenzionali in vigore, nonché quelle conseguenti all’aggiornamento o alla revisione vanno inserite nella convenzione unica, che ha valore ricognitivo per le parti diverse da quelle derivanti dall’aggiornamento o dalla revisione<sup>14</sup>.

Il successivo co. 83 dell’art. 2, del d.l. n. 262/2006, dispone che le clausole della convenzione unica devono assicurare, tra l’altro: il recupero degli extra profitti; il riconoscimento di adeguamenti tariffari dovuti per investimenti programmati solo a fronte dell’effettiva realizzazione degli investimenti; la determinazione del

---

<sup>14</sup> In argomento D. ANSELMINI, *Le concessioni di gestione delle infrastrutture*, in [www.sipotra.it](http://www.sipotra.it), 5-6, chiarisce che “[a] seguito dell’attuazione del d.l. n. 262/2006, le convenzioni possono essere ripartite secondo due tipologie: le convenzioni cd. ‘ricognitive’ e le convenzioni cd. ‘a riequilibrio’. Le prime mutuano la propria definizione dal contenere i diritti e gli obblighi già presenti nelle precedenti convenzioni, ulteriormente specificati, salvo poi il recepimento degli obblighi derivanti dalle eventuali nuove disposizioni legislative. Con riferimento alla formula tariffaria, nella maggior parte delle evenienze, l’aggiornamento annuo della tariffa è determinato sulla base di una percentuale fissa, per tutta la durata della concessione, dell’inflazione reale oltre che alle componenti legate agli investimenti, riconosciute in base all’effettivo stato di avanzamento degli stessi, in conformità a quanto stabilito dal d.l. n. 185/2008. La disciplina delle convenzioni cd. ricognitive prevede inoltre che il piano finanziario venga aggiornato ogni cinque anni senza determinare il riequilibrio del piano finanziario né il riallineamento dei livelli tariffari. In sintesi, la disciplina delle convenzioni cd. ricognitive, non prevede meccanismi di rimodulazione del Pef, collegati a risultati di gestione nel quinquennio precedente, lasciando il rischio di gestione interamente a carico del concessionario. Le convenzioni cd. ‘a riequilibrio’ sono regolate dalla disciplina di cui alla delibera Cipe n. 39/2007. Quest’ultima ha definito, in primo luogo, i contenuti del Pef, specificando tutti gli elementi che concorrono alla determinazione della tariffa e al raggiungimento dell’equilibrio economico finanziario della concessione. In secondo luogo, la delibera Cipe delinea i criteri di ammissibilità dei costi sostenuti e quelli per la remunerazione del capitale investito. In terzo luogo individua la formula tariffaria, conformata ai principi del Rab, per la quale la tariffa di ciascun concessionario deve essere adeguata annualmente. In quarto luogo, la delibera Cipe enuclea il metodo di definizione e di adeguamento della tariffa al termine di ciascun quinquennio regolatorio. Infine, è parimenti fissato in cinque anni il periodo al termine del quale il Pef è soggetto a verifica di riequilibrio”.

saggio di adeguamento annuo delle tariffe e il riallineamento in sede di revisione periodica delle stesse in ragione dell'evoluzione del traffico, della dinamica dei costi nonché del tasso di efficienza e qualità conseguibile dai concessionari; il recupero della parte degli introiti tariffari relativi a impegni di investimento programmati nei piani finanziari e non realizzati; l'introduzione di sanzioni a fronte di inadempimento delle clausole della convenzione imputabile al concessionario, anche a titolo di colpa. Al co. 85, l'art. 2 del d.l. n. 262/2006 prevede altresì alcuni obblighi per i concessionari, tra i quali la certificazione del bilancio, il mantenimento di adeguati requisiti di solidità patrimoniale e l'affidamento dei contratti con procedura ad evidenza pubblica.

Si tratta quindi di una riforma incisiva. Si pensi alla clausola che ha collegato gli adeguamenti tariffari all'effettiva realizzazione degli investimenti, che ha fatto crescere di molto gli investimenti delle concessionarie a beneficio degli utenti. Anche il recupero degli extra profitti è da apprezzare. Occorre naturalmente tener conto delle esigenze di profitto dei concessionari privati, premessa senza la quale non si incentivano questi ultimi ad investire, ma va adeguatamente tutelato l'interesse pubblico evitando degli extra gettito nei periodi di crescita dei volumi di traffico superiore alle aspettative. L'obiettivo della regolamentazione tariffaria dovrebbe essere cioè quello di assicurare al concessionario un rendimento congruo sul capitale investito, dove per "congruo" si intende il rendimento minimo per attrarre nuovi investimenti nel settore, evitando extraprofiti<sup>15</sup>.

La riforma del 2006 è stata vista però come un tentativo di frapponersi alla fusione tra Autostrade e la spagnola Abertis, il che ha spinto la Commissione europea ad aprire due procedure di infrazione contro il governo italiano<sup>16</sup> che hanno portato, sotto anche la pressione degli operatori interessati, ad una sua graduale riscrittura<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Così G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, Il Mulino, Bologna, 2008, 19; si veda anche, dello stesso Autore, *Tariffe autostradali: criteri di regolazione e il caso italiano*, in *Econ. pubbl.*, 2010, 256, ove si ribadisce, condivisibilmente, come "lo Stato debba intervenire a tutela degli utenti regolando le tariffe al fine di evitare che il concessionario ottenga extraprofiti, cioè rendimenti sul capitale investito superiori al 'congruo'".

<sup>16</sup> Una per violazione della normativa sulle concentrazioni e l'altra per violazione della libertà di circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento: v. rispettivamente i comunicati del 18 ottobre 2006, IP/06/1418 e del 14 novembre 2006, IP/06/1561, procedura 2419/2006.

<sup>17</sup> Aspetto evidenziato da L. SALTARI, A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 64 e ss. Questi Autori segnalano, riprendendo i dati e le osservazioni del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (Mit, *Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, Audizione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti alla Commissione VIII del Senato della Repubblica, 22 gennaio 2014) e dell'AGCM (AS455 – Schemi di convenzione con la società Anas s.p.a. sottoscritti dalle società concessionarie autostradali, segnalazione al Parlamento e al Governo, 4 luglio 2008, 3), che al termine di un accidentato percorso, quasi tutte le concessionarie (19 su 25) hanno una convenzione unica approvata con legge, e quindi sottratta al confronto concorrenziale, con risultati non completamente in linea con gli intendimenti iniziali, in particolare rispetto al tema della regolazione tariffaria, venendo meno la possibilità di verificare l'andamento della

Con la conseguenza, che il tentativo di unificazione “è stato in gran parte superato, per cui il panorama delle concessioni esistenti offre una pluralità di modelli e soluzioni, difficilmente riconducibili a una logica unitaria”<sup>18</sup>.

Le anomalie delle concessioni autostradali sono state evidenziate anche dalla Corte dei conti, che di recente ha avviato un’indagine sullo stato di tali concessioni<sup>19</sup>.

La Corte ricorda anzitutto che le concessioni autostradali attribuiscono un diritto speciale ed esclusivo ad un operatore economico che ha l’onere di gestire, in condizione di monopolio per un tempo determinato, l’opera affidata; nel corso degli anni, tuttavia – segnala la Corte – molte delle concessioni sono state oggetto di proroga da parte dello Stato, in violazione dei principi di diritto europeo, che richiedono che la concessione sia limitata al tempo necessario per il recupero degli investimenti effettuati dal concessionario nell’esecuzione dei lavori e dei servizi assieme ad un ritorno sul capitale investito<sup>20</sup>.

Muovendo da questa situazione di fatto, la Corte ha comunicato l’avvio di un’indagine con la quale si prefigge, da un lato, di effettuare una ricognizione dello stato delle concessioni attualmente in essere al fine di valutarne la loro compatibilità con le disposizioni sovranazionali; dall’altro, di realizzare un’analisi dell’attività che l’autorità amministrativa svolge circa il suo compito di regolazione economica in qualità di concedente pubblico<sup>21</sup>.

Visti i dati di partenza, non è difficile prevedere quali possano essere gli esiti di tale indagine.

Anche l’Autorità di regolazione dei trasporti ha evidenziato in più occasioni le forti criticità del settore, affermando che le concessioni autostradali in essere, sono “per la quasi totalità assentite da decenni e senza l’esperimento di procedure competitive e risultato di scelte effettuate con un’ottica non attenta all’efficienza del settore e delle gestioni. Da tale assetto sarebbe infatti derivato un quadro disomogeneo e non sufficientemente trasparente sotto il profilo dei criteri, dei modelli tariffari applicati e dei sistemi di ammortamento degli investimenti, con riguardo ai correlati adeguamenti tariffari annuali, progressivamente assentiti dallo Stato ai singoli concessionari”<sup>22</sup>.

---

produttività del gestore nel periodo regolatorio, di rivedere periodicamente le tariffe e di ridistribuire agli utenti parte degli eventuali benefici derivanti dai recuperi di produttività.

<sup>18</sup> Come notato da L. SALTARI, A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 77, ai quali si rinvia per una informata ricostruzione della riforma e della contro-riforma del regime concessorio negli anni 2006-2010 (ivi, 61 e ss.).

<sup>19</sup> Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, *Programmazione dei controlli (indagini e monitoraggi) per l’anno 2018 e per il triennio 2018-2020*, deliberazione 24 gennaio 2018, n. 1/2018/G, p. 74.

<sup>20</sup> Così Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, deliberazione 24 gennaio 2018, n. 1/2018/G, cit., 74-75.

<sup>21</sup> Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, deliberazione 24 gennaio 2018, n. 1/2018/G, cit., 75.

<sup>22</sup> Così, di recente, Autorità di regolazione dei trasporti, *Quinto rapporto annuale al Parlamento*, cit., 45.

## 2. *Le concessioni autostradali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

A queste criticità si è cercato di far fronte con il nuovo Codice dei contratti pubblici, sulla scia di quanto stabilito dalla normativa europea che, con la direttiva 2014/23/UE, ha attratto le concessioni nella sfera degli appalti con la conseguenza che il loro affidamento deve seguire i criteri della concorrenza<sup>23</sup>. La predetta direttiva ha altresì unificato la disciplina delle concessioni di lavori e servizi con riferimento alle modalità di aggiudicazione.

Il nuovo Codice dei contratti, all'art. 178, ha dettato una disciplina specifica in materia di concessioni autostradali (almeno di quelle soggetto a rinnovo) disponendo, al primo comma, il loro divieto di proroga, salvo l'affidamento *in house* secondo i requisiti previsti dall'art. 5 dello stesso Codice.

Il legislatore ha usato la locuzione "concessioni autostradali" dettando per esse una disciplina speciale che consiste sostanzialmente nel divieto di proroga e nella sottoposizione al regime dell'evidenza pubblica (ferma restando la possibilità di affidamento *in house*). Attraverso l'uso di siffatta locuzione generale si sono volute evitare le possibili difficoltà di inquadramento delle varie concessioni autostradali esistenti nell'ambito delle categorie generali di concessioni di lavori, di servizi o di beni pubblici.

In particolare, introducendo una nozione di concessioni autostradali, entro la quale ricondurre tutte le concessioni riguardanti questo settore, il legislatore delegato ha inteso anche superare possibili ricostruzioni in senso pubblicistico di tali concessioni, che potevano metterne in discussione la sottoposizione ai principi dell'evidenza pubblica a causa della loro qualificazione come concessioni di beni pubblici<sup>24</sup>, espressamente escluse dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti dall'art. 164, c. 1<sup>25</sup>.

Dunque, consapevole delle critiche relative alla normativa previgente, che in modo esplicito o implicito era sempre basata su un meccanismo di proroga delle concessioni vigenti o già scadute<sup>26</sup>, il legislatore delegato con l'art. 178 del nuovo Codice dei contratti ha introdotto un vero e proprio divieto di proroga delle concessioni già esistenti, in ossequio a quanto stabilito dall'art. 1, co. 1, lett. *lll*) e *mmm*) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 1.

---

<sup>23</sup> In precedenza si discuteva sulla riconducibilità della concessione nell'ambito della categoria del contratto, attribuendo al rapporto concessorio una matrice pubblicistica, anche alle concessioni autostradali. Sulla difficile compatibilità di questo scenario con l'ordinamento europeo si veda E. PICOZZA, *Le concessioni di trasporti tra identità nazionale e regole comunitarie: le autostrade*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Giuffrè, Milano, 2008, 174 e ss.

<sup>24</sup> Sul tema della concessione di beni pubblici si veda, per tutti, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008, il quale osserva che "L'emblema dell'epoca della pubblicazione soggettiva delle concessioni di beni pubblici è sicuramente rappresentato dalle autostrade" (ivi, 67).

<sup>25</sup> Così F. ANGELINI, *Commento sub art. 178*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, II edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 1443.

<sup>26</sup> Per un quadro di questa disciplina si veda F. ANGELINI, *Commento sub art. 178*, cit., 1440 e ss.

Il principio del limite temporale della concessione è rafforzato dall'art. 168 del nuovo Codice ove si dispone che per "le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione".

Le concessioni autostradali, quindi, dopo la scadenza devono essere rinnovate seguendo le regole dell'evidenza pubblica (o dell'affidamento *in house*).

L'art. 178 del nuovo Codice dei contratti prende in considerazione sia il caso delle concessioni autostradali già scadute alla data della sua entrata in vigore, sia quello delle concessioni la cui scadenza sia prevista entro i ventiquattro mesi successivi, distinguendo, in quest'ultima eventualità, l'ipotesi in cui il termine di scadenza risulti pari a ventiquattro mesi dall'ipotesi in cui risulti inferiore. Detta poi la regola generale per le concessioni la cui scadenza è prevista oltre i ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del codice.

Segnatamente, quanto alla prima ipotesi, relativa alle concessioni già scadute al momento dell'entrata in vigore del Codice, l'art. 178, c. 1, prevede il termine – perentorio – di sei mesi per il concedente per procedere alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento della concessione secondo le regole di evidenza pubblica, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'art. 5 dello stesso Codice.

Per le concessioni autostradali per le quali la scadenza avviene invece nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del codice, l'art. 178, co. 3, dispone che il concedente deve avviare la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante mediante gara ad evidenza pubblica, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'art. 5. Ove il suddetto termine sia inferiore a ventiquattro mesi, la procedura di gara deve essere indetta nel più breve tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori (art. 178, co. 3).

Viene poi stabilita la regola generale secondo cui il concedente ha l'obbligo di avviare le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione in essere, ferma restando sempre la possibilità di affidamento *in house* (art. 178, co. 4).

A dimostrazione che il termine di scadenza della concessione debba intendersi come effettivo, senza che siano possibili proroghe, l'art. 178, co. 6, del Codice dei contratti prevede che il concedente, almeno due anni prima la scadenza della concessione, effettua, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche



necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente.

Dunque, non è più possibile la proroga. Se però la procedura di gara non si dovesse concludere entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione (art. 178, co. 5)<sup>27</sup>.

L'art. 178 in esame, oltre ad affermare il principio secondo cui deve essere rispettato il termine di conclusione della concessione, sancisce anche la regola, come già accennato, che per i nuovi affidamenti si deve procedere attraverso il ricorso alle regole di evidenza pubblica, ferma restando la possibilità di affidamento *in house*, qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 5 dello stesso Codice.

Segnatamente, quanto alle procedure di scelta del concessionario subentrante, in tutte le fattispecie prese in considerazione dall'art. 178 cit., concernenti le concessioni soggette a rinnovo, si fa rinvio esclusivamente alla Parte III del Codice, che disciplina i contratti di concessione (artt. 164-178). Di conseguenza, è evidente che per l'affidamento di concessioni che hanno ad oggetto infrastrutture esistenti non è possibile il ricorso all'istituto della finanza di progetto, atteso che tale strumento è collocato nella Parte IV del Codice, in particolare all'art. 183. Nonostante la chiarezza del descritto precetto normativo, in modo ultroneo, l'art. 178, co. 8-*bis*, del Codice precisa espressamente – ribadendo di fatto quanto già previsto nei commi precedenti – che non possono essere affidati tramite finanza di progetto le concessioni autostradali scadute o in scadenza.

Dunque, come s'è visto, con l'art. 178 del nuovo codice dei contratti pubblici il legislatore delegato ha dettato una disciplina speciale soltanto per l'affidamento di concessioni autostradali soggette a rinnovo.

Non è così per le concessioni che hanno ad oggetto la realizzazione e gestione di nuova autostrade.

Per queste ultime è da ritenere possibile il ricorso sia alle disposizioni relative alle concessioni di lavori pubblici o servizi che si trovano nella Parte III del Codice (analogamente a quanto avviene per le concessioni autostradali già esistenti), sia al partenariato pubblico privato, atteso che il contratto di partenariato, in virtù dell'art. 180, co. 2, del Codice, può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica. Ne consegue che per l'affidamento delle concessioni autostradali aventi ad oggetto la realizzazione di nuove infrastrutture ci si può avvalere non solo dello strumento della finanza di progetto, istituto da

---

<sup>27</sup> Secondo F. ANGELINI, *Commento sub art. 178*, cit., 1448, questa regola, come quella disciplinata dal co. 7 dell'art. 178 relativa alle opere non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, sembra alludere ad una soluzione di continuità tra le due concessioni ponendosi così in contrasto con quanto previsto dal precedente comma terzo che indica invece l'opposta esigenza di evitare proprio "soluzioni di continuità tra i due regimi concessori".

tempo utilizzato per la realizzazione di nuove autostrade essendo previsto anche dal previgente Codice dei contratti pubblici (sono state affidate a concessionari privati mediante la formula della finanza di progetto l'autostrada Brescia-Bergamo-Milano, c.d. Bre.Be.Mi, e la Tangenziale esterna di Milano), ma anche delle altre figure di partenariato pubblico privato, come il contratto di disponibilità o la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità<sup>28</sup>.

La possibilità di utilizzare gli istituti del partenariato si ricava anche dal fatto che il co. 8 dell'art. 178 del Codice dei contratti prevede espressamente che, fatti salvi i contratti di partenariato pubblico privato con canone di disponibilità, per le concessioni autostradali il rischio operativo deve comprendere anche il rischio di traffico. Si richiama così il rischio operativo che rappresenta un elemento tipico dei contratti di partenariato (v. art. 180 del Codice dei contratti)<sup>29</sup>.

È utile segnalare, infine, che l'art. 164, co. 4, del nuovo Codice dei contratti, dispone che agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano le disposizioni del Codice, salvo che non siano derogate dalle disposizioni della parte III.

Il successivo co. 5 dell'art. 164, cit., disciplina invece l'attività dei concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, prevedendo, con riferimento a questi ultimi, che per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della Parte III del Codice, nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla parte III del Codice.

A tal proposito, può essere utile precisare che i concessionari autostradali, pur avendo natura di diritto privato, svolgono un'attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali, con la conseguenza che essi possono essere qualificati come organismo di diritto pubblico<sup>30</sup>. Ne consegue, che il regime delle loro commesse è equiparato a quello delle amministrazioni aggiudicatrici<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> In tal senso F. ANGELINI, *Commento sub art. 178*, cit., 1449. Secondo A.M. ALTIERI, *Il rapporto concessorio nel diritto vigente*, in *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit., 93, le procedure di scelta del concessionario autostradale variano a seconda che la costruzione dell'opera sia avvenuta o meno: per la sola gestione dell'opera, le procedure sono quelle disciplinate dall'art. 178 del Codice dei contratti, che fa rinvio alla parte III del Codice relativa ai contratti di concessione, mentre per quanto riguarda la costruzione e la gestione delle autostrade, l'affidamento è regolato dalle disposizioni relative alle concessioni di lavori pubblici o servizi (artt. 164-178) e alla finanza di progetto (art. 183). Quest'ultimo Autore richiama quindi solo la finanza di progetto e non anche le altre forme possibili di partenariato pubblico privato.

<sup>29</sup> Per uno spunto in questa direzione F. ANGELINI, *Commento sub art. 178*, cit., 1449.

<sup>30</sup> Così, ad esempio, T.a.r. Lazio, Sez. III, 16 maggio 2016, n. 5737.

<sup>31</sup> In tal senso M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 153 e ss., par. 2.1.

### 3. *Gli obblighi di esternalizzazione per i titolari di concessioni non affidate con procedure concorrenziali*

L'art. 177 del nuovo Codice dei contratti detta una disciplina specifica per i concessionari esistenti alla data di entrata in vigore del Codice la cui concessione non è stata affidata con procedure di gara o con la formula della finanza di progetto, sancendo per loro, come si vedrà, un obbligo di ricorso alle procedure concorrenziali per l'affidamento di una parte dei contratti di servizi, lavori e forniture relativi alla concessione.

Questa disposizione non riguarda quindi né le concessioni future, che dovranno necessariamente essere affidate con procedure ad evidenza pubblica, né quelle già assegnate con simili procedure. Si tratta dunque di una disciplina avente carattere transitorio, in quanto destinata a cessare i propri effetti allorché saranno spirate le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del Codice dei contratti non affidate con procedure concorrenziali<sup>32</sup>.

Si è creato, in tal modo, un doppio binario che, per i soggetti esclusi dal perimetro soggettivo di applicazione della norma, “pare logica conseguenza della struttura dell'istituto e della circostanza che l'apertura alla concorrenza è garantita al momento dell'affidamento della concessione”<sup>33</sup>. Per le concessioni affidate senza procedure di gara, invece, la disciplina in esame obbliga tali concessionari ad un onere di esternalizzazione volto a recuperare, a valle, il difetto di concorrenza “per il mercato” che si è avuto, a monte, con l'affidamento senza gara della concessione.

Entrando più nel dettaglio, l'art. 177, al primo comma, precisa che esso si applica a tutti i soggetti, pubblici o privati (superando così la problematica relativa alla loro qualificazione come amministrazioni aggiudicatrici), titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice (e quindi stipulate in data antecedente al 19 aprile 2016), non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica. Cade così la distinzione tra concessionari amministrazioni aggiudicatrici e non<sup>34</sup>, valendo l'imposizione di esternalizzare anche per i concessionari privati (affidatari diretti di opere o servizi di titolarità pubblica), siano o meno tenuti all'applicazione del codice dei contratti.

Per siffatti soggetti l'art. 177, co. 1, cit., sancisce l'obbligo di affidare – entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del Codice<sup>35</sup> – una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di

<sup>32</sup> In tal senso L. GENTINATTI SATÈ, *Commento sub art. 177*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, cit., 1437.

<sup>33</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 e ss.

<sup>34</sup> In questa direzione M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, cit., par. 3.

<sup>35</sup> Così dispone il co. 2, dell'art. 177 in esame.

importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità<sup>36</sup>. La restante parte può essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato (così sempre l'art. 177, co. 1, Codice dei contratti).

Per i titolari di concessioni autostradali la quota da esternalizzare sopra richiamata è ridotta al sessanta per cento (v. l'ultimo periodo dell'art. 177, co. 1, Codice contratti, come integrato dall'art. 1, co. 568, l. n. 205/2017).

A seguito della modifica introdotta con la l. n. 205/2017, pertanto, per tali concessionari si ripropone la situazione già in vigore con la disciplina precedente.

Infatti, dopo un balletto di interventi normativi, l'ultimo dei quali risale al 2012, anche la previgente disciplina recava una norma transitoria secondo cui i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva, erano tenuti ad affidare a terzi secondo le regole dell'evidenza pubblica una percentuale minima del sessanta per cento dei lavori (art. 253, co. 25, d.lgs. 163 del 2006, come modificato dall'art. 4, del d.l. 83/2012, conv. con l. 7.8.2012, n. 134).

Diverse sono tuttavia le differenze tra le due normative. Così, ad esempio, l'art. 177 del nuovo Codice dei contratti ha ad oggetto non solo i lavori, ma anche i servizi e le forniture; inoltre, come si è già detto, quest'ultima norma indica anche come deve essere realizzata la restante parte (che per i concessionari autostradali non può essere superiore al 40%, ma potrebbe essere inferiore), distinguendo tra soggetti pubblici (che possono ricorrere a società *in house*) e privati (che possono ricorrere a società direttamente o indirettamente controllate o collegate), ferma restando, è da ritenere sia per i soggetti pubblici che privati, la possibilità di far ricorso a procedure ad evidenza pubblica anche di tipo semplificato.

Numerose sono i dubbi interpretativi sollevati dalla formulazione, invero non felicissima, della norma di cui si discorre<sup>37</sup>.

Volendo rimanere sulle questioni principali, va segnalato anzitutto che, secondo le linee guida dell'Anac (emanate ai sensi dello stesso art. 177, co. 3), i "contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'articolo 177 sono quelli che riguardano tutte le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal

<sup>36</sup> Viene fatto salvo quanto previsto dall'art. 7 del Codice dei contratti, che disciplina gli appalti e concessioni aggiudicati ad un'impresa collegata.

<sup>37</sup> Mette in luce i numerosi problemi applicativi dell'art. 177 cit., M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, cit., par. 3 e ss., il quale ritiene il sistema di esternalizzazione ideato da questa norma "farraginoso, confuso, sproporzionato e costosissimo" (ivi, par. 4).

concessionario”<sup>38</sup>. Sarebbe stato più ragionevole, tuttavia, escludere, dalla base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma, l’attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale, sia perché letteralmente l’art. 177 cit. si riferisce ai “contratti” e non alle prestazioni”, sia perché, come suggerito dagli *Stakeholder* nelle loro osservazioni alle Linee guida, “diversamente opinando, si annullerebbe completamente la possibilità per il concessionario di eseguire direttamente alcune delle prestazioni oggetto della concessione, dal momento che la norma andrebbe intesa nel senso che l’80% delle prestazioni deve essere affidata con gara e il 20% può essere realizzato da società *in house*, società controllate o collegate o affidate a terzi con procedure ad evidenza pubblica anche semplificate. L’esecuzione diretta delle prestazioni rimarrebbe, quindi, fuori da entrambe le fattispecie”<sup>39</sup>. L’Anac, tuttavia, non ha seguito questa interpretazione ritenendo che l’obiettivo della norma è quello di ripristinare il principio di concorrenza per i casi in cui l’affidamento della concessione sia stato effettuato senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica imponendo a tal fine al concessionario l’esternalizzazione con gara dell’80% dei lavori, servizi e forniture<sup>40</sup>. Il Consiglio di Stato, dopo aver affermato che, allo stato, questa soluzione esegetica è da ritenersi obbligata, si è tuttavia sentito in dovere di segnalare alcuni dubbi di costituzionalità della norma così interpretata, osservando che “l’obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell’80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, sembra in contraddizione con i principi scaturenti dall’art. 41 Cost.”<sup>41</sup>. È evidente, comunque, che si tratta di un adempimento molto costoso per le concessionarie, anche in termini di tempo, che potrebbe rendere meno economica ed efficiente la loro gestione con possibili ricadute negative sulle finanze pubbliche.

---

<sup>38</sup> Anac, Linee guida n. 11, approvate il 4 luglio 2018 e recanti “Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all’articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell’Unione europea”, punto 2.1, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>39</sup> Così nella Relazione Air alle Linee guida Anac n. 11, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>40</sup> Nella citata Relazione Air dell’Anac viene richiamata anche una precedente delibera della stessa Autorità del 3 agosto 2016, n. 856 avente ad oggetto “richiesta di parere sulla normativa – art. 177, comma 1, d.lgs. 50/2016”, nonché il parere del Consiglio di Stato al decreto correttivo al Codice dei contratti.

<sup>41</sup> Così, nel parere reso sullo schema di linee guida, Cons. Stato, Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582, che ha pertanto ritenuto opportuna la trasmissione del “parere alla Cabina di regia, istituita presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri dall’art. 212 del nuovo codice dei contratti pubblici al fine di valutare una proposta di revisione o di interpretazione autentica della norma della legge delega, e quindi del decreto legislativo, alla luce di una più attenta lettura dell’art. 41 della Costituzione”.

L'Anac, poi, aderendo alla soluzione esegetica suggerita nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di linee guida<sup>42</sup>, ha precisato che per il raggiungimento della soglia va considerato il valore dei contratti nel suo complesso, senza operare distinzioni tra le quote riferite a lavori, servizi e forniture<sup>43</sup>. Non bisogna dunque rispettare la soglia per ogni singola categoria (soluzione che avrebbe introdotto inutili complicazioni), ma si può raggiungere il limite di esternalizzazione fissato dalla legge anche ricorrendo ad una sola delle varie tipologie contrattuali.

L'Anac ha chiarito inoltre che rientrano nel computo per il raggiungimento della soglia i contratti che riguardano le prestazioni oggetto della concessione, mentre non vanno considerati quelli che non hanno un'attinenza diretta con il rapporto concessorio, quelli cioè "stipulati per la gestione dell'attività del concessionario nel suo complesso, quali, ad esempio, i contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, per le utenze, per la manutenzione degli immobili, se utilizzati promiscuamente con altre attività svolte dal concessionario"<sup>44</sup>.

Quanto all'importo di 150.000 euro, che crea una soglia al di sotto della quale non vi è nessun obbligo di esternalizzazione, è da condividere la soluzione interpretativa, che si trova nelle linee guida dell'Anac, secondo cui l'art. 177 si applica alle concessioni di lavori e di servizi di importo pari o superiore a tale soglia e non già ai contratti da esternalizzare<sup>45</sup>. L'interpretazione letterale della norma porta infatti a ritenere che ci si debba riferire "al valore della concessione piuttosto che all'importo dei singoli contratti, anche se il contenuto della Relazione illustrativa lasciava intendere un obiettivo diverso, almeno nella fase di predisposizione del Codice"<sup>46</sup>. Se si segue questa lettura della disposizione in esame viene meno anche la possibilità che la prescrizione legislativa possa essere elusa mediante il frazionamento delle prestazioni.

Con riguardo al termine di ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del codice entro il quale i titolari di concessioni già in essere si devono adeguare alle disposizioni di cui si discorre (previsto dall'art. 177, co. 2), esso, come indicato dalla legge delega n. 11 del 2016, all'art. 1, co. 1, lett. *iii*), è da intendersi come un "periodo transitorio di adeguamento". L'interpretazione preferibile è pertanto quella, seguita dalla giurisprudenza, secondo cui la prima verifica avverrà solo alla fine del periodo transitorio di ventiquattro mesi<sup>47</sup>. Rimane fermo però l'obbligo immediato di fare ricorso alle procedure concorrenziali. In altre parole, un conto "è l'obbligo di rispettare il tetto dell'80% (non esigibile prima dei ventiquattro

---

<sup>42</sup> Cons. Stato, Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582.

<sup>43</sup> Si veda il punto 2.3. delle Linee guida n. 11 dell'Anac e la Relazione Air sempre dell'Anac.

<sup>44</sup> Anac, Linee guida n. 11, cit., punti 2.1 e 2.2.

<sup>45</sup> Anac, Linee guida n. 11, cit., punto 1.2. Soluzione condivisa dal parere sullo schema di Linee guida del Cons. Stato, Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582.

<sup>46</sup> Come precisato nella Relazione Air alle citate Linee guida Anac n. 11.

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3707.

mesi per i vecchi concessionari), un conto è l'obbligo di affidare con gara i singoli contratti (immediatamente operativo anche per i vecchi concessionari)<sup>48</sup>. Questo indirizzo ermeneutico è stato seguito anche dall'Anac, che, nelle linee guida, ha precisato, in primo luogo, che il termine di ventiquattro mesi rappresenta il termine finale entro cui i titolari di concessioni affidate senza gara devono adeguare la percentuale degli affidamenti esterni alle indicazioni normative, e, in secondo luogo, che l'adeguamento va effettuato man mano che i contratti in essere vengono a scadenza<sup>49</sup>.

Va segnalato, infine, che il comma terzo dell'art. 177 cit., prevede un controllo per il rispetto della soglia e una penale in caso di inosservanza. Segnatamente, tale norma dispone che la verifica del rispetto del limite da parte dei soggetti preposti e dall'Anac viene effettuata annualmente, e, nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

Nelle Linee guida dell'Anac, al par. 6, si precisa che i "soggetti competenti" ad espletare il controllo, almeno annuale, sono i concedenti, i quali, a tal fine, hanno accesso ai dati dei concessionari necessari alla verifica. L'Anac può effettuare a sua volta controlli a campione e chiedere ai concedenti, dati, informazioni e chiarimenti. Previa diffida, l'Anac può anche sostituirsi al concedente nell'attività di verifica, in caso di reiterato e grave inadempimento o inescusabile inerzia<sup>50</sup>. È espressamente previsto inoltre un obbligo di pubblicazione per i concessionari di tutti i dati necessari ai concedenti per le verifiche di competenza e all'Anac per l'attività di vigilanza<sup>51</sup>.

Considerato il periodo transitorio di ventiquattro mesi per adeguarsi all'obbligo legislativo, è ragionevole ritenere che la verifica avvenga dopo l'esaurimento di tale periodo<sup>52</sup>.

Con riferimento alle situazioni di squilibrio rispetto ai limiti percentuali indicati nell'art. 177, cit., le linee guida dell'Anac, al par. 4, hanno precisato che l'eventuale scostamento deve essere recuperato entro l'anno successivo, rispettando nel contempo le percentuali di affidamento dell'anno in corso<sup>53</sup>.

Quanto alla penale, le linee guida precisano che essa va calcolata sull'importo

---

<sup>48</sup> Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3707, che si premura di precisare "vecchi concessionari", anche se, come visto, la disposizione di cui si discorre si applica solo a loro e non ai nuovi concessionari.

<sup>49</sup> Anac, Linee guida n. 11 dell'Anac, cit., punto 3.1.

<sup>50</sup> Anac, Linee guida n. 11, cit., par. 6.

<sup>51</sup> Anac, Linee guida n. 11, cit., par. 5, ove si prevedono obblighi di pubblicazione anche a carico del concedente.

<sup>52</sup> Secondo Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3707, la verifica annuale dovrebbe avvenire un anno dopo l'esaurimento del periodo transitorio.

<sup>53</sup> Anac, Linee guida n. 11, cit., par. 4.

complessivo dei contratti affidati senza gara oltre i limiti percentuali consentiti dalla norma nella misura in cui lo squilibrio non sia recuperato entro l'anno successivo<sup>54</sup>.

L'Anac, seguendo il suggerimento contenuto nel parere del Consiglio di Stato, ha inoltre opportunamente chiarito che, ai fini del rispetto delle percentuali di legge, possono essere considerate anche le procedure di affidamento avviate dal concessionario ma non ancora concluse; tuttavia, per evitare il mancato rispetto della norma, si precisa che sarà cura del concedente accertare l'effettivo affidamento del contratto<sup>55</sup>. Si tratta di una soluzione apprezzabile che tiene conto dei tempi lunghi di svolgimento della gara a cui possono aggiungersi le eventuali impugnazioni.

#### 4. *L'attività di regolazione: il concedente nazionale*

Nel sistema delle concessioni autostradali un ruolo centrale è riconosciuto al concedente nazionale, il quale è chiamato a svolgere, tra l'altro, le funzioni di selezione dei concessionari autostradali e relativa aggiudicazione nonché le funzioni di vigilanza e controllo su tali concessionari, inclusa la vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e il controllo della gestione delle autostrade il cui esercizio è dato in concessione<sup>56</sup>.

Attualmente, il ruolo di concedente nazionale è svolto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (Mit) e ciò a seguito della mancata istituzione dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali.

L'art. 11, co. 5, del d.l. n. 216/2011 (conv. con l. n. 14/2012), ha disposto infatti che in caso di mancata adozione dello statuto della predetta Agenzia entro il 30 settembre 2012 (condizione che si è verificata), la stessa è da considerarsi soppressa (anche se in realtà non è mai stata istituita) e le funzioni a questa assegnate, ivi compresa quella di Amministrazione concedente, trasferite al Mit a decorrere dal 1° ottobre 2012.

Fino al 2012, il ruolo di concedente è stato esercitato da Anas spa che, in virtù del d.lgs. n. 143 del 1994, svolgeva compiti di vigilanza e controllo sui concessio-

<sup>54</sup> In questi termini, Anac, Linee guida n. 11, cit., punto 4.4. Al successivo punto 4.5., in ossequio al principio di difesa e di partecipazione, si prevede che l'applicazione della penale avviene dopo una preventiva contestazione con la quale si assegna un termine per controdedurre non inferiore a trenta giorni.

<sup>55</sup> Anac, Linee guida n. 11, cit., punto 4.3, e Cons. Stato, Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582, secondo cui questa posizione "ha il pregio della coerenza rispetto alla natura procedimentalizzata degli adempimenti che l'art. 177 esige dai suoi destinatari, e tiene inoltre debito conto dei cospicui tempi non di rado occorrenti a portare a conclusione una procedura di evidenza pubblica ritiene ragionevole tale interpretazione".

<sup>56</sup> Si vedano i compiti attribuiti all'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali (poi soppressa), quale amministrazione concedente, dall'art. 36, co. 2, lett. b), del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con l. 15 luglio 2011, n. 111.



nari. L'Anas svolgeva anche, contemporaneamente, il ruolo di concessionaria delle tratte autostradali direttamente gestite.

Vi era così un evidente conflitto di interessi, considerato che Anas esercitava sia il ruolo di concedente e vigilante della rete autostradale data in concessione che quello di operatore, al pari delle altre concessionarie, per le tratte direttamente gestite<sup>57</sup>.

Con la riforma del 2012 e in virtù dell'art. 36 del d.l. n. 98/2011 (conv. in l. n. 111/2011), l'Anas conserva solo il ruolo di concessionaria della rete stradale e delle tratte autostradali direttamente gestite<sup>58</sup>. Si è in tal modo risolto il problema del conflitto di interessi, restituendo maggiore autorevolezza e terzietà al soggetto che ha il compito di affidare, rinnovare e controllare le concessioni, anche se, come notato in dottrina, la distinzione tra concedente e concessionario, con riferimento all'Anas, sconta ancora il fatto che Anas continua ad esercitare funzioni di concedente per il tramite delle società regionali cui partecipa<sup>59</sup>.

All'interno del Mit, le numerose e articolate competenze in materia autostradale sono attribuite a due Direzioni generali del "Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici": la "Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali" e la "Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie stradali"<sup>60</sup>. La prima svolge la funzione di concedente per le nuove concessioni (occupandosi, tra l'altro, di selezione dei

---

<sup>57</sup> Aspetto evidenziato, tra gli altri, da A. CARBONE, *La gestione delle infrastrutture stradali e autostradali*, cit., par. 3.2.

<sup>58</sup> Segnatamente, ai sensi dell'art. 36, c. 3, d.l. n. 98/2011 (e ss.mm.ii.), a decorrere dal 1° gennaio 2012 l'Anas s.p.a. provvede, nel limite delle risorse disponibili e nel rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, esclusivamente a: a) costruire e gestire le strade, ivi incluse quelle sottoposte a pedaggio, e le autostrade statali, incassandone tutte le entrate relative al loro utilizzo, nonché alla loro manutenzione ordinaria e straordinaria; b) realizzare il progressivo miglioramento ed adeguamento della rete delle strade e delle autostrade statali e della relativa segnaletica; c) curare l'acquisto, la costruzione, la conservazione, il miglioramento e l'incremento dei beni mobili ed immobili destinati al servizio delle strade e delle autostrade statali; d) espletare, mediante il proprio personale, i compiti di cui al comma 3 dell'articolo 12 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e all'articolo 23 del decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1992, n. 495, nonché svolgere le attività di cui all' articolo 2, comma 1, lettere f), g), h) ed i), del decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143; d-bis) approvare i progetti relativi ai lavori inerenti la rete stradale e autostradale di interesse nazionale, non sottoposta a pedaggio e in gestione diretta, che equivale a dichiarazione di pubblica utilità ed urgenza ai fini dell'applicazione delle leggi in materia di espropriazione per pubblica utilità.

<sup>59</sup> L. SALTARI, A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 77-78.

<sup>60</sup> Articolazione introdotta dal d.P.C.M. 11 febbraio 2014, n. 72. In precedenza, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 1 ottobre 2012 n. 341, era stata istituita presso il MIT la "Struttura di Vigilanza sulle Concessioni Autostradali", con funzioni di selezione dei concessionari e di aggiudicazione delle concessioni, nonché di vigilanza e controllo sui concessionari autostradali. Funzioni di competenza oggi della citata Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie autostradali.

concessionari autostradali e della relativa aggiudicazione, di predisposizione di convenzioni autostradali e dei relativi piani economico-finanziari)<sup>61</sup>, la seconda svolge invece le funzioni di vigilanza sulle concessioni in essere<sup>62</sup>. Una Direzione quindi esercita il ruolo di selezione, aggiudicazione e regolazione del rapporto, l'altra si occupa della vita del rapporto, dei controlli e delle eventuali rinegoziazioni delle convenzioni<sup>63</sup>. Tale distinzione, a livello organizzativo, tra le funzioni di aggiudicazione e controllo è sicuramente da apprezzare.

5. (Segue): *la neonata Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali*

Di recente, al fine di aumentare la sicurezza delle infrastrutture autostradali a seguito del crollo del viadotto Polcevera (c.d. ponte Morandi) sull'A10 a Genova – che ha messo tragicamente in luce le lacune del controllo sulla sicurezza di queste infrastrutture – è stato emanato il d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (conv. con modificazioni con l. 16 novembre 2018, n. 130), c.d. decreto Genova, che all'art. 12 ha

<sup>61</sup> Segnatamente, ai sensi dell'art. 5, co. 5, del d.P.C.M. 11 febbraio 2014, n. 72, questa struttura svolge le funzioni di competenza del MIT, tra l'altro, nei seguenti ambiti di attività: funzioni di concedente della rete autostradale in concessione, anche avvalendosi delle società miste regionali; selezione dei concessionari autostradali e relativa aggiudicazione; convenzioni uniche autostradali e relativi piani economico-finanziari; programmazione degli interventi di settore anche di interesse strategico nazionale; regolamentazione dei servizi stradali ed autostradali riferiti agli enti ed organismi gestori delle strade e delle autostrade; individuazione di *standards* e predisposizione di normative tecniche attinenti alle caratteristiche costruttive tecniche e funzionali di strade ed autostrade; vigilanza sulla corretta manutenzione delle infrastrutture di competenza. Per un quadro completo delle funzioni assegnate a questa Direzione generale, si rinvia all'art. 5, co. 5, cit.

<sup>62</sup> Più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 5, co. 8, del d.P.C.M. 11 febbraio 2014, n. 72, questa struttura svolge le funzioni di competenza del MIT, nei seguenti ambiti di attività: a) vigilanza e controllo sui concessionari autostradali, inclusa la vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e il controllo della gestione delle autostrade il cui esercizio è dato in concessione; b) gestione dei rapporti in essere con i concessionari autostradali, nonché predisposizione degli atti aggiuntivi alle vigenti convenzioni; c) approvazione dei progetti relativi ai lavori inerenti la rete stradale ed autostradale di interesse nazionale, che equivale a dichiarazione di pubblica utilità ed urgenza ai fini dell'applicazione delle leggi in materia di espropriazione per pubblica utilità; d) proposta di programmazione, da formulare alla Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali, del progressivo miglioramento ed adeguamento delle autostrade in concessione; e) proposta in ordine alla regolazione e variazioni tariffarie per le concessioni autostradali secondo i criteri e le metodologie stabiliti per le nuove concessioni dalla competente Autorità di regolazione; f) vigilanza sull'attuazione, da parte dei concessionari, delle leggi e dei regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle autostrade in concessione nonché la tutela del traffico e della segnaletica; g) vigilanza sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico autostradale.

<sup>63</sup> Distinzione messa in luce da A.M. ALTIERI, *Il rapporto concessorio nel diritto vigente*, cit., 88.

istituito, a decorrere dal 1° gennaio 2019, l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (ANSFISA).

L'Agenzia succede all'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (ANSF), istituita dall'art. 4 del d.lgs. 10 agosto 2007 n. 162, ereditandone le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, nonché le competenze già previste. È dotata di personalità giuridica ed ha sede a Roma, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. È possibile tuttavia prevedere articolazioni territoriali, in particolare è prevista l'istituzione di una sede a Genova, con competenze limitate ai settori delle infrastrutture stradali e autostradali.

Con riferimento alla sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali, il co. 4 dell'art. 12 cit., oltre all'esercizio delle funzioni già disciplinate dal d.lgs. 15 marzo 2011, n. 35, e fermi restando i compiti e le responsabilità dei soggetti gestori, attribuisce alla neonata Agenzia i seguenti compiti: a) esercitare l'attività ispettiva finalizzata alla verifica della corretta organizzazione dei processi di manutenzione da parte dei gestori, nonché l'attività ispettiva e di verifica a campione sulle infrastrutture, obbligando i gestori a mettere in atto le necessarie misure di controllo del rischio in quanto responsabili dell'utilizzo sicuro delle infrastrutture; b) promuovere l'adozione da parte dei gestori delle reti stradali ed autostradali di Sistemi di Gestione della Sicurezza per le attività di verifica e manutenzione delle infrastrutture certificati da organismi di parte terza riconosciuti dall'Agenzia; c) sovrintendere alle ispezioni di sicurezza sulle infrastrutture stradali e autostradali, anche compiendo verifiche sulle attività di controllo già svolte dai gestori, eventualmente effettuando ulteriori verifiche in sito; d) proporre al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti l'adozione del piano nazionale per l'adeguamento e lo sviluppo delle infrastrutture stradali e autostradali nazionali ai fini del miglioramento degli standard di sicurezza, da sviluppare anche attraverso il monitoraggio sullo stato di conservazione e sulle necessità di manutenzione delle infrastrutture stesse<sup>64</sup>; e) svolgere attività di studio, ricerca e sperimentazione in materia di sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali<sup>65</sup>.

Il comma *4-quinquies* dell'art. 12, integrando l'art. 15 della l. n. 166 del 2002, prevede che dal 1 giugno 2019 il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti riferisca annualmente alle competenti Commissioni parlamentari sull'attuazione, da

---

<sup>64</sup> Il Piano è aggiornato ogni due anni e di esso si tiene conto nella redazione ed approvazione degli strumenti di pianificazione e di programmazione previsti dalla legislazione vigente.

<sup>65</sup> Va aggiunto che il comma *4-bis* dell'art. 12 attribuisce altresì all'Agenzia funzioni ispettive e poteri finalizzati a garantire la sicurezza delle gallerie situate sulle strade, sia appartenenti alla rete stradale transeuropea, che su quelle ad essa non appartenenti, fermi restando i compiti riconosciuti dalla legge al Corpo nazionale dei Vigili del fuoco. Il successivo comma *4-quater* trasferisce inoltre all'Agenzia le funzioni ispettive e di vigilanza sui sistemi di trasporto rapido di massa (metropolitane, tramvie, ferrovie urbane) esercitate dagli Uffici speciali trasporti a impianti fissi (USTIF) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

parte dei concessionari autostradali, degli interventi di verifica e di messa in sicurezza delle infrastrutture viarie oggetto di atti convenzionali.

Per lo svolgimento delle suddette attività, l'Agenzia può accedere a tutti i dati contenuti nell'Archivio informatico nazionale delle opere pubbliche (co. 17, art. 12, cit.) nonché ai dati ricavati dal sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali di cui all'art. 14 del decreto Genova. Tale articolo prevede infatti la realizzazione e la gestione di un sistema sperimentale di monitoraggio dinamico per le infrastrutture stradali e autostradali (ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari), individuate con un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che presentano condizioni di criticità connesse al passaggio di mezzi pesanti. Al termine della fase sperimentale, di durata di dodici mesi, si prevede l'operatività a regime del sistema di monitoraggio dinamico, implementato attraverso l'utilizzo delle più avanzate ed efficaci tecnologie, anche spaziali, per l'acquisizione e l'elaborazione dei dati di interesse. Il Mit sovrintende alla realizzazione e gestione del Sistema e i soggetti gestori, a qualsiasi titolo, delle infrastrutture stradali e autostradali individuate dal Mit sono tenuti a fornire al Ministero i dati occorrenti per l'inizializzazione e lo sviluppo del sistema di monitoraggio dinamico, dotandosi degli occorrenti apparati per operare il controllo strumentale costante delle condizioni di sicurezza delle infrastrutture stesse (anche utilizzando il sistema BIM *Building Information Modeling*).

Al fine di garantire l'efficacia dell'attività di controllo esercitata dall'Agenzia e il rispetto degli standard di sicurezza da parte dei concessionari, il comma 5 dell'art. 12 del decreto Genova prevede specifiche sanzioni amministrative nei casi in cui i concessionari non adempiano alle disposizioni adottate dall'Agenzia nell'esercizio delle proprie funzioni. Le sanzioni sono accertate e irrogate dall'Agenzia stessa, secondo le disposizioni di cui al Capo I, Sezioni I e II, della l. 24 novembre 1981, n. 689<sup>66</sup>.

Gli organi dell'Agenzia sono individuati e disciplinati dai commi 6 e 7 dell'art.

---

<sup>66</sup> Per gli enti territoriali, le sanzioni sono determinate tra euro 5.000 e euro 200.000 anche in funzione del numero di abitanti; per i soggetti aventi natura imprenditoriale, invece, le sanzioni possono essere determinate nella misura corrispondente fino al dieci per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla contestazione della violazione. In caso di reiterazione delle violazioni, l'Agenzia può applicare un'ulteriore sanzione di importo fino al doppio della sanzione già applicata entro gli stessi limiti previsti per la prima. Inoltre, nei casi in cui il comportamento sanzionabile possa arrecare pregiudizio alla sicurezza dell'infrastruttura o della circolazione stradale o autostradale, l'Agenzia può imporre al gestore l'adozione di misure cautelative, limitative o interdittive, della circolazione dei veicoli sino alla cessazione delle condizioni che hanno comportato l'applicazione della misura stessa e, in caso di mancata ottemperanza, può comminare una sanzione, rispettivamente per gli enti territoriali e i soggetti aventi natura imprenditoriale, non superiore a euro 100.000 ovvero al tre per cento del fatturato sopra indicato.

12 nelle figure del Direttore<sup>67</sup>, del Comitato direttivo<sup>68</sup> e del Collegio dei revisori dei conti<sup>69</sup>.

L'operatività dell'Agenzia è assicurata dai commi 11 e ss. dall'art. 12 cit, attraverso il passaggio nei ruoli della nuova Agenzia del personale dell'ANSF e l'assunzione di nuovo personale per lo svolgimento dei compiti in materia di sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali.

In definitiva, con l'istituzione dell'Agenzia in esame, lo Stato si imputa la funzione di vigilare e controllare la sicurezza delle infrastrutture autostradali, in precedenza devoluta, di fatto, agli stessi concessionari. Infatti, a dispetto del nome, la "Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali" del Mit non svolgeva incisivi controlli sulla sicurezza, espletando, come visto, il ruolo di concedente e occupandosi in particolare della selezione dei concessionari autostradali, della predisposizione di convenzioni autostradali e dei relativi piani economico-finanziari. A tale Direzione generale, comunque, l'art. 5, co. 5, lett. *q*), del d.P.C.M. 11 febbraio 2014, n. 72, affida, tra l'altro, il compito di "verifica del rispetto delle norme tecniche di costruzione nella fase realizzativa delle opere pubbliche di diretta competenza dell'Amministrazione ovvero di quelle delle società vigilate, ai fini della sicurezza statica e funzionale dell'opera". È necessario pertanto un coordinamento tra le funzioni svolte da questa Direzione generale e la neonata Agenzia. La "Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie stradali", invece, non si occupa di sicurezza delle infrastrutture ma solo della vigilanza sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico autostradale (art. 5, co. 8, del d.P.C.M. n. 72/2014).

Con il decreto Genova, dunque, si è scelto di devolvere le funzioni di controllo e di vigilanza sulla sicurezza delle infrastrutture autostradali ad un'Agenzia piuttosto che ad un'Autorità indipendente. Certo, rispetto alle strutture ministeriali,

---

<sup>67</sup> Il quale è scelto in base a criteri di alta professionalità, di capacità manageriale e di qualificata esperienza nell'esercizio di funzioni attinenti al settore operativo dell'agenzia e nominato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; dura in carica tre anni rinnovabili per una sola volta.

<sup>68</sup> Composto da quattro membri e dal direttore dell'Agenzia, che lo presiede. Il comitato direttivo è nominato per la durata di tre anni con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Metà dei componenti sono scelti tra i dipendenti di pubbliche amministrazioni ovvero tra soggetti ad esse esterni dotati di specifica competenza professionale attinente ai settori nei quali opera l'agenzia. I restanti componenti sono scelti tra i dirigenti dell'Agenzia e non percepiscono alcun compenso aggiuntivo per lo svolgimento dell'incarico nel comitato direttivo. I componenti del comitato direttivo non possono svolgere attività professionale, né essere amministratori o dipendenti di società o imprese, nei settori di intervento dell'Agenzia.

<sup>69</sup> Composto dal presidente, da due membri effettivi e due supplenti iscritti al registro dei revisori legali, nominati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. I revisori durano in carica tre anni e possono essere confermati una sola volta.

con la formula organizzativa dell'Agenzia si accentua la separazione tra politica e amministrazione, ma rimane il controllo da parte del Governo che nomina i vertici dell'Agenzia. Le agenzie sono poi di norma sottoposte ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un ministro (art. 8 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300). Maggiore terzietà e autonomia dall'esecutivo, auspicabile in un settore delicato come quello del controllo della sicurezza delle infrastrutture autostradali, sarebbe stata garantita invece da un'Autorità indipendente, che pure esiste in questo settore.

#### 6. (Segue): *L'Autorità di regolazione dei trasporti*

Una novità che ha interessato il quadro regolatorio del settore autostradale è stata infatti la nascita dell'Autorità di regolazione dei trasporti (Art). Tale Autorità è stata istituita con l'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modif. con l. 22 dicembre 2011, n. 214, che ne ha anche definito le funzioni e i poteri<sup>70</sup>. L'Art ha competenze in tutti i settori del trasporto (aereo, ferroviario, portuale), incluso – dopo le modifiche apportate all'art. 37 del d.l. n. 201/2011 dall'art. 36 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27 – quello autostradale.

I compiti dell'Autorità in materia autostradale sono molteplici<sup>71</sup>.

In primo luogo, essa deve garantire condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle reti autostradali (oltre che alle infrastrutture ferroviarie, portuali e aeroportuali), secondo metodologie che “incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori” (art. 37, co. 2, lett. *a*), d.l. n. 201/2011). Vengono fatte salve le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, che oggi sono quelle del Mit, non essendo tale Agenzia mai stata istituita. Ci possono quindi essere dei rischi di interferenze tra Art e Mit.

Altro compito dell'Art è quello di definire “i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori” (art. 37, co. 2, lett. *b*), d.l. n. 201/2011). Si tratta di una competenza importante dell'Autorità, anche se eventuale, in quanto può essere esercitata soltanto “se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali” (art. 37, co. 2, lett. *b*), d.l. n. 201/2011). In ogni caso, l'Autorità ha il compito di stabilire unicamente “i criteri” in materia di tariffe, canoni e pedaggi, mentre resta fermo in

<sup>70</sup> Parla di faticosa e controversa gestazione, A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 589 e ss. L'Autorità è diventata operativa solo il 15 gennaio 2014 (v. delibera dell'Autorità del 19 dicembre 2013, n. 13).

<sup>71</sup> Per un quadro completo si veda l'art. 37, co. 2, del d.l. n. 201/2011.

capo ai soggetti competenti il compito di determinare in concreto i corrispettivi per i servizi erogati<sup>72</sup>. I soggetti competenti, quindi – che nel caso delle autostrade sono da rinvenirsi nel Mit (segnatamente nella “Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie stradali”<sup>73</sup> e nel Cipe – sono tenuti, nella concreta quantificazione dei profili tariffari, a rispettare i criteri eventualmente prestabiliti dall’Art. Va sottolineato che l’Art ha anche il compito di verificare la corretta applicazione, da parte dei soggetti interessati, dei criteri definiti per la fissazione di tariffe, canoni e pedaggi (art. 37, co. 2, lett. c), d.l. n. 201/2011), sempreché, si intende, tali criteri siano stati preventivamente fissati.

Con specifico riferimento al settore autostradale, all’Art è riconosciuto altresì il potere di stabilire i sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*, con determinazione dell’indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione (art. 37, co. 2, lett. g), d.l. n. 201/2011)<sup>74</sup>. È da valutare con favore il passaggio da una “modalità di tariffazione definita per via amministrativa da strutture ministeriali ovvero dalle singole società autostradali tenuto conto dei rispettivi interessi commerciali ad una situazione in cui la funzione di determinazione delle tariffe (criteri e fattore di produttività X) viene esercitata in maniera uniforme e in completa autonomia da parte di un regolatore pienamente indipendente tanto dal circuito politico quanto dalle singole realtà imprenditoriali del settore, i quali saranno chiamati, d’ora in poi, semplicemente ad applicare le tariffe alla luce dei criteri stabiliti *ex ante* da tale regolatore”<sup>75</sup>.

Si tratta di una competenza di rilievo che però può essere esercitata, precisa la norma, solo per le nuove concessioni. Questa forte limitazione è stata in parte superata dal d.l. n. 109/2018, che all’art. 16, co. 1, lett. a), ha integrato l’art. 37, co. 2, lett. g) del d.l. n. 201/2011, prevedendo che l’Autorità, oltre che per le nuove concessioni, è competente a stabilire i sistemi tariffari dei pedaggi anche per le

<sup>72</sup> Aspetto rimarcato da Corte cost., 15 marzo 2013, n. 41.

<sup>73</sup> Considerato che a questa struttura, l’art. 5, co. 8, lett. e), del d.P.C.M. 11 febbraio 2014, n. 72 attribuisce il potere di “proposta in ordine alla regolazione e variazioni tariffarie per le concessioni autostradali secondo i criteri e le metodologie stabiliti per le nuove concessioni dalla competente Autorità di regolazione”.

<sup>74</sup> Il fattore X rappresenta il coefficiente che esprime il tasso di variazione atteso della produttività dell’impresa regolata (R. GALLO, *Privatizzazione, regolazione tariffaria e performance di autostrade*, in *Econ. e pol. ind.*, 2007, 117), mentre il *price cap* è stato pensato per funzionare quale meccanismo premiante ed incentivante per l’impresa, posto che quest’ultima può sì adeguare le tariffe alla luce del tasso di inflazione, ma a condizione di conseguire un miglioramento della propria produttività (così S. ZUNARELLI, L. DI GIROLAMO, *Il settore autostradale*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L’ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, a cura di F. Bassan, Giappichelli, Torino, 2015, 181). Sottolineano che il metodo del *price cap* dovrebbe stimolare politiche aziendali di miglioramento della produttività e, quindi, un risparmio della spesa pubblica, D.U. GALETTA, M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2007, 2225.

<sup>75</sup> Così S. ZUNARELLI, L. DI GIROLAMO, *Il settore autostradale*, cit., 182.

concessioni richiamate nell'art. 43, commi 1 e 2, dello stesso d.l. 201/2011, vale a dire per gli aggiornamenti o le revisioni delle convenzioni autostradali vigenti alla data di entrata in vigore del predetto d.l. n. 201/2011 (cioè al 28 dicembre 2011), comportino o meno variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica<sup>76</sup>.

Questa estensione delle competenze dell'Autorità alle concessioni vigenti alla data del 28 dicembre 2011, oltre che per le nuove concessioni (come originariamente previsto), dovrebbe intendersi riferita anche alla definizione degli schemi dei bandi di gara<sup>77</sup>.

Sempre con riferimento al settore autostradale, l'Autorità è competente a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione, nonché gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni (art. 37, co. 2, lett. g), d.l. n. 201/2011). Da notare che in questo caso la competenza dell'Art si estende sia alle vecchie concessioni che alle nuove. Su questa competenza è intervenuta la Corte costituzionale, che, con la citata sentenza n. 41 del 2013, così come fatto per quanto concerne i pedaggi, ha puntualizzato che, riguardo ai bandi di gara, l'Autorità "è investita della competenza a definire gli schemi, senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni", affermando che ciò "vale anche con specifico riferimento al settore autostradale".

Infine, sempre con riguardo al settore che qui interessa, l'Art è competente "a definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto" (art. 37, co. 2, lett. g), d.l. n. 201/2011). L'Autorità ha esercitato tale competenza con delibera n. 70 del 23 giugno 2016, stabilendo che costituiscono "ambiti ottimali di gestione" quelli corrispondenti ad una estesa chilometrica non inferiore, per singola concessione, a 180 km, e tendenzialmente ricompresa nell'intervallo tra 180 e 315 km. Di tali livelli di efficienza strutturale si dovrà tener conto nelle procedure di affidamento delle concessioni o di modifica degli elementi essenziali delle stesse. Nella relazione istruttoria alla delibera, si mette in evidenza che "il modello di *benchmarking* predisposto dall'Autorità ha come finalità quella di studiare la struttura dei costi dei concessionari italiani e determinare l'estesa

---

<sup>76</sup> Sono richiamati infatti entrambi i commi 1 e 2 dell'art. 43: il primo comma si riferisce agli aggiornamenti o revisioni delle convenzioni autostradali che comportano variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica, il secondo si riferisce invece agli aggiornamenti o revisioni delle convenzioni autostradali che non comportano tali variazioni o modificazioni.

<sup>77</sup> L'inciso "nuove concessioni", infatti, dopo il quale va aggiunta la frase "nonché per quelle di cui all'articolo 43, comma 1", compare due volte nella lett. g) che viene novellata: la prima con riferimento ai sistemi tariffari dei pedaggi, la seconda per la definizione degli schemi dei bandi di gara.



chilometrica di riferimento che tende a minimizzare tali costi. Questa finalità è realizzata guardando alla struttura dei costi dei concessionari, opportunamente analizzati con modelli econometrici ormai standardizzati nella letteratura economica. L'ottica è ovviamente quella di impresa, quindi, e non di benessere collettivo, ossia corrispondente a quella di un decisore pubblico, seppure possa osservarsi che la minimizzazione dei costi, fermi restando il rispetto degli obblighi di legge da parte dei concessionari, non può che costituire il principale presupposto necessario per traguardare obiettivi di ottimizzazione del benessere della parte preponderante della collettività impattata, cioè quella degli utenti autostradali<sup>78</sup>.

In conclusione, l'Art ha il compito di definire una cornice regolatoria<sup>79</sup>: individua cioè criteri e regole che dovranno essere applicati dalle Amministrazioni concedenti che esercitano i poteri sullo svolgimento in concreto del rapporto concessorio (prevalentemente il Mit e, in parte, il Cipe). Rimangono fermi quindi i poteri delle strutture amministrative, come si evince dal fatto che l'art. 37 del d.l. n. 201/2011 qui in esame, che disciplina l'attività regolatoria dell'Art, fa espressamente salve le competenze di altre amministrazioni<sup>80</sup>. Il Mit, in particolare, nella sua qualità di concedente nazionale, svolge un ruolo centrale nel governo delle autostrade.

Le competenze dell'Art, inoltre, riguardano prevalentemente le nuove concessioni; per le concessioni in essere continuano ad operare le regole determinate con le convenzioni già stipulate, con la conseguenza che l'ambito di applicazione dei poteri di questa Autorità appare alquanto ristretto, atteso che diverse convenzioni scadranno fra molti anni<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> L'Art aggiunge che "Ad ogni modo, l'ottica del perseguimento del benessere collettivo in senso lato richiederebbe la considerazione quantitativa di obiettivi politici specifici (come ad esempio la quantificazione del valore sociale della tutela del lavoro), nonché dell'impatto che il servizio autostradale genera sulla collettività nella sua interezza, che costituiscono sostanzialmente prerogative dei soggetti concedenti. Seppur di indubbia rilevanza sociale, l'analisi di impatto in questione esula dalle finalità dello specifico studio di cui trattasi, così come previsto dall'art. 37, comma 2, lett. g) del d.l. 201/2011".

<sup>79</sup> Come precisato da Corte cost., n. 41/2013, cit., il compito dell'Art è quello di "dettare una cornice di regolazione economica, all'interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito".

<sup>80</sup> Segnatamente, il co. 6-ter, dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011, dispone, come norma di chiusura, che: "Restano ferme le competenze del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero dell'economia e delle finanze nonché del CIPE in materia di approvazione di contratti di programma nonché di atti convenzionali, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica". Si veda anche l'art. 37, co 4, del d.l. n. 201/2011, ove si statuisce che "Restano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati".

<sup>81</sup> Si pensi che secondo i dati riportati dal Mit (*Il sistema autostradale in concessione e regolamentazione del sistema tariffario*, Audizione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti alla Commissione VIII del Senato della Repubblica, 22 gennaio 2014), solo otto concessioni scadranno entro il 2020, le altre scadranno tra il 2030 e il 2050 (segnatamente, tre entro il 2030, undici entro il 2040 e tre entro il 2050).

Sul punto invero, come si è visto, è stato fatto qualche passo in avanti con il decreto Genova (d.l. n. 109/2018), che ha allargato i poteri dell'Autorità anche alle concessioni vigenti alla data di entrata in vigore del d.l. n. 201/2011.

Inoltre, il decreto Genova ha introdotto ulteriori modifiche volte al potenziamento del ruolo svolto dall'Autorità di regolazione dei trasporti nel settore autostradale.

Merita di essere segnalata la novella dell'art. 43 del d.l. n. 201/2011, introdotta dall'art. 16, co. 1, lett. *b*), del decreto Genova. Con questa modifica si dispone che l'Autorità dei trasporti deve essere sentita (limitatamente ai profili di competenza di cui all'articolo 37, co. 2, lett. *g*), in merito all'individuazione dei sistemi tariffari) per gli aggiornamenti o le revisioni delle convenzioni autostradali vigenti alla data di entrata in vigore del decreto n. 201/2011 (quindi al 28 dicembre 2011), laddove comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica. La norma previgente disponeva invece soltanto l'intervento del CIPE e del Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS). A seguito della novella del 2018, dunque, le modifiche alle convenzioni autostradali che comportino variazioni o modificazioni devono essere trasmesse dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti al CIPE, sentita l'Autorità di regolazione dei trasporti. Dopodiché il CIPE, sentito il NARS, si pronuncia entro trenta giorni.

La lett. *c*) del co. 1 dell'art. 16 del decreto Genova ha introdotto inoltre un nuovo comma *2-bis* all'art. 43, in base al quale per tutti gli aggiornamenti o le revisioni delle convenzioni autostradali vigenti, che comportino o meno variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica, il concedente, sentita l'Autorità di regolazione dei trasporti, deve verificare l'applicazione dei criteri di determinazione delle tariffe, anche con riferimento all'effettivo stato di attuazione degli investimenti già inclusi in tariffa.

Nella direzione di rafforzare l'Autorità di regolazione dei trasporti vanno anche le ulteriori modifiche relative al meccanismo di finanziamento dell'Autorità e all'incremento del suo organico attraverso il reclutamento di unità di personale (v. art. 16, co. 1, lett. *a-bis*), *a-ter*) e co. *1-bis* del d.l. 109/2018).

## 7. *Le fonti di finanziamento*

Si è già detto che la costruzione e gestione di autostrade postula la necessaria collaborazione tra pubblico e privato.

Ciò è vero anche per quanto riguarda il finanziamento, che richiede ormai il ricorso a risorse sia pubbliche che private.

Non a caso, come si è già visto, la costruzione e gestione di autostrade è affidata

prevalentemente tramite concessione, il cui corrispettivo è dato non solo dal diritto di gestione dell'autostrada ma anche, spesso, da un contributo pubblico, e ciò soprattutto per evitare che i pedaggi raggiungano importi eccessivamente onerosi per l'utenza. Così, ad esempio, nella convenzione tra Anas e Strade dei Parchi s.p.a. (pubblicata, come tutte le altre convenzioni, sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), si riconosce un finanziamento statale di 85.000.000 milioni di euro e un contributo di pari valore della Regione Lazio, della Provincia di Roma e del Comune di Roma. Da questa convenzione si evince come i contributi finanziari provengono non solo dallo Stato ma anche dagli enti territoriali interessati alla realizzazione dell'opera. Si pensi anche, sempre a titolo di esempio, alla l. 27 dicembre 2006, n. 296, che, all'art. 1, co. 979, dispone che per assicurare il concorso dello Stato al completamento della realizzazione delle opere infrastrutturali della Pedemontana lombarda è autorizzato un contributo quindicennale di 10 milioni di euro a decorrere dall'anno 2007, di 30 milioni di euro a decorrere dall'anno 2008 e di 40 milioni di euro a decorrere dall'anno 2009. Più in generale, questa norma, al co. 977, prevede che per la prosecuzione degli interventi di realizzazione delle opere strategiche di preminente interesse nazionale di cui alla l. 21 dicembre 2001, n. 443, e successive modificazioni, è autorizzata la concessione di contributi quindicennali di 100 milioni di euro.

Per finanziare le infrastrutture autostradali si ricorre di frequente anche a forme di prestito, come il prestito a lungo termine di 1,7 miliardi di euro che Cassa depositi e prestiti ha sottoscritto, nel dicembre 2017, a favore di Autostrade per l'Italia, destinato a sostenere progetti di sviluppo infrastrutturale delle rete autostradale, con particolare riferimento agli investimenti in ambito ambientale e al miglioramento della sicurezza nelle gallerie.

Va osservato che la previsione di contributi statali al finanziamento delle infrastrutture autostradali non viola il divieto agli aiuti di Stato sancito a livello europeo.

Tale divieto infatti è attenuato nei casi in cui si tratti di finanziare un servizio di interesse economico generale, come le autostrade, secondo le linee dettate dalla Corte di giustizia nella nota decisione *Altmark* del 24 luglio 2003<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> In sintesi, secondo i criteri della sentenza *Altmark*, la compensazione per un servizio d'interesse economico generale non è considerata aiuto di Stato quando sono rispettati i seguenti quattro criteri cumulativi: a) l'attività è un servizio d'interesse economico generale e i suoi compiti ed obblighi chiaramente definiti; b) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione dei costi del servizio pubblico sono previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; c) la compensazione non eccede quanto necessario per coprire i costi del servizio tenendo conto di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali obblighi (ossia nessuna sovracompensazione); d) quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato che fornisca i servizi al costo minore per la collettività, il livello della compensazione dell'impresa incaricata dell'esecuzione degli obblighi di servizio pubblico è determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente, avrebbe sostenuto.

Il legislatore europeo ha tenuto conto del fatto che l'operatore gravato da obblighi di servizio pubblico è normalmente costretto a sostenere costi superiori ai benefici derivati dall'attività, a causa del basso prezzo imposto agli utenti, e che, dunque, è necessaria una qualche forma di compensazione, purché questa non si risolva in un effettivo vantaggio dell'impresa destinataria, capace di alterare la concorrenza sul mercato.

In ogni caso, l'utilizzo di fondi pubblici per la realizzazione di infrastrutture autostradali è oggi sempre meno frequente, vista la scarsità di risorse disponibili nei bilanci pubblici.

Si può ricorrere tuttavia a fondi europei, come dimostrato dal Reg. UE n. 1316/2013, che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa, dove si prevede una dotazione finanziaria ingente per sostenere progetti infrastrutturali di interesse comune nei settori, tra l'altro, dei trasporti.

Vi sono anche altri strumenti di finanziamento in linea con le norme UE sugli aiuti di Stato.

Così, di recente, il 27 aprile 2018, la Commissione europea ha approvato i piani italiani per prorogare due importanti concessioni autostradali – detenute da Autostrade per l'Italia (ASPI) e da Società Iniziative Autostradali e Servizi (SIAS) – e imporre un massimale ai pedaggi. In tal modo si sono sbloccati 8,5 miliardi di euro di investimenti per le tratte autostradali interessate. La Commissione ha ritenuto che la proroga delle concessioni promuoverà la crescita e sbloccherà gli investimenti, limitando nel contempo l'impatto sugli utilizzatori delle autostrade coerentemente con le norme dell'Unione in materia di aiuti e di appalti pubblici. Sono state previste misure di salvaguardia per fare in modo che la proroga (per quattro anni) delle concessioni riduca al minimo le distorsioni della concorrenza in linea con le norme sugli aiuti di Stato e sugli appalti pubblici, che, come si è visto, non consentirebbero proroghe<sup>83</sup>.

Sul sito della Commissione UE si precisa che quando le imprese ottengono proroghe di concessioni (senza indire nuove gare d'appalto) per costruire e gestire autostrade in cambio di pedaggi riscossi dagli utilizzatori, tali concessioni devono essere conformi alle norme dell'Unione in materia di aiuti e di appalti pubblici. In particolare, vengono richiamate le norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale, che consentono agli Stati membri

---

A seguito della sentenza *Altmark*, è stata emanata la decisione della Commissione europea n. 842 del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, nonché la direttiva 2006/111/CE e il Quadro comunitario degli aiuti di Stato nella forma di compensazione del servizio pubblico [2005/C- 297/04].

<sup>83</sup> La decisione è consultabile sotto il numero SA.49335 (SATAP/Asti-Cuneo) e SA.49336 (ASPI) nel Registro degli aiuti di Stato, sul sito internet della concorrenza della Commissione ([http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)).

di erogare un sostegno agli investimenti infrastrutturali mirati a promuovere la crescita economica, subordinatamente ad alcune condizioni, vale a dire l'esigenza di evitare una sovracompensazione e quella di garantire che vi sia ancora una concorrenza effettiva sul mercato.

Vi sono istituti poi che possono incentivare l'investimento dei privati. Si pensi al "corrispettivo di retrocessione" o "subentro", previsto nell'ambito del *project financing* autostradale, per mezzo del quale il concessionario subentrante versa al concessionario uscente un corrispettivo pari alla parte di costo sostenuto e non ammortizzata negli anni di concessione e che costituisce il valore residuo dell'opera.

Si tratta di uno strumento già sperimentato con successo nelle concessioni per i tratti autostradali di Brescia-Bergamo-Milano e della Pedemontana lombarda.

Anche l'art. 178, co. 7, del nuovo Codice dei contratti dispone, in materia di concessioni autostradali, che per le opere assentite che il concessionario ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori<sup>84</sup>.

Grazie a queste norme, il concessionario uscente ha la certezza di poter recuperare quanto investito e non ammortizzato entro la scadenza della concessione. La prospettiva di non correre particolari rischi, potrebbe costituire un congruo incentivo all'investimento e, quindi, all'attrazione di capitali privati.

Sempre nella direzione di attrarre investimenti privati, si può segnalare l'art. 33 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con l. 7 dicembre 2012, n. 221, che, per incentivare la realizzazione di nuove infrastrutture, ha previsto misure di defiscalizzazione, di credito di imposta e di esenzione dal pagamento del canone di concessione per le opere realizzate in partenariato pubblico-privato. Il legislatore ha cercato di favorire la realizzazione di nuove opere infrastrutturali di rilevanza strategica nazionale anche con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. con modif. con l. 9 agosto 2013, n. 98, intervenendo sul rafforzamento degli impegni di fattibilità e della c.d. bancabilità delle concessioni, sulla riallocazione dei contributi pubblici a fondo perduto e sull'affidamento degli strumenti di finanziamento a carattere fiscale e finanziario<sup>85</sup>.

Un'ulteriore fonte di finanziamento delle società concessionarie è costituita

---

<sup>84</sup> Con riferimento a questa disposizione F. ANGELINI, *Commento sub art. 178*, cit., 1449, osserva però che essa non fornisce alcuna indicazione in ordine al regime proprietario delle infrastrutture, né con riferimento all'acquisizione al demanio delle opere infrastrutturali ammortizzate alla scadenza della concessione, né del regime proprietario di quelle oggetto di indennizzo a carico del concessionario subentrante.

<sup>85</sup> D. ANSELMINI, *Le concessioni di gestione delle infrastrutture*, cit., 3.

dai proventi conseguiti per lo svolgimento di attività accessorie collegate all'utilizzo delle aree e pertinenze autostradali, come ad esempio le aree di servizio, il rifornimento carburanti, il bar, il ristorante, l'officina, ecc.

Ma la principale fonte di finanziamento per le società concessionarie rimane ancora il pedaggio, attraverso il quale la realizzazione e la gestione delle infrastrutture autostradali gravano in parte sull'utente (oltre che sul contribuente, attraverso i finanziamenti pubblici).

La regolazione tariffaria del pedaggio – che rappresenta un profilo tanto controverso quanto fondamentale per il governo delle autostrade – è sottratta alla libera determinazione del concessionario.

Il pedaggio infatti è calcolato sulla base di quanto previsto nelle convenzioni uniche stipulate dal 2007 in attuazione della legge di riforma del settore n. 296/2006 e delle Delibere Cipe del 15 giugno 2007, n. 39 e del 21 marzo 2013, n. 27 (aggiornate di recente con delibera Cipe 7 agosto 2017, n. 68), che hanno stabilito le formule tariffarie e i criteri di calcolo. La successione delle norme e delle convenzioni ha dato luogo tuttavia a differenti modelli di adeguamento tariffario, che, oltre a restituire un quadro irragionevole e complesso, per non dire incoerente e confuso, hanno portato a pedaggi talvolta molto diversi tra i vari tratti autostradali.

In linea generale, negli adeguamenti tariffari, tutti riconducibili alla regolazione di tipo *price cap*<sup>86</sup>, si tiene conto, pur se come detto con diverse modalità, dell'inflazione (programmata o reale), della qualità, del recupero della produttività e degli investimenti effettuati. Si prendono in considerazione, quindi, sia gli interessi privati dei concessionari che quelli pubblici degli utenti. L'adeguamento delle tariffe autostradali suscita però sempre accese polemiche.

Dopo un periodo di contenimento dei pedaggi al fine di superare la negativa congiuntura economica finanziaria<sup>87</sup>, l'ultimo adeguamento tariffario si è avuto a partire dal 1° gennaio 2018, con decreti interministeriali di concerto tra il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Ministro dell'Economia e delle Finanze, ed ha comportato un incremento medio del pedaggio pari al 2,74%. Per alcune tratte autostradali, tuttavia, si è registrato un aumento molto più importante, che ha raggiunto il 12,89% per la Società Strada dei Parchi e il 13,91% per la Società Milano Serravalle, accendendo così le polemiche con l'utenza e gli enti territoriali interessati. Adirittura, nel caso di RAV S.p.A. è stato concesso un aumento del 52,69%. Va segnalato tuttavia che ci sono stati anche casi in cui l'adeguamento non si è avuto (come per la Asti-Cuneo S.p.A.) o è risultato essere molto più contenuto

<sup>86</sup> L. SALTARI, *Un quadro d'insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, cit., 311.

<sup>87</sup> Si pensi all'art. 3, co. 2-4, del d.l. n. 185/2008, che ha previsto il blocco dei pedaggi fino al 30 aprile 2009, alla direttiva del Mit del 29 dicembre 2014, n. 570 e ai dd.mm. del 30 dicembre 2014, conseguenti ai protocolli di intesa tra Ministero e singoli concessionari di pari data, che hanno calmierato l'adeguamento dei pedaggi entro l'1,5% per l'anno 2015, con l'impegno però di assicurarne poi il recupero.

(così, ad esempio, Autostrade per l'Italia S.p.A. ha avuto un incremento tariffario dell'1, 51%).

Il pedaggio dunque rappresenta un terreno di scontro tra pubblico e privato. Non si può non osservare però che incluso nel suo costo gravano anche imposte, quali l'IVA, il canone di concessione, le imposte sui redditi delle concessionarie, e così via. In sostanza, con il pedaggio gli utenti si accollano non solo l'onere di finanziare l'infrastruttura, ma contribuiscono anche ad un consistente gettito fiscale, dal momento che è stato stimato che in Italia oltre un terzo dei pedaggi affluisce alle casse dello Stato<sup>88</sup>. È per questo che si discute se il pedaggio sia da considerare un'imposta o il corrispettivo di un servizio<sup>89</sup>. Sembra da preferire la seconda tesi, secondo cui il pedaggio è un prezzo e non un tributo (anche perché, a tacer d'altro, se il pedaggio fosse un tributo dovrebbe essere assoggettato al principio di riserva di legge relativa posto in materia tributaria dall'art. 23 Cost.). Ma non è questo il punto che qui interessa. Ciò che in questa sede preme evidenziare è che lo Stato, attraverso il gettito fiscale (diretto e indiretto) derivante dal pedaggio, nel corso degli anni recupera molto di più di quanto stanziava come contributo pubblico per la costruzione delle infrastrutture autostradali, mentre l'utente paga pedaggi decisamente più elevati di quanto sarebbe richiesto dai meri oneri per la costruzione e la gestione delle autostrade.

## 8. Osservazioni conclusive

Nel corso del lavoro è emerso che il modello concessorio è quello più diffuso nel settore autostradale in Italia, pur non essendo, naturalmente, l'unico modello possibile. Si potrebbero anche nazionalizzare o, per meglio dire, pubblicizzare<sup>90</sup> le autostrade,

---

<sup>88</sup> Aspetto evidenziato da G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, cit., 161, secondo il quale se lo Stato si limitasse ad accollare agli utenti l'onere della costruzione (e gestione) delle autostrade rinunciando a ricavarne anche un gettito fiscale oltre all'imposta sulla benzina, molte opere potrebbero essere autofinanziate senza bisogno di contributi pubblici a fondo perduto (ivi, 162).

<sup>89</sup> La questione è discussa sia in dottrina che in giurisprudenza. Un quadro delle varie posizioni si trova in A.A. FERRARIO, *La natura dei pedaggi autostradali: tra prestazioni patrimoniali imposte e corrispettivi contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2004, 214 e ss. Afferma che il pedaggio costituisce un prezzo e non un tributo, ad esempio, Cass., Sez. III, 13 gennaio 2003, n. 298; ritiene invece che il pedaggio sia un'imposta G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, cit., 159 e ss. Va detto che attribuire al pedaggio la natura di imposta piuttosto che di corrispettivo ha forti implicazioni anche, tra l'altro, in termini di responsabilità. La conseguenza di tale qualificazione coinvolge, infatti, per rimanere al profilo civilistico, la natura di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, delle società concessionarie della gestione della rete autostradale in relazione ai danni cagionati ad utenti della rete ed imputabili a tali concessionari.

<sup>90</sup> Come puntualizzato da M. CLARICH, *Genova, riflettere per evitare gli inganni della nostalgia*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 agosto 2018, con la nazionalizzazione si ritornerebbe a una situazione di monopolio legale, cioè di estromissione totale dei privati da un ambito di attività economica, e bisognerebbe fare i conti con i stringenti limiti posti dall'art. 43 Cost.; con la pubblicizzazione non si chiude invece

sebbene sia una scelta abbandonata da tempo dal nostro Paese, soprattutto perché non ha dato buoni risultati<sup>91</sup>. Fra le principali criticità della gestione pubblica è sufficiente ricordare l'interferenza della politica con le strategie aziendali e le nomine degli amministratori delle imprese pubbliche, spesso lottizzate. Del resto, la privatizzazione risponde alla logica della produttività, mentre la pubblicizzazione è prevalentemente orientata all'esigenza dello Stato di controllare un settore nevralgico nella vita di un Paese, piuttosto che a quella di rendere il servizio più efficiente. Ancora oggi alcune tratte gestite dal pubblico non brillano per qualità del servizio offerto. Si pensi ai tempi che ci sono voluti per terminare la Salerno-Reggio Calabria (oggi A2, Autostrada del Mediterraneo), un'autostrada pubblica (gestita da Anas) e senza pedaggio (un modello quindi che rispecchia quello tedesco, dove le autostrade sono prevalentemente pubbliche e gratuite<sup>92</sup>) che, almeno per quanto riguarda i tempi di costruzione, non ha dato affatto buona prova di sé.

Va ricordato poi "che la politica di privatizzazioni avviata negli anni '90 del secolo scorso fu dovuta, oltre che a ragioni di finanza pubblica, anche al fatto che la gestione deficitaria di molte imprese pubbliche richiedeva ricapitalizzazioni con risorse pubbliche vietate dal diritto europeo", il quale sancisce il principio di neutralità tra impresa privata e impresa pubblica e il divieto per quest'ultima di godere di benefici diretti o indiretti<sup>93</sup>.

A tutto ciò si aggiunga che, anche a seguito della scarsità di risorse pubbliche<sup>94</sup>, lo Stato non sembra più in grado di gestire (ed investire in) infrastrutture autostradali prescindendo dagli investimenti del privato.

Dopo la crisi finanziaria del 2008, che ha interessato i bilanci pubblici, in particolare quello italiano, gli investitori privati sembrano rappresentare una risorsa fondamentale per la realizzazione e gestione delle infrastrutture autostradali, tanto sul piano finanziario quanto su quello operativo imprenditoriale<sup>95</sup>. Con riferimento

---

il mercato alla concorrenza, ma si consente soltanto lo svolgimento di determinate attività economiche anche a imprese pubbliche.

<sup>91</sup> Anche se, invero, si discute se in questo settore convenga un regime pubblico o privato: si vedano le opposte tesi a confronto di G. RAGAZZI e G.M. GROS-PIETRO, sotto lo stesso titolo *Autostrade: meglio pubblico o privato?*, in *L'Industria*, 2006, 505 e ss.

<sup>92</sup> Sulla rete autostradale tedesca si veda, di recente, L. MUZI, *La Germania: l'azione e il ruolo cruciale dello Stato*, in *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit. 117 e ss.

<sup>93</sup> Così M. CLARICH, *Genova, riflettere per evitare gli inganni della nostalgia*, cit.

<sup>94</sup> In argomento A. TONETTI, *Il finanziamento delle infrastrutture*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1102 e ss.

<sup>95</sup> Il che, come segnalato da L. SALTARI, *Un quadro d'insieme e spunti per il rilancio del settore in Italia*, cit., 304, rappresenta una costante nelle esperienze sia a *droit administratif* che in quelle di *common law*. Questo A. osserva che il finanziamento dell'opera e di remunerazione del privato mette la parte pubblica in una posizione più agevole, creando una più efficiente allocazione del rischio, in quanto se "il concessionario deve finanziare la costruzione dell'infrastruttura e ammortare e remunerare il proprio investimento mettendo in esercizio tale infrastruttura, questi avrà interesse a non far



a quest'ultimo profilo, si pensi alla mancanza di competenze tecniche nell'apparato amministrativo, dovuta al fatto che lo Stato imprenditore non esiste più da tempo.

Non va sottovalutato inoltre che mentre il passaggio dal pubblico al privato (privatizzazione) è stato agevole ed ha anzi consentito allo stato di fare cassa, un eventuale processo contrario (cioè la pubblicizzazione delle autostrade) richiederebbe ingenti investimenti pubblici al momento difficilmente compatibili con la situazione finanziaria che sta attraversando il Paese.

Tenuto conto quindi delle grosse problematiche di una (eventuale) ripubblicizzazione delle autostrade, non ci si può che affidare al privato e in questo sistema un ruolo centrale è svolto dal modello concessorio (anche se non è l'unico possibile).

Tale modello presuppone però, oltre ad un ruolo attivo del privato, un ruolo altrettanto attivo da parte del pubblico, che ha il basilare compito di affidare, regolare e controllare le concessioni.

Dall'analisi svolta è emerso tuttavia come vi sia stato in questi anni di privatizzazione un forte sbilanciamento a favore del privato.

Basti pensare – oltre alle continue proroghe delle concessioni e al loro affidamento (per la quasi totalità) senza gara (cosa che non è più possibile alla luce del nuovo Codice dei contratti) – alle condizioni estremamente favorevoli riconosciute nelle convenzioni ai concessionari (in particolare a quelli più forti), a tutto svantaggio del concedente pubblico.

Si può ricordare, ad esempio, la clausola contenuta in alcune convenzioni che consente al concedente pubblico di revocare la concessione soltanto pagando un prezzo molto alto, il che rende tale eventualità remota, se non addirittura, in taluni casi, quasi impossibile. Così, ai sensi dell'art. 9 della convenzione unica stipulata con Società Autostrade per l'Italia s.p.a., in caso di decadenza della convenzione per – si badi – grave inadempienza del concessionario (ma, in virtù dell'art. 9-bis, lo stesso vale anche nelle ipotesi di recesso, revoca o risoluzione della convenzione), il concedente nazionale è tenuto a dare a quest'ultimo, sia pure con alcune decurtazioni, un importo corrispondente ai ricavi prevedibili della gestione dalla data del provvedimento di decadenza fino alla scadenza della concessione<sup>96</sup>. Non è chiaro

---

lievitare i costi di realizzazione (perché se ne fa interamente carico) e a concludere i lavori nei tempi programmati senza ritardi (perché così inizia prima a ammortare il proprio investimento)" (ivi, 305).

<sup>96</sup> L'art. 9 della convenzione con Società Autostrade per l'Italia spa (pubblicata sul sito del Mit), dispone infatti che, in caso di decadenza – si badi per grave inadempienza del concessionario – il concedente nazionale è tenuto a dare al concessionario "un importo corrispondente al valore attuale netto dei ricavi della gestione, prevedibile dalla data del provvedimento di decadenza sino alla scadenza della concessione, al netto dei relativi costi, oneri, investimenti e imposte nel medesimo periodo, scontati a un tasso di rendimento di mercato comparabile e maggiorato delle imposte che il concessionario dovrà corrispondere a fronte della percezione dell'importo da parte del concedente decurtato: dell'inadempimento finanziario netto assunto dal concedente alla data del trasferimento stesso; dei

tuttavia il perché il concedente debba pagare un così rilevante importo al concessionario gravemente inadempiente in caso di decadenza. L'indennizzo si giustifica, invece, nelle ipotesi di revoca, recesso o risoluzione della convenzione, anche se l'importo rimane in ogni caso molto elevato. Se si considerano infatti i ricavi di un concessionario come Autostrade per l'Italia spa (che per il 2017 ammontano a quasi un miliardo di euro) e la durata della convenzione (che scadrà nel 2042), l'eventuale decadenza, recesso, revoca o risoluzione della convenzione potrebbe comportare per il concedente l'esborso di diversi miliardi di euro difficilmente sopportabili da parte del bilancio statale.

Queste clausole di favore a vantaggio dei concessionari (e a svantaggio del concedente pubblico), spiegano forse anche perché per lungo tempo tali convenzioni sono rimaste segrete, in barba a qualsiasi obbligo di trasparenza. Soltanto a partire dal mese di febbraio 2018 tutte le convenzioni sono state pubblicate sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, anche se – va sottolineato – alcuni cruciali allegati, in particolare quelli relativi al piano economico finanziario, sono stati resi accessibili solo dopo il crollo del ponte Morandi.

In questi anni, dunque, quello che è realmente mancato nel governo delle autostrade è stata una adeguata tutela degli interessi pubblici, tra i quali sono da annoverare il contenimento del livello dei pedaggi, la promozione della concorrenza e l'efficienza e la qualità del servizio offerto all'utenza, sia in termini di sicurezza che di impatto ambientale.

Ogni volta che il pubblico si è assicurato un vantaggio ha dovuto concedere una contropartita al privato titolare della concessione<sup>97</sup>.

---

flussi di cassa della gestione percepiti dal concessionario durante lo svolgimento dell'ordinaria amministrazione decorrente dalla data del provvedimento di decadenza fino alla data di trasferimento della concessione. L'importo sopra determinato viene decurtato, a titolo di penale, di una somma pari al 10% dello stesso, salvo il maggior danno subito dal concedente per la parte eventualmente eccedente la predetta parte forfettaria".

Analogamente dispone il successivo art. 9-bis, ove si prevede che il "concessionario avrà diritto a un indennizzo/risarcimento a carico del concedente in ogni caso di recesso, revoca, risoluzione, anche per inadempimento del concedente e comunque di cessazione anticipata del rapporto di convenzione, pur indotto da atti e/o fatti estranei alla volontà del concedente, anche di natura straordinaria e imprevedibile, ivi inclusi mutamenti sostanziali del quadro legislativo o regolatorio". In tali casi, l'importo dell'indennizzo/risarcimento sarà calcolato allo stesso modo di quanto disposto dal citato art. 9. L'art. 9-bis precisa inoltre che, in ogni caso, l'efficacia del recesso, risoluzione o comunque di cessazione anticipata della convenzione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte del concedente al concessionario di tutte le somme previste.

<sup>97</sup> Sul punto si vedano L. SALTARI, A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 76-77, i quali mettono in evidenza come quando il concedente pubblico ha ottenuto il contenimento degli incrementi tariffari ha poi rinunciato ad una quota degli investimenti privati (infatti, nelle premesse della delibera Cipe del 6 agosto 2015, n. 64, si evidenzia come, anche in conseguenza del contenimento dell'incremento tariffario, si sia dovuto provvedere ad una riduzione significativa degli investimenti); quando ha ottenuto l'aumento degli investimenti ha concesso ai privati la proroga della concessione o la rinuncia al *price cap*, che impone progressivi efficientamenti: in definitiva, ogni beneficio, alla fine, ha trovato un corrispondente costo che lo controbilanciava.

La tutela dell'interesse pubblico è però fondamentale in questo settore, dal momento che i tratti autostradali affidati in concessione rappresentano per la maggior parte un monopolio naturale. Infatti, tranne alcune isolate eccezioni (come la Bre.be.mi. che si pone in concorrenza con la A4), non esiste una valida alternativa all'autostrada, non potendo essere considerata tale la soluzione offerta dalle strade urbane. Né è possibile, in molti casi, duplicare le autostrade, vista la conformazione del nostro territorio e l'alto (e inutile) costo ambientale che una simile opzione avrebbe<sup>98</sup>. In alcuni casi addirittura non vi è nemmeno l'alternativa della ferrovia (ad esempio nel tratto Roma-Teramo dell'A24).

Solo di recente l'intervento pubblico nel settore autostradale è stato rafforzato con l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti<sup>99</sup>, ma non può certo essere considerato questo un passo sufficiente. Si tratta di un'Autorità, infatti, che ha poteri di indirizzo e regolazione prevalentemente rivolti alle nuove concessioni.

In particolare, i poteri sui pedaggi di questa Autorità riguardano solo le nuove concessioni e non quelle già esistenti, molte delle quali scadranno fra molti anni. Rimane così l'incoerenza della disciplina in materia tariffaria che, prevedendo diversi modelli, tra loro differenziati, ingenera "incertezza regolatoria e un quadro di regole che appare irragionevolmente complesso e articolato"<sup>100</sup>. La molteplicità di regimi tariffari, oltre a definire "un quadro regolatorio molto critico", ha anche avuto l'effetto di provocare un aumento della tariffa media pagata dal consumatore italiano superiore all'inflazione<sup>101</sup>. Con il decreto Genova, come s'è visto, qualche passo in avanti è stato fatto nell'estendere i poteri di questa Autorità.

I poteri di governo del settore autostradale rimangono però di fatto concen-

---

<sup>98</sup> Non va dimenticato infatti il rilevante consumo di territorio che le infrastrutture autostradali comportano.

<sup>99</sup> L'istituzione di un'Autorità indipendente in questo settore era auspicata da una parte della dottrina. Così, ad esempio, G. RAGAZZI, *Autostrade: meglio pubblico o privato?*, in *L'Industria*, 2006, 518, afferma che: "Il politico/regolatore si trova a fronteggiare due opposti gruppi d'interesse: gli utenti e il concessionario. I primi sono molto numerosi ma incapaci di organizzarsi; il concessionario dispone invece di ampie risorse per il *lobbying*, ed è in questa direzione che concentrerà i suoi sforzi poiché i profitti dell'impresa dipendono assai più dalle tariffe che dall'efficienza produttiva. Un imprenditore di successo, in questo settore, è chi riesce a ottenere i più alti incrementi di tariffa, non chi gestisce meglio l'infrastruttura. V'è quindi un'alta probabilità che il regolatore venga 'catturato' e indotto a concedere tariffe più elevate di quelle che prevarrebbero se l'impresa fosse pubblica. Questo pericolo potrebbe essere ridotto se la regolazione venisse affidata a un'Autorità indipendente, ma i politici sembrano molto restii a rinunciare al potere di contrattare le tariffe con i concessionari". Questo A. conclude tuttavia il suo lavoro osservando che: "L'istituzione di una Autorità indipendente, e una profonda modifica del sistema regolatorio, potrebbero certamente migliorare la situazione, ma solo il progressivo ritorno nel tempo ad una gestione pubblica unitaria di tutta la rete può consentire di superare i difetti fondamentali della logica concessoria" (ivi, 521).

<sup>100</sup> Come evidenziato dalla stessa Autorità di regolazione dei trasporti, *Primo rapporto annuale al Parlamento*, cit., 52.

<sup>101</sup> Così ancora l'Autorità di regolazione dei trasporti, *Primo rapporto annuale al Parlamento*, cit., 52, da cui sono tratte le parole tra virgolette.

trati presso le autorità amministrative, inevitabilmente sottoposte al controllo delle forze politiche: segnatamente, tali poteri sono devoluti al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti<sup>102</sup> e, oggi, alla neonata Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali, alla quale ultima sono stati demandati i controlli sulla sicurezza delle infrastrutture autostradali in precedenza delegati, di fatto, alle concessionarie. Altri poteri in materia tariffaria sono poi riconosciuti ad un organo sostanzialmente politico, il Cipe.

Per avere una maggiore efficienza del settore andrebbe però limitato l'intervento (diretto e indiretto) del soggetto politico, affidando il governo delle autostrade e i controlli, anche quelli relativi alla sicurezza delle infrastrutture, a soggetti realmente terzi, imparziali e competenti<sup>103</sup>. Compiti di regolazione e controllo che ben potrebbero essere svolti da un'Autorità amministrativa indipendente, peraltro già esistente (l'Art), eventualmente in collaborazione con il concedente pubblico, i cui tecnici dovrebbero tuttavia agire senza condizionamenti politici, nel pieno rispetto del basilare principio di separazione tra politica e amministrazione.

La politica dovrebbe limitare le sue competenze alla fase, più generale, di programmazione, di scelta dei finanziamenti, oltre che all'affidamento delle concessioni per il tramite delle strutture amministrative a ciò deputate<sup>104</sup>.

Programmazione che deve però necessariamente essere stabile e duratura.

Si tratta di un requisito che, finora, è mancato al sistema politico italiano, il quale ha ripetutamente disatteso gli atti di programmazione e fatto sovente ricorso a soluzioni legislative derogatorie ed emergenziali. Si è così stratificata e resa sempre più instabile la normativa di settore, con interventi difficilmente riconducibili ad una logica unitaria che si sono tradotti, in definitiva, in un servizio di minore qualità per la collettività<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Che le svolge, come già visto *supra*, attraverso la "Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali" e la "Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie stradali".

<sup>103</sup> Come notato da G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, cit., 19, non va lasciata grande discrezionalità al regolatore politico, sia per evitare che nel formulare l'offerta gli investitori tengano conto del "rischio politico" che subentrerà in futuro un regolatore poco benevolo, richiedendo un rendimento più elevato a danno degli utenti, sia per evitare "rapporti impropri" tra investitore e sfera politica, considerato che i profitti dei primi dipendono dalle decisioni dei secondi.

<sup>104</sup> A tal proposito, come visto nei paragrafi precedenti, il Codice dei contratti pubblici ha dettato una disciplina volta a porre un freno alla possibilità di prorogare le convenzioni autostradali esistenti, imponendo il ricorso alle procedure di evidenza pubblica (oltre alla possibilità di affidamento *in house*) per l'affidamento delle concessioni. Ha introdotto, inoltre, in via generale (finalmente anche nel nostro ordinamento), l'importante istituto del dibattito pubblico, il quale può potenzialmente consentire di avere opere più condivise ed accettate dalle popolazioni dei territori interessati.

<sup>105</sup> Più in generale, S. ZUNARELLI, L. DI GIROLAMO, *Il settore autostradale*, cit., 167, affermano che: "Una visione d'insieme dell'attività regolatoria ad oggi posta in essere disvela (...) una modalità di azione tutt'altro che coerente e lineare". Questi Autori precisano come con riferimento in particolare

È indispensabile altresì che la programmazione sia seria e non improvvisata. Attesa la scarsità di risorse a disposizione, non ci si può più permettere un elenco sterminato di opere strategiche, come è avvenuto in passato con la abrogata legge obiettivo (l. 21 dicembre 2001, n. 443), ma vanno individuati gli interventi effettivamente prioritari ed utili per lo sviluppo del Paese, attraverso una attenta analisi costi-benefici, che tenga anche conto del profilo ambientale, della necessaria integrazione con le altre tipologie di trasporto<sup>106</sup> e, più in generale, del miglioramento complessivo delle esigenze di mobilità. Una programmazione che favorisca, naturalmente, le esigenze pubbliche di miglioramento delle condizioni di trasporto piuttosto che i variegati interessi privati.

Soprattutto, non giovano al settore i ripensamenti di modelli, come il passaggio da un regime privatistico ad uno pubblicistico – paventato di recente dal Governo dopo il tragico crollo del c.d. ponte Morandi sull’A10 a Genova – considerato che tali oscillazioni rischiano di portare a un servizio meno efficiente per gli utenti, a potenziali effetti negativi per il bilancio dello Stato e a una perdita di credibilità del nostro Paese nei confronti degli investitori (anche stranieri), con conseguenze – in una prospettiva a lungo termine – dannose per il settore autostradale e, più in generale, per l’economia italiana.

---

a due profili ritenuti di maggiore interesse e strategicità, il pedaggio e il regime concessorio, “il legislatore sia intervenuto in maniera assai massiccia e frenetica, talvolta senza operare un coordinamento tra le disposizioni nel tempo emanate, dando così forma ad una disciplina in alcuni punti non scevra da profili critici e/o comunque non perfettamente allineati con i principi europei in materia di libera concorrenza e di evidenza pubblica”. M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, cit., par. 3, nota 29, osserva che il “fenomeno della ‘*changing in law*’ rischia di pregiudicare in modo considerevole il legittimo affidamento prestato dai concessionari pubblici alla stabilità degli investimenti, comportando – in una prospettiva a lungo termine – una paralisi dei mercati e una stagnazione dell’economia”.

<sup>106</sup> Come notato da G.M. GROS-PIETRO, *Autostrade: meglio pubblico o privato?*, cit., 525, il “sistema autostradale, nato al tempo del successo incontrastato del trasporto su gomma, deve oggi essere posto al servizio di una politica dei trasporti più articolata, che estraiga il meglio delle potenzialità di ciascuna modalità, integrandole in modo efficiente”.

**Abstract**

The legal regime of motorway concessions

by Salvatore Cimini

This essay focuses on the regime of motorway concessions highlighting its critical points. In particular, the regulations on motorway concessions laid down in the Code of Contracts and all the changes about the regulation affecting the sector are analysed. It also gives an insight into the latest regulatory changes that have assigned the State the task of controlling the safety of motorway infrastructures. Furthermore, it highlights the critical issues related to a (potential) return to a public management of motorways, at the same time underlining how current motorway concessions are too unbalanced in favour of private individuals. Finally, it emphasizes that, in order to achieve greater efficiency in this sector, policy interventions should be limited to the planning phase, entrusting motorway management to unbiased and qualified public bodies.

*Keywords:* motorway concessions, regulation, controlling, financing, motorway management.

# Il diritto ambientale tra *command and control* ed economia circolare: l'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura

di Giovanna Pizzanelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura, tra potenzialità agronomiche e limiti del quadro normativo... – 2.1. La non autosufficienza della normativa in materia di utilizzo dei fanghi e il difficile raccordo con le discipline limitrofe: gli ostacoli all'effettività della tutela del suolo. – 2.2. Le problematiche relative al riparto di competenze tra i diversi livelli di governo. – 3. ...e i limiti del *command and control*. – 4. Quali prospettive future, alla luce dei processi di economia circolare?

## 1. Premessa

Lo schema tradizionale a cui ricorre il nostro ordinamento giuridico per assicurare la tutela ambientale prevede divieti o limitazioni di determinate condotte ad impatto negativo sull'ambiente sulla base di determinati standard<sup>1</sup> e ulteriori limiti e prescrizioni stabiliti attraverso procedimenti pianificatori e autorizzatori, l'allestimento di un apparato di controllo e di meccanismi di verifica a garanzia del rispetto dei suddetti divieti o limitazioni e, a chiusura e corredo, la previsione di un apparato sanzionatorio amministrativo e penale graduato in funzione dell'indesiderabilità delle suddette condotte<sup>2</sup>.

Tale modello è definito *command and control* ed è applicativo del principio di prevenzione, finalizzato a porre in essere misure preventive e cautelative *ex ante* dei costi sociali degli inquinamenti derivanti dalle attività antropiche, e del principio "chi inquina paga", volto a far sopportare agli operatori economici i costi dell'inquinamento prodotto a vantaggio della collettività<sup>3</sup>.

Tuttavia, l'archetipo "limite, controllo e sanzione" è foriero di inefficienze a danno sia degli interessi produttivi sia di quelli conservativi<sup>4</sup>: esso è estremamente statico e rigido, pertanto poco efficace in presenza di forme diffuse di inquinamento; è appiattito sul ruolo del legislatore e dell'amministrazione pubblica (che

<sup>1</sup> Tali standard di condotta possono essere di varia natura: si riscontrano standard applicabili alle emissioni, ai corpi recettori, limitativi di livelli di concentrazione massima tollerabile, ovvero relativi ai processi di produzione o ai prodotti. Sul punto, F. FONDERICO, *Limiti e standard*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Giuffrè, 2014, 57 ss.

<sup>2</sup> Sugli strumenti ascrivibili alla tecnica di *command and control* si vedano F. SALVIA, *Gli strumenti giuridici di tutela ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, 209 ss.; M. FAURE, *Environmental regulation*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, 443 ss.; P. MCMANUS, *Environmental Regulation*, Elsevier, 2009

<sup>3</sup> B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, il Mulino, 2016, 349.

<sup>4</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Giappichelli, 2007, 409.

stabiliscono, rispettivamente a monte e a valle, ciò che è consentito e cosa non lo è) e pertanto comporta elevati costi amministrativi<sup>5</sup> e non incentiva l'adeguamento alle migliori tecniche al fine di ridurre l'inquinamento provocato dagli impianti produttivi e dalle tecniche di produzione. D'altro canto, un simile approccio postula un legislatore attento nel recepire le evoluzioni tecnico-scientifiche e una pubblica amministrazione efficiente, impermeabile agli interessi partigiani della classe imprenditoriale e in grado di svolgere i controlli con continuità e strumentazione efficace; ciò al fine di scongiurare la pericolosa tendenza – attualmente in atto – a rimettere la funzione di tutela ad incursioni suppletive della magistratura.

Invero, la migliore dottrina e la politica ambientale dell'Ue, ormai da tempo<sup>6</sup>, suggeriscono l'idea di una combinazione tra strumenti autoritativi e strumenti economici e di mercato volti a favorire l'internalizzazione dei costi sociali derivanti dalle varie di inquinamento, poiché i difetti dei primi potrebbero essere mitigati dai pregi degli altri.

Dunque se, riprendendo la lezione benvenutiana, il diritto ambientale è utile a indagare “il diritto non nella sua staticità ma in quella dinamicità che ne costituisce in effetti la essenza e il valore”<sup>7</sup>, come vedremo, il caso dell'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura mette in luce tutti i limiti della *command and control regulation* e richiama alla necessità di integrare il paradigma tradizionale di tutela ambientale con strumenti economici e di mercato, nonché con un armamentario di nozioni e strumenti messi a disposizione dalla recente apertura dell'ordinamento europeo ai processi di economia circolare<sup>8</sup> le cui potenzialità sono, in gran parte, inesprese e tutte da esplorare.

## 2. *L'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura, tra potenzialità agronomiche e limiti del quadro normativo...*

Le acque reflue provenienti da insediamenti civili e produttivi sottoposte a trattamento presso gli impianti di depurazione danno origine a fanghi. Tali fanghi,

<sup>5</sup> M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 220.

<sup>6</sup> In dottrina si vedano M. BRESSO, *Per un'economia ecologia*, NSI, 1993; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit.; M. CLARICH, ult. op. cit.; B. POZZO (a cura di), *Green economy e leve normative*, Giuffrè, 2013, in specie 66 ss. L'apertura dell'ordinamento europeo agli strumenti economici e di mercato per la tutela ambientale si registra a partire dal Quinto programma di azione in materia ambientale, “Per uno sviluppo durevole e sostenibile”, predisposto dalla Commissione europea nel 1992 ed è stata ulteriormente chiarita dal Libro verde della Commissione europea, del 28 marzo 2007, rubricato “Sugli strumenti di mercato utilizzati ai fini di politica ambientale e ad altri fini connessi”, COM(2007), 140 fin.

<sup>7</sup> F. BENVENUTI, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, in *Arch. Giur.*, 1982, 255.

<sup>8</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, “L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare”*, del 2 dicembre 2015, COM(2015), 614 fin.



una volta recuperati<sup>9</sup> negli impianti di compostaggio, presentano un'utilità che ne consente il loro utilizzo per la produzione di energia in termovalorizzatori, lo spandimento in agricoltura, o per la produzione di compost, laterizi, asfalti e calcestruzzi<sup>10</sup>; i fanghi residui non sottoposti a trattamento, invece, sono destinati ad essere smaltiti tramite incenerimento o conferimento in discariche per rifiuti speciali, anche se tali operazioni sono molto dispendiose dal punto di vista economico – con un forte impatto sul costo del servizio idrico a carico degli utenti –, almeno per alcune realtà, posto che in gran parte vengono svolte al di fuori della Regione di produzione<sup>11</sup>. In alternativa, possono essere promosse soluzioni innovative, sulla base delle migliori tecnologie disponibili<sup>12</sup>, atte a promuovere la riduzione

<sup>9</sup> Il recupero dei fanghi dalle acque di depurazione, sulla base del principio di prevenzione, passa attraverso la loro sottoposizione ad apposito trattamento. Durante la fase di trattamento, i fanghi, che a causa della presenza di rilevanti quantità di materiale batterico sono altamente putrescibili, vengono stabilizzati in modo da renderli idonei al successivo essiccamento e smaltimento. Le principali operazioni svolte durante la fase di trattamento dei fanghi sono: l'ispessimento (ovvero addensamento o concentrazione), utile ad aumentare il contenuto di sostanza secca del fango in modo da ridurre i volumi necessari al suo trattamento; la stabilizzazione biologica, al fine di mineralizzare parte delle sostanze organiche putrescibili ed eliminare i batteri patogeni e i parassiti normalmente presenti nel fango; il condizionamento, finalizzato ad indebolire i legami dell'acqua con le particelle solide per facilitarne la sua fuoriuscita; la disidratazione e l'essiccamento, al fine di eliminare una buona parte dell'acqua presente nei fanghi stabilizzati; incenerimento o compattazione, ovvero la fase che precede, se necessario, lo smaltimento finale. Al termine delle operazioni di recupero il fango potrà essere riutilizzato in particolari ambiti, come, ad esempio, in agricoltura.

<sup>10</sup> La maggior parte dei fanghi utilizzabili in agricoltura non sono prodotti in conto proprio dagli impianti di depurazione reflui – autorizzati ad effettuare direttamente l'utilizzo a beneficio dell'agricoltura in forza del rilascio della relativa autorizzazione –, ma in conto terzi da imprese che provvedono allo stoccaggio e al trattamento di tali rifiuti provenienti da impianti di depurazione delle acque, anche fuori Regione, a beneficio dell'agricoltura, e da impianti industriali. Ciò comporta numerose difficoltà nell'approntare un controllo efficace alla fonte. Dalla lettura dei dati raccolti dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (oggi Autorità di regolazione per Energia, Reti e Ambiente -ARERA) emerge che il 74% dei fanghi prodotti è recuperata, mentre il 25% è ancora destinata allo smaltimento. Le modalità di recupero più diffuse sono la produzione di compost (46%) e lo spandimento in agricoltura (38%, di poco inferiore alla media europea del 45%), mentre è poco diffusa la termovalorizzazione per la produzione di energia (6%). Cfr., AEEGSI, Determina 16 febbraio 2016, n. 1. I dati forniti dagli Stati membri sui fanghi prodotti e utilizzati in agricoltura confermano che quello agricolo resta uno degli utilizzi prevalenti. Sebbene la produzione di fanghi sia stata ridotta del 2% tra il 2010 e il 2012 rispetto al periodo compreso tra il 2007 e il 2009, gli Stati membri hanno riferito che in agricoltura è stata impiegata pressoché la stessa quantità di fanghi usata nel periodo precedente. Ciò equivale al 45% della quantità dei fanghi prodotti. Cfr., COMMISSIONE EUROPEA, *Nona relazione sullo stato di attuazione e i programmi per l'attuazione (a norma dell'art. 17) della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane*, 14 dicembre 2017, COM(2017), 749 fin., 11 (i dati analizzati nella relazione sono riferiti al 2014).

<sup>11</sup> In passato la modalità di smaltimento dei fanghi di depurazione più diffusa era data dal loro invio in discarica, mentre tra le opzioni alternative figuravano, oltre all'utilizzo in agricoltura, lo smaltimento in mare, oggi vietato dall'art. 127, c. 2, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>12</sup> In proposito, l'art. 98 del d.lgs. n. 152/2006 prevede che: "Coloro che gestiscono o utilizzano

dei quantitativi di fanghi negli impianti di depurazione (ad esempio, tramite gli impianti di lisi termochimica).

La prima normativa speciale a regolare l'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura è data dal d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 99, per l'"Attuazione della direttiva 86/278/CEE, concernente la protezione dell'ambiente, in particolare del suolo, nell'utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura".

In precedenza, la possibilità di ricorso all'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura era stata introdotta dalla deliberazione del Comitato interministeriale per la tutela delle acque dall'inquinamento del 4 febbraio 1977<sup>13</sup>, contenente "Criteri, metodologie e norme tecniche generali di cui all'art. 2, lettere b), d) ed e) della legge 10 maggio 1976, n. 319, cd. legge Merli, recante norme per la tutela delle acque dall'inquinamento" che, all'All. n. 5, contenente "norme tecniche generali per la regolamentazione dello smaltimento dei fanghi residuati dai cicli di lavorazione e dai processi di depurazione", aveva previsto la possibilità di recupero delle sostanze organiche contenute nei fanghi quale criterio privilegiato<sup>14</sup>. Successivamente, il DPR 10 settembre 1982, n. 915, recante "Attuazione delle direttive (CEE) numero 75/442 relativa ai rifiuti, n. 76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili e numero 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi" aveva classificato i residui derivanti dalla depurazione degli effluenti come rifiuti speciali non tossici e nocivi (oggi, invece, considerati non pericolosi), purchè non contenessero le sostanze indicate in allegato al decreto, in quantità e/o in concentrazioni tali da presentare un pericolo per la salute e l'ambiente<sup>15</sup>.

la risorsa idrica adottano le misure necessarie all'eliminazione degli sprechi ed alla riduzione dei consumi e ad incrementare il riciclo ed il riutilizzo, anche mediante l'utilizzazione delle migliori tecnologie disponibili".

<sup>13</sup> Il Comitato interministeriale per la tutela delle acque dall'inquinamento era stato istituito dalla l. n. 319/1976 (art. 2). Al Comitato spettavano le funzioni di indirizzo, promozione, consulenza e coordinamento, la predisposizione di criteri generali e metodologie per il rilevamento delle caratteristiche dei corpi idrici e per la formazione e l'aggiornamento dei catasti previsti dalla legge, la redazione del piano generale di risanamento delle acque, l'indicazione dei criteri generali per un uso razionale dell'acqua ai fini produttivi, irrigui, industriali e civili, anche mediante individuazione di standard di consumi, per favorire il massimo risparmio nell'utilizzazione delle acque e promuovendo processi di riciclo delle sostanze disperse, nonché la determinazione di norme tecniche generali. Sul punto, G. LE PERA, *Inquinamento idrico*, P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Cedam, 2013, 54 ss.

<sup>14</sup> Nel caso dello smaltimento su suolo, la Deliberazione del Comitato interministeriale per la tutela delle acque del 4 febbraio 1977 prevedeva che i fanghi prevalentemente organici venissero sottoposti a trattamento di stabilizzazione al fine di ridurre la presenza di germi patogeni e l'emanazione di odori molesti.

<sup>15</sup> Ex art. 2, DPR n. 915/1982. Attualmente, ex art. 184 del d.lgs. n. 152/2006, i rifiuti vengono classificati sulla base della provenienza e delle caratteristiche di pericolosità. Il primo criterio conduce alla distinzione tra rifiuti urbani e rifiuti speciali; il secondo criterio distingue rifiuti pericolosi da rifiuti non pericolosi. Ex art. 184, c. 4, sono pericolosi i rifiuti aventi le caratteristiche di cui all'All. I della parte quarta del d.lgs. n. 152/2006. Deve essere ricordato che il reg. 1357/2014/UE, avendo sostituito

Il d.lgs. n. 99/1992 stabilisce il regime giuridico per l'utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura regolandone le condizioni di utilizzo, i divieti, le competenze di Stato e Regioni, il regime autorizzatorio, l'analisi dei fanghi e dei terreni, nonché il relativo regime sanzionatorio.

Posto che la gestione dei fanghi (comportante operazioni di smaltimento e recupero) potrebbe intendersi quale parte del servizio idrico integrato<sup>16</sup>, la questione dell'applicabilità della disciplina sui rifiuti è sempre stata dibattuta<sup>17</sup>.

Tuttoggi, i fanghi quali residui derivanti dai processi di depurazione delle acque reflue provenienti da insediamenti civili e produttivi, ferma restando la disciplina speciale di cui al d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 99, sono considerati rifiuti (art. 127 d.lgs. n. 152/2006, contenente "Norme in materia ambientale", d'ora in poi

---

l'All. III alla dir. 2008/98/CE, corrispondente all'All. I alla parte quarta del d.lgs. n. 152/2006, e la dec. 2014/955/UE, hanno previsto i criteri per distinguere rifiuti pericolosi da quelli non pericolosi, I rifiuti pericolosi sono indicati con apposito asterisco nel Catalogo Europeo dei Rifiuti. Sulla classificazione dei rifiuti, P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Cedam, 2016, 82 ss. L'art. 3 della dir. quadro sui rifiuti, come modificata alla luce del Piano di azione dell'Ue sull'economia circolare, prevede, tra le definizioni, – al punto 2 bis – quella di rifiuto non pericoloso, inteso come quello non ricompreso nel punto 2, ovvero che presenta una o più caratteristiche pericolose indicate nell'All. III della direttiva. La nuova direttiva quadro sui rifiuti ha inoltre escluso che tra i rifiuti urbani rientrino "i rifiuti degli impianti di trattamento delle acque reflue, ivi compresi i fanghi di depurazione" (art. 3, punto 2-ter, dir. 2008/98/CE, come modificato dalla dir. UE 2018/851, del 30 maggio 2018).

<sup>16</sup> In senso contrario, posto che la definizione di servizio idrico integrato contenuta nel d.lgs. n. 152/2006 non contempla fra le attività di pubblico servizio lo smaltimento dei fanghi provenienti dagli impianti di trattamento delle acque, Cons. St., sez. V, 1° aprile 2011, n. 2012.

<sup>17</sup> La distinzione tra l'ambito di applicazione della l. n. 319/1976, sulla disciplina degli scarichi, e del DPR n. 915/1982 sullo smaltimento dei rifiuti, preso atto della parziale coincidenza tra acque di scarico e rifiuti liquidi, è stata per anni al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinario. Tale dibattito è stato in gran parte sopito dalle pronunce della Cass. SS.UU., 13 dicembre 1995, n. 12310 e della Corte Cost., 8-20 maggio 1998, n. 173, grazie alle quali veniva distinta la fase dello scarico delle acque (immissione diretta nel corpo ricettore, soggetta alla legge Merli) da quelle attinenti allo smaltimento (comprensiva del conferimento, della raccolta, dello stoccaggio, del trasporto, disciplinati dal DPR n. 915/1982). Con riferimento ai fanghi di depurazione, la Cass. sez. III pen., 5 ottobre 2011, n. 36096, ha osservato che: "L'articolo 127 del d.lgs. n. 152/06, nell'attuale stesura, ha fornito una ulteriore indicazione per meglio stabilire il momento in cui la disciplina dei rifiuti deve applicarsi ai fanghi; tale momento viene individuato nella fine del complessivo trattamento, effettuato pressol' impianto e finalizzato a predisporre i fanghi medesimi per la destinazione finale – smaltimento o riutilizzo – in condizioni di sicurezza per l'ambiente, mediante stabilizzazione, riduzione dei volumi ed altri processi. Tale precisazione determina, come ulteriore conseguenza, l'applicabilità della disciplina sui rifiuti in tutti i casi in cui il trattamento non venga effettuato o venga effettuato in luogo diverso dall'impianto di depurazione o in modo incompleto, inappropriato o fittizio". In dottrina ha sottolineato l'autonomia tra la disciplina sull'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura e le discipline in materia di tutela delle acque e quella sui rifiuti, P. GIAMPIETRO, *Spandimento dei fanghi in agricoltura e decreto Ronchi*, in *Giur. merito*, 3/1998, 589 ss.

Testo Unico Ambientale-TUA)<sup>18</sup>, speciali ma non pericolosi (art. 184, c. 3, lett. g, TUA)<sup>19</sup>; in quanto tali, la loro gestione si pone a carico dei produttori<sup>20</sup>, ossia di coloro la cui attività ha prodotto rifiuti, e dei detentori dei rifiuti stessi (art. 188 TUA), e sono sottoposti alla disciplina, anche di carattere regionale, in materia di rifiuti, ivi comprese tutte le connesse attività di deposito, trattamento e trasporto<sup>21</sup>.

Anzitutto, posto che i fanghi sono prodotti del processo di depurazione dei reflui, occorre segnalare le criticità del nostro sistema di tutela delle acque<sup>22</sup>, dato che la mancanza di una rete di depuratori efficienti capace di garantire il trattamento delle acque reflue ci è costata diverse condanne – e relative sanzioni – da parte della Corte di Giustizia Ue<sup>23</sup> e riguarda oggi più di settanta agglomerati urbani. Considerato poi che circa il 25% della popolazione non è ancora coperto da impianti di depurazione, e anche ove previsti non mancano i problemi<sup>24</sup>, è lecito dubitare fin d'ora della presenza – *a monte* – di un sistema efficiente per generare fanghi idonei all'utilizzo in agricoltura e dei presupposti per definire un efficace modello di economia circolare.

Inoltre, la necessità di dare progressiva attuazione della dir. 91/271/CEE, concernente il trattamento delle acque reflue urbane, recepita dal d.lgs. n. 152/1999 e poi dal TUA, ha portato ad un incremento degli impianti di depurazione negli agglomerati urbani e al conseguenziale aumento dei quantitativi di fanghi prodot-

<sup>18</sup> La disposizione prevede che: “Ferma restando la disciplina di cui al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 99, i fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue sono sottoposti alla disciplina dei rifiuti, ove applicabile e alla fine del complessivo processo di trattamento effettuato nell'impianto di depurazione. I fanghi devono essere riutilizzati ogni qualvolta il loro reimpiego risulti appropriato”.

<sup>19</sup> La disposizione riconosce quali “rifiuti speciali: (...) i rifiuti derivanti dalla attività di recupero e smaltimento di rifiuti, i fanghi prodotti dalla potabilizzazione e da altri trattamenti delle acque e dalla depurazione delle acque reflue e da abbattimento di fumi”.

<sup>20</sup> A differenza dei rifiuti urbani che invece sono gestiti dall'amministrazione comunale (art. 198 TUA). Sul punto, B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 216 ss.

<sup>21</sup> Sul tema si veda, G. CERRINA FERONI (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra diritto, tecnologia, politica*, Giappichelli, 2014.

<sup>22</sup> Lo segnalava, ricordando, da un lato, i pregi della l. 10 maggio 1976, n. 319 – abrogata e sostituita integralmente dal d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, per l'attuazione della direttiva 91/271/CE sulle acque reflue urbane e quella sui nitrati – e, dall'altro, i limiti di efficienza e capacità gestionale dell'apparato pubblico, G. AMENDOLA, *Le nuove disposizioni contro l'inquinamento idrico*, Quaderni della Rivista Giuridica dell'Ambiente, Giuffrè, 2001, 5.

<sup>23</sup> Partendo dalla più recente, devono essere ricordate le sentenze della CGUE, sez. I, 31 maggio 2018, in C-251/17, pronunciata a seguito alla mancata esecuzione della sentenza 19 luglio 2012, in C-565/10 per mancato trattamento delle acque reflue in violazione della dir. 91/271/CEE, e la sentenza 10 aprile 2014, in C-85/13. In precedenza l'Italia era già stata condannata per mancata realizzazione di un impianto per il trattamento dei reflui della provincia di Varese e per contaminazione del fiume Olona. Cfr., CGUE, sentenza 30 novembre 2006, in C-293/05.

<sup>24</sup> Cfr., ISPRA, *Annuario dei dati ambientali*, 2016. Il rapporto ha riferito che in 39 su 200 depuratori controllati sono state riscontrate varie irregolarità.

ti<sup>25</sup>. Se uniamo a una tale tendenza la contestuale previsione di norme più restrittive applicabili allo smaltimento in discarica dei rifiuti organici recuperabili (d.lgs. n. 36/2003, attuativo della dir. 1999/31/CE)<sup>26</sup>, si può ben comprendere la necessità di prestare attenzione al quadro giuridico che regola il riutilizzo dei fanghi.

Per i quantitativi prodotti, il fenomeno dell'utilizzo in agricoltura dei fanghi di depurazione rileva a livello europeo, nazionale e regionale, e si pone al crocevia tra i vari settori oggetto della disciplina ambientale, tra scarichi idrici<sup>27</sup>, gestione di rifiuti speciali<sup>28</sup> e bonifica dei siti inquinati<sup>29</sup> – normative, queste, contenute nel TUA -. Inoltre, il fenomeno è oggetto di una disciplina speciale (non ricompresa nel TUA)<sup>30</sup> su cui interferiscono normative regionali di dettaglio (tanto in materia di gestione dei rifiuti, quanto in materia di utilizzazione dei fanghi in agricoltura,

---

<sup>25</sup> Già l'art. 12 della dir. 91/271/CEE sollecitava gli Stati membri a prevedere il riuso dei fanghi di depurazione ogni qual volta fosse apparso appropriato, ricordando che "i percorsi dello smaltimento devono ridurre al minimo gli effetti avversi per l'ambiente". La progressiva implementazione della dir. 91/271/CEE sul trattamento delle acque reflue ha portato al riscontro di un passaggio dal quantitativo annuale di fanghi prodotti pari a 5, 5, milioni di tonnellate del 1992 a 9 milioni di tonnellate nel 2005. Cfr., <http://ec.europa.eu/environment/waste/sludge/index.htm>.

<sup>26</sup> Il d.lgs. n. 36/2003 ha posto precisi limiti riguardo all'ammissibilità in discarica dei rifiuti non pericolosi, in particolare per i rifiuti con un elevato contenuto di sostanza organica, di cui i fanghi costituiscono una frazione importante, specie quelli civili o prodotti da industrie agroalimentari. La normativa ha imposto l'obbligo di trattamento dei rifiuti prima del loro conferimento in discarica, al fine di evitare o ridurre il più possibile le ripercussioni negative sull'ambiente, nonché i rischi per la salute umana. L'entrata in vigore di tale normativa ha quindi imposto la necessità di individuare soluzioni alternative alla discarica per la gestione dei fanghi di depurazione. I criteri di ammissibilità dei rifiuti in discarica sono stati stabiliti con DM 3 agosto 2005. Sul tema, L. BUTTI, A. MERLIN, R. STEVANONI (a cura di), *Le novità legislative in materia di discariche*, Il Sole 24 Ore, 2003. Il recente pacchetto normativo europeo sui rifiuti, adottato nell'ambito del Piano di azione dell'Ue per l'economia circolare del 2 dicembre 2015, ha previsto di limitare fino a un massimo del 10% la quota di rifiuti urbani da smaltire in discarica entro il 2035. Cfr., Dir. (UE) 2018/850 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti.

<sup>27</sup> Artt. 99 e 127 TUA. L'art. 99, contenente norme sul riutilizzo dell'acqua, al c. 2, specifica che "le Regioni (...) adottano norme e misure volte a favorire il riciclo dell'acqua e il riutilizzo delle acque reflue depurate".

<sup>28</sup> Pur non essendo contemplato tra le disposizioni speciali riferite a particolari categorie di rifiuti, elencate nell'art. 227, che restano applicabili in seguito all'entrata in vigore del TUA, il d.lgs. n. 99/1992, è fatto salvo dal medesimo decreto in quanto norma speciale che, conformemente ai principi dettati dall'art. 177, c. 3, contiene "disposizioni specifiche, particolari o complementari, conformi ai principi di cui alla Parte quarta del presente decreto adottate in attuazione di direttive comunitarie che disciplinano la gestione di determinate categorie di rifiuti". Inoltre, ex art. 237-ter, c. 1, lett. r del TUA, i fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue, e non riutilizzati, sono considerati "residuo" e, come detto, possono essere sottoposti a incenerimento. L'incenerimento e il coincenerimento di rifiuti sono disciplinati dal d.lgs. 11 maggio 2005, n. 133.

<sup>29</sup> Con riferimento alla contaminazione del suolo e ai valori indicati nella Tabella 1, colonna A dell'allegato 5, al titolo V, parte quarta, TUA.

<sup>30</sup> Il riferimento è al d.lgs. n. 99/1992.

ad esempio). Un tale intreccio di ambiti materiali, oggetto di discipline non sempre raccordate, mette in luce l'annosa questione dei labili confini della materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", in relazione alla quale emerge un forte contenzioso tra i vari centri di imputazione di interessi (Stato, Regioni ed enti locali) che richiameremo più avanti.

Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. a del d.lgs. n. 99/1992, si intendono fanghi: "i residui derivanti dai processi di depurazione: 1) delle acque reflue provenienti esclusivamente da insediamenti civili (...); 2) delle acque reflue provenienti da insediamenti civili e produttivi (...); 3) delle acque reflue provenienti esclusivamente da insediamenti produttivi". Invece, ai sensi della lett. b della medesima disposizione, si definiscono "fanghi trattati", quelli "sottoposti a trattamento biologico, chimico o termico, a deposito a lungo termine ovvero ad altro opportuno procedimento, in modo da ridurre in maniera rilevante il loro potere fermentiscibile e gli inconvenienti sanitari della loro utilizzazione". Tali fanghi, sottoposti a trattamento e procedure di analisi, potranno essere utilizzati tramite spandimento sul suolo.

Gli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 99/1992 prevedono le condizioni e i limiti all'utilizzo dei fanghi. Tra le condizioni figurano: la sottoposizione a trattamento biologico, chimico o termico, a deposito a lungo termine, ovvero ad altro opportuno procedimento; l'idoneità a produrre un effetto concimante e/o ammendante e correttivo del terreno; l'assenza di sostanze tossiche e nocive e/o persistenti, e/o biodegradabili in concentrazioni dannose per il terreno, per le colture, per gli animali, per l'uomo e per l'ambiente in generale; la necessità che "la concentrazione di uno o più metalli pesanti nel suolo non superi i valori limite fissati nell'All. I A; (...) al momento del loro impiego in agricoltura, non superino i valori limite per le concentrazioni di metalli pesanti e di altri parametri stabiliti nell'All. I B" del d.lgs. n. 99/1992. Il decreto, in particolare, fissa i valori limite di concentrazione per alcuni metalli pesanti che devono essere rispettati nei suoli e nei fanghi<sup>31</sup>, le caratteristiche agronomiche e microbiologiche dei fanghi<sup>32</sup>, nonché le quantità massime dei fanghi che possono essere applicati sui terreni<sup>33</sup>.

Invece, l'art. 4 prevede alcuni divieti riguardanti: l'utilizzazione dei fanghi tossici e nocivi anche se miscelati e diluiti con fanghi "regolari", nonché l'applicazione a terreni allagati, soggetti ad esondazione e/o inondazioni naturali, acquitrinosi o con falda acquifera affiorante, o con frane in atto; l'utilizzazione con determinate

<sup>31</sup> Gli Allegati al d.lgs. n. 99/1992 stabiliscono i valori limite di concentrazione di metalli pesanti nei suoli agricoli destinati all'utilizzazione dei fanghi di depurazione (All. I A), e nei fanghi stessi (All. I B), relativamente a cadmio, mercurio, nichel, piombo, rame e zinco.

<sup>32</sup> I limiti inferiori di concentrazione di carbonio organico, fosforo e azoto totale, e i valori massimi di salmonella (All. I B). Le analisi dei fanghi riguardano i seguenti parametri: presenza di sostanza secca, carbonio organico, grado di umidificazione, potassio totale, azoto totale, cadmio, cromo, mercurio, nichel, piombo, rame, zinco, salmonelle (All. II B).

<sup>33</sup> I fanghi possono essere applicati su e/o nei terreni in dosi non superiori a 15 t/ha di sostanza secca nel triennio, purché, i suoli presentino le caratteristiche indicate all'art. 3, c. 4, d.lgs. n. 99/1992.

caratteristiche chimiche; l'utilizzo su terreni destinati a pascolo, a prato-pascolo, a foraggiere, anche in consociazione con altre colture, nelle cinque settimane che precedono il pascolo o la raccolta di foraggio; l'utilizzazione su terreni destinati all'orticoltura e alla frutticoltura i cui prodotti sono normalmente a contatto diretto con il terreno e sono di norma consumati crudi, nei dieci mesi precedenti il raccolto e durante il raccolto stesso; l'utilizzazione di fanghi quando è in atto una coltura, ad eccezione delle colture arboree o quando sia stata comunque accertata l'esistenza di un pericolo per la salute degli uomini e/o degli animali e/o per la salvaguardia dell'ambiente. Viene inoltre vietata l'applicazione di fanghi liquidi con la tecnica dell'irrigazione a pioggia.

Dunque, il d.lgs. n. 99/1992 ci offre una certezza: non tutti i fanghi possono essere utilizzati in agricoltura, ma possono esserlo soltanto quelli che rispettano determinate condizioni (artt. 3 e 4); pertanto, non è possibile confondere l'utilizzazione agronomica dei fanghi con illecite forme di smaltimento di rifiuti<sup>34</sup>.

Eppure bisognerebbe fare di più e meglio, posto che l'utilizzo dei fanghi di depurazione quali fertilizzanti in alternativa alla concimazione chimica – benché sia considerato dall'Ue l'impiego più coerente con obiettivi di tutela ambientale per questo tipo di rifiuto, in virtù del loro contenuto di sostanze organiche e di minerali, indispensabili per la fertilità vegetale – presenta alcune criticità, riconducibili alla possibile presenza in essi di composti organici nocivi, metalli pesanti, idrocarburi e microrganismi patogeni, in relazione alle quali l'impianto normativo mostra evidenti limiti.

### *2.1. La non autosufficienza della normativa in materia di utilizzo dei fanghi e il difficile raccordo con le discipline limitrofe: gli ostacoli all'effettività della tutela del suolo*

Più recentemente, sono emerse nuove problematiche legate al mutato contesto nel quale i fanghi vengono prodotti: l'aumento degli insediamenti produttivi, unita al sempre più diffuso uso di prodotti di sintesi nelle abitazioni, muta la composizione delle acque reflue convogliate ai depuratori<sup>35</sup>. Inoltre, posto che il suolo è una risorsa non rinnovabile, il rischio che lo spandimento di fanghi nei terreni possa generare contaminazione e degradazione nei terreni per accumulo di inquinanti (es. metalli pesanti, nitrati, idrocarburi – questi ultimi non compresi negli elenchi

---

<sup>34</sup> L. RAMACCI, *Ambiente, agricoltura e illecito penale*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 6/2006, 1580.

<sup>35</sup> Va ricordato, in senso positivo, il riferimento ai microinquinanti emergenti (PFOS, PFOA, tra gli altri) introdotto, con riferimento alle acque superficiali e sotterranee, dal d.lgs. 13 ottobre 2015, n. 172, adottato in attuazione della dir. 2013/39/UE che modifica le direttive 2000/60/CE, per quanto riguarda le sostanze prioritarie nel settore della politica delle acque, e dal DM 16 luglio 2016. La normativa richiede l'adozione di nuovi standard ambientali (SQA) ricorrenti a metodologie e strumentazioni altamente specializzate, con obbligo di monitoraggio a partire da dicembre 2018.

allegati al d.lgs. n. 99/1992) richiama alla necessità di potenziare i controlli (c'è di mezzo il ciclo alimentare!) sulle attività di trattamento delle acque reflue e di utilizzo dei fanghi in agricoltura, compreso il controllo sui quantitativi sparsi<sup>36</sup>.

E così ci si chiede se gli elenchi contenuti nelle tabelle allegata al d.lgs. n. 99/1992, relativi alle sostanze da indagare nei fanghi e nei terreni in quanto impattanti sulla matrice suolo, possano ritenersi esaustivi, posto che non comprendono svariati inquinanti – che pure risultano potenzialmente presenti nei fanghi per effetto del processo di depurazione dei reflui – inclusi, invece, nell'elenco di cui alla tabella 1, colonna A, dell'All. 5 alla parte quarta, in materia di bonifica, del TUA. La domanda appare lecita in considerazione del divieto (previsto alla lett. c dell'art. 3 del d.lgs. n. 99/1992), basato sul principio di precauzione, di utilizzare fanghi contenenti “sostanze tossiche e nocive e/o persistenti e/o bioaccumulabili in concentrazioni dannose per il terreno, per le colture, per gli animali, per l'uomo e per l'ambiente in generale”.

Come noto, infatti, il principio di precauzione impone che la valutazione della possibilità che si verifichi un evento dannoso per l'ambiente o la salute, così come la scelta della misura più idonea a fronteggiarlo, siano condizionate dallo stato delle conoscenze scientifiche<sup>37</sup>.

Ne deriva la centralità della questione relativa alla possibilità d'integrare la disciplina prevista nel d.lgs. n. 99/1992 con le norme in materia di rifiuti e di bonifica dei suoli contaminati contenute nel TUA. Una questione non affatto peregrina, posto che non sono mancati interventi giurisprudenziali che hanno ritenuto applicabile la disciplina in materia di bonifica<sup>38</sup>, e che da tale orientamento sono

---

<sup>36</sup> Altri Paesi hanno ritenuto opportuno vietare l'utilizzo dei fanghi in agricoltura (la Svizzera, ad esempio, dal 2008) in applicazione dell'accezione massimalista del principio di precauzione. In questi casi la soluzione prescelta per gestire gli enormi quantitativi di fanghi prodotti dagli impianti di depurazione delle acque reflue è data dal cd. “monoincenerimento” (incenerimento di soli fanghi) con successivo smaltimento in discarica. In proposito, R. CANZIANI, *I fanghi, inevitabili prodotti della depurazione delle acque di rifiuto*, in *Ingegneria dell'Ambiente*, n. 3/2016, 177-178.

<sup>37</sup> In questi termini, G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2017, 172 ss.

<sup>38</sup> Cass. sez. II pen., 6 giugno 2017, n. 27958. Tale pronuncia ha confermato l'applicazione delle misure cautelari nell'ambito delle indagini penali condotte in Toscana relativamente ad una ipotesi di illecita utilizzazione di fanghi. Nell'occasione, i giudici, in mancanza di valori-limite per tali sostanze nella normativa nazionale e in quella regionale toscana, hanno fatto ricorso alla normativa in materia di bonifica (Tabella 1, colonna A, All. 5 al titolo V, parte quarta del TUA) che stabilisce a 50 mg/kg di sostanza secca gli idrocarburi pesanti massimi presenti in un terreno bonificato. La Corte si è espressa nei seguenti termini: “l'uso agronomico presuppone infatti che il fango sia ricondotto al rispetto dei limiti previsti per le matrici ambientali a cui dovrà essere assimilato (e quindi anche quelli previsti dalla Tab. 1, colonna A dell'allegato 5, al titolo V, parte quarta, d.lgs. n. 152 del 2006), salvo siano espressamente previsti, esclusivamente in forza di legge dello Stato, parametri diversi siano essi più o meno rigorosi, nelle tabelle allegata alla normativa di dettaglio (decreto n. 99 del 1992) relativa allo spandimento dei fanghi o in provvedimenti successivamente emanati”. Pertanto,



derivate iniziative di portata regionale volte a modificare, sulla base del principio di precauzione, la regolamentazione in materia di utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura<sup>39</sup>, destabilizzando un comparto economico particolarmente rilevante ai fini dell'economia circolare.

In proposito, il giudice amministrativo ha avuto cura di precisare che il d.lgs. n. 99/1992 “legittima/impone il riutilizzo dei fanghi in agricoltura ricorrendo ad un concetto, di natura sostanziale, compendiato nella valutazione di «appropriattezza» dell'impiego dei medesimi”<sup>40</sup>. Ma come dovrebbe essere svolta la suddetta valutazione, posti i limiti della normativa speciale?

La tesi della non autosufficienza del d.lgs. n. 99/1992 e della necessaria integrazione di tale testo legislativo con la disciplina in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati (parte quarta del TUA), va detto, trova diverse conferme, sia nell'ambito del TUA, sia all'interno dello stesso d.lgs. n. 99/1992.

Infatti, da una parte, come ricordato, l'art. 127 TUA prevede la sottoposizio-

---

i limiti di concentrazione di metalli pesanti, utili per stabilire l'idoneità dei fanghi allo smaltimento in agricoltura, sono ascrivibili a quelli previsti in materia di bonifica (ovvero le Concentrazioni Soglia di Contaminazione-CSC). Si ipotizza che le conclusioni a cui è pervenuta la Corte siano legate a quanto espresso precedentemente dall'ISPRA in occasione del rilascio di un parere alla Regione Veneto: ciò non quanto agli esiti, bensì con riferimento ad altra parte in cui sottolineava che: “l'utilizzo in agricoltura di un fango, nel rispetto delle condizioni e dei requisiti fissati dal d.lgs. n. 99/92, porterebbe ad un possibile inquinamento dei suoli. Infatti, i valori per le concentrazioni di metalli pesanti nei fanghi destinati all'utilizzo in agricoltura risultano essere ben più elevate rispetto ai corrispondenti valori fissati dalla tabella 1 colonna A allegato 5 alla parte IV del TUA”. Nella stessa direzione, Cass., sentenza 11 febbraio 2010, n. 255; Cass. sez. III pen., 6 dicembre 2006, n. 163. Sulle interferenze con la normativa in materia di bonifica, si veda, M. BENOZZO, *La bonifica dei siti inquinati nella determinazione delle soglie di contaminazione tra uso effettivo e destinazione urbanistica delle aree: il caso dei terreni agricoli*, in *Riv. giur. ambiente*, 6/2014, 643 ss.

<sup>39</sup>Ad esempio, la Regione Lombardia ha provveduto ad attenuare i limiti previsti dalla previgente regolamentazione regionale di dettaglio, contenuta nella DGR Lombardia 1° luglio 2014, n. X/2031, in forza della potestà regionale di prevedere ulteriori limiti e condizioni specifiche all'utilizzo dei fanghi, attraverso l'adozione della più recente disciplina, contenuta nella DGR Lombardia dell'11 settembre 2017, n. X/7076 che, avendo stabilito il limite di 10.000 mg/kg di sostanza secca per gli idrocarburi pesanti, ha ridotto fortemente i valori limite di sostanza inquinante rispetto a quelli previsti dalla disciplina in materia di bonifica di siti inquinati (50 mg/Kg, All. 5 alla parte quarta del TUA). Così, in seguito al ricorso proposto da alcuni Comuni del pavese e del lodigiano, il giudice amministrativo ha annullato la DGR del 2017 nella parte in cui ha modificato e integrato la DGR del 2014 stabilendo limiti inferiori di tutela. Cfr., TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1782. La Regione Toscana ha presentato, nel 2017, un disegno di legge regionale volto ad introdurre tra le sostanze oggetto di analisi dei terreni e dei fanghi gli idrocarburi e ad assumere l'integrazione dei valori tabellari allegati alla parte quarta del TUA in sede di valutazione ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica ambientale che oggi assorbe l'autorizzazione all'utilizzazione dei fanghi in agricoltura prevista dall'art. 9 del d.lgs. n. 99/1992. La Regione Toscana ha inoltre sospeso, in seguito alle indagini della magistratura sul sospetto illecito smaltimento di rifiuti nei fanghi, sulla base del principio di precauzione, il rilascio di autorizzazioni all'utilizzo dei fanghi in agricoltura.

<sup>40</sup> Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2017, n. 2722.

ne dei fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue alla disciplina dei rifiuti; dall'altra, è lo stesso d.lgs. n. 99/1992 (art. 4, c. 2) a stabilire che "È vietata l'utilizzazione dei fanghi tossici e nocivi in riferimento alle sostanze elencate nell'allegato al decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915, con le concentrazioni limite stabilite nella delibera del 27 luglio 1984, anche se miscelati e diluiti con fanghi rientranti nelle presenti disposizioni", operando così un rinvio formale alla disciplina oggi contenuta nel TUA.

In tema, tra le norme contenute nel TUA, deve poi essere ricordato l'art. 184-ter, che stabilisce i parametri per la cessazione della qualifica di rifiuto (e quindi i limiti all'applicabilità della disciplina in materia di rifiuti), ovvero la sottoposizione a un'operazione di recupero e il soddisfacimento di criteri specifici<sup>41</sup> che, nelle more dell'adozione di uno o più decreti attuativi, faranno riferimento a quanto previsto, tra gli altri, al DM 5 febbraio 1998, rubricato "Individuazione dei rifiuti non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero ai sensi degli articoli 31 e 33 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22". Dunque, il riferimento all'applicabilità della Tabella 1, colonna A, Allegato 5, alla parte quarta del TUA ai fanghi da depurazione utilizzabili in agricoltura, non è contenuto esplicitamente dalla normativa, ma ben potrebbe essere rintracciato in via interpretativa.

Senonchè, il DM del 1998 si applica "esclusivamente alle operazioni di recupero specificate ed ai rifiuti individuati dai rispettivi codici e descritti negli allegati" (art. 1, c. 4) e dalla lettura di tali allegati al decreto si evince il riferimento a fanghi provenienti da attività industriali e non anche a fanghi derivati dai processi di depurazione di scarichi da insediamenti civili o ad esse assimilabili (come previsto, invece, all'art. 2 del d.lgs. n. 99/1992). Inoltre, lo stesso DM 5 febbraio 1998 prevede (art. 5) che: "1. Le attività di recupero ambientale individuate nell'allegato 1 consistono nella restituzione di aree degradate ad usi produttivi o sociali attraverso rimodellamenti morfologici. 2. L'utilizzo dei rifiuti nelle attività di recupero di cui al comma 1 è sottoposto alle procedure semplificate previste dall'art. 33, del

<sup>41</sup> Criteri da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto è comunemente utilizzato per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana (art. 184-ter, c. 1, TUA). L'operazione di recupero può consistere semplicemente nel controllare i rifiuti per verificare se soddisfano i criteri elaborati conformemente alle predette condizioni (art. 184-ter, c. 2, TUA). La questione della cessazione della qualifica di rifiuto è cruciale per la circolarità dell'economia, in quanto leva per massimizzare la transizione nella gestione dei materiali dal modello "dalla culla alla tomba" a quello "dalla culla alla culla". *L'End of Waste*, o materia prima secondaria, riguarda rifiuti sottoposti ad operazione di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo e si distingue dal sottoprodotto in quanto quest'ultimo non è mai diventato un rifiuto e può essere riutilizzato anche senza necessità di trattamento. Le due suddette nozioni sono cruciali per stabilire i confini dell'applicabilità della disciplina in materia di rifiuti. Sul punto si veda A. FARÌ, *Nozione di rifiuto e di sottoprodotto*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, IPSOA, 2011, 31 ss.

decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, a condizione che: a) i rifiuti non siano pericolosi; b) sia previsto e disciplinato da apposito progetto approvato dall'autorità competente; c) sia effettuato nel rispetto delle norme tecniche e delle condizioni specifiche previste dal presente decreto per la singola tipologia di rifiuto impiegato, nonché nel rispetto del progetto di cui alla lettera b); d) sia compatibile con le caratteristiche chimico-fisiche, idrogeologiche e geomorfologiche dell'area da recuperare; d-bis) in ogni caso, il contenuto dei contaminanti sia conforme a quanto previsto dalla legislazione vigente in materia di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati, in funzione della specifica destinazione d'uso del sito”.

E sarebbe proprio quest'ultima prescrizione ad ipotizzare il raccordo tra la disciplina sull'utilizzo dei fanghi in agricoltura e quella sulla bonifica dei suoli inquinati.

Tuttavia, l'applicazione del DM in esame all'impiego dei fanghi in agricoltura continua ad apparire forzata a causa dei limiti di applicabilità previsti dalla stessa normativa con riferimento agli allegati e alla sola modalità di recupero dei rifiuti consistente “nella restituzione di aree degradate ad usi produttivi o sociali attraverso rimodellamenti morfologici”. Infatti, l'utilizzo dei fanghi in agricoltura non sarebbe assimilabile alle operazioni di “rimodellamento morfologico”, dove le quantità di rifiuti da utilizzare sono estremamente consistenti e, per definizione, si aggiungono e non si “incorporano” con il terreno<sup>42</sup>, in quanto, come richiamato dall'art. 12 del d.lgs. n. 99/1992, esso consiste nell'“interramento mediante opportuna lavorazione del terreno”, dando origine ad una miscela tra fanghi e terreno, ma non per questo immune dall'essere potenziale fonte di contaminazione del suolo<sup>43</sup>.

In effetti, l'applicabilità della parte quarta, nella parte relativa alla bonifica, del TUA dedicata alle bonifiche era stata scongiurata anche dal MATTM che, nella nota del 5 gennaio 2017<sup>44</sup> – espressa in risposta alla richiesta della Regione Toscana -, citando un parere dell'ISPRA, ha affermato laconicamente l'incompatibilità tra la normativa in materia di bonifica e quella sull'utilizzo dei fanghi in agricoltura, sulla base del fatto che “i valori indicati nella normativa relativa alle bonifiche si riferiscono esclusivamente ai suoli e non ai rifiuti, quali sono i fanghi”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Così, TAR Toscana, sez. II, 19 giugno 2018, n. 884. Nella stessa direzione, TAR Toscana, sez. II, 19 giugno 2018, n. 885 e n. 887.

<sup>43</sup> In questa direzione anche TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1782.

<sup>44</sup> Prot. 0000173/RIN.

<sup>45</sup> La nota ministeriale ricorda che “la problematica dell'applicabilità della disciplina delle bonifiche, tab.1, colonna A, allegato 5, alla parte IV del d.lgs. n. 152/2006, con riferimento alla valutazione della conformità dei fanghi e del compost da utilizzare in agricoltura, era già stata posta all'attenzione della scrivente Direzione dalla Regione Veneto, nell'ambito di analoghe richieste di chiarimenti. In tale occasione la scrivente Direzione aveva chiesto un parere all'Istituto tecnico di riferimento (ISPRA), che si allega alla presente. In tale parere anche l'ISPRA metteva in evidenza l'incompatibilità delle due normative per quanto riguarda i valori limite per i metalli pesanti, sottolineando che tale incompatibilità è dovuta al fatto che i valori indicati nella normativa relativa alle bonifiche si riferiscono esclusivamente ai suoli e non ai rifiuti, quali i fanghi o a materiali

Resta aperta, infatti, in attesa di un aggiornamento della normativa statale, la necessità di colmare in via interpretativa le lacune del d.lgs. n. 99/1992, e ciò al fine di assicurare che l'attività di trattamento dei fanghi si svolga senza pericolo per la salute dell'uomo e dell'ambiente<sup>46</sup>.

Ovviamente i fanghi (proprio perché sono rifiuti provenienti da procedimenti di depurazione delle acque reflue) presentano concentrazioni medie delle sostanze indicate nella tabella allegata al TUA superiori a quelle del suolo. Difatti, i valori indicati nella tabella relativa ai fanghi (allegato I B) sono decisamente più elevati, non soltanto dei valori che la stessa normativa fissa per i terreni nell'allegato I A, ma anche, e soprattutto, di quelli contenuti nella tabella relativa alle Concentrazione Soglia di Contaminazione (d'ora in poi, CSC) allegata al TUA<sup>47</sup>.

Ciononostante, lo spandimento di un fango che rispetti i limiti tabellari del d.lgs. n. 99/1992 non sarebbe ritenuto pregiudizievole dalla disciplina, in quanto la miscelazione tra un fango e il terreno che lo accoglie determina la diluizione delle sostanze presenti nel fango.

Se è così, allora non sorprende che, proprio sulla base del principio di precauzione, il giudice amministrativo abbia ritenuto misura sproporzionata rispetto al fine da conseguire l'applicazione pura e semplice ai fanghi delle CSC stabilite per il suolo; ciò in quanto i fanghi, presentando normalmente concentrazioni medie di sostanze superiori rispetto al suolo, ove fossero valutati sulla base dei parametri previsti per il suolo, non potrebbero mai essere utilizzati in agricoltura<sup>48</sup>.

Come noto, infatti, il corretto esercizio del potere precauzionale richiede un test di proporzionalità<sup>49</sup>, in forza del quale la legittimità di un divieto all'attività economica è

---

quali il compost, i quali possono essere distribuiti sul suolo stesso nel rispetto della normativa di settore". Infatti, nel citato parere ISPRA del 25 maggio 2011 (prot. 17929) è riportato quanto segue: "la citata tabella 1, colonna A dell'allegato 5 al d.lgs. n. 152/2006 riporta le concentrazioni soglia di contaminazione nel suolo per la specifica destinazione d'uso dei siti. Tali concentrazioni rappresentano i livelli di contaminazione delle matrici ambientali al di sopra dei quali si rende necessaria la caratterizzazione del sito e l'analisi di rischio sito specifica per determinare lo stato o meno di contaminazione ai fini della bonifica del sito stesso. Risulta evidente che i valori limite di concentrazione per i diversi parametri elencati nella citata tabella 1 si riferiscono ai suoli e non ai rifiuti, quali i fanghi, o a materiali quali il compost che possono essere distribuiti sul suolo stesso nel rispetto della normativa di settore".

<sup>46</sup>S.C. SMITH, *The implications for human health and the environment of recycling biosolids on agricultural land*, Imperial College London Centre for Environmental Control and Waste Management, 2008, reperibile in: <http://www3.imperial.ac.uk/ewre>.

<sup>47</sup> Si veda, ad esempio, il valore massimo del mercurio nei fanghi, indicato nella tabella allegata al d.lgs. n. 99/1992, pari a 10 mg/kg, mentre il valore limite del mercurio nelle CSC stabilite per i suoli dalla tabella allegata al TUA è pari a 1 mg/kg; per il cadmio l'allegato al d.lgs. n. 99/1992 fissa un limite massimo nei fanghi pari a 20 mg/Kg, mentre la tabella allegata al TUA individua per il suolo una CSC di 2 mg/kg.

<sup>48</sup> TAR Toscana, sez. II, 19 giugno 2018, n. 884, n. 885 e n. 887.

<sup>49</sup> L'influenza del principio di proporzionalità è lampante nella giurisprudenza comunitaria

subordinata alla condizione che il provvedimento sia idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti, fermo restando che qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate si deve ricorrere alla meno restrittiva, e cioè a quella che impone il minimo sacrificio al privato e che genera inconvenienti non sproporzionati rispetto agli scopi.

Pertanto, al fine di controllare le sostanze potenzialmente inquinanti e/o contaminanti ad oggi non espressamente richiamate dal d.lgs. n. 99 del 1992, l'esercizio del potere precauzionale, resosi necessario dalle lacune della normativa in materia di spandimento dei fanghi di depurazione, può essere correttamente esercitato dalla pubblica amministrazione prendendo a riferimento, per le sostanze non considerate dalla normativa speciale, i valori indicati dalla tabella 1, colonna A dell'allegato 5, al titolo V, parte quarta del TUA, che dovranno però essere riparametrati in aumento, tenendo conto dell'ammissibilità di una maggiore concentrazione nei fanghi (rispetto al suolo) di sostanze inquinanti.

È evidente, alla luce di quanto detto, la necessità di aggiornare la normativa alle accresciute conoscenze tecnico-scientifiche, posto che la disciplina vigente risale al 1992 e si basa su un quadro di conoscenze tecniche risalente agli anni Ottanta del secolo scorso (la direttiva a cui il d.lgs. n. 99/1992 ha dato attuazione è del 1986!) e nel frattempo mutato, nonché di garantire in via uniforme sul territorio nazionale le modalità di controllo e di spandimento dei fanghi recuperati in agricoltura, specie in considerazione dei diversi approcci che si registrano a livello regionale<sup>50</sup>.

Si segnala che la Commissione europea ha avviato da quasi un ventennio un processo di rivalutazione della normativa della vigente direttiva (c.d. *Sewage Sludge Directive*), valutandone la possibile revisione alla luce di un mutato quadro scientifico di riferimento, come è emerso anche dai risultati di uno studio avviato a livello europeo<sup>51</sup>.

---

che, ricorrendo al modello dell'agire proporzionale, ha finito per estendere l'ambito di applicazione del principio di precauzione oltre il settore ambientale. Cfr. CGCE, sentenze 5 ottobre 1999, in C-179/95, sui limiti di pesca; 5 ottobre 1999, in C-175/98 e C-176/98, direttive sui prodotti cosmetici; 21 marzo 2000, in C-6/99, in tema di organismi geneticamente modificati; 15 giugno 2000, in C-418/97 e 419/97, sulla nozione di rifiuto; 22 giugno 2000, in C-318/98, sui rifiuti pericolosi; 5 dicembre 2000, in C-477/98, sull'encefalopatia spongiforme bovina; 20 settembre 2007, in C-287/05, libertà di circolazione delle merci. Con riferimento alla giurisprudenza amministrativa interna, si veda, tra le altre, TAR Toscana, sez. III, n. 6062/2004; TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 15 dicembre 2011, n. 560; TAR Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 25 marzo 2010, n. 93; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 1° marzo 2013, n. 207. Sul principio di precauzione, in dottrina si vedano F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, 2005; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2005, 531 ss.; M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, 61 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2017, 194 ss.

<sup>50</sup> Lo ha ricordato ISPRA, *Uso dei fanghi di depurazione in agricoltura: attività di controllo e vigilanza sul territorio*, Rapporto n. 228/2015.

<sup>51</sup> Le varie proposte di modifica della direttiva del 1986 non hanno ancora trovato compiutezza. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, DG AMBIENTE, *Working Document on Sludge*, 3<sup>rd</sup> Draft, 27 aprile 2000; COMMISSIONE EUROPEA, DG AMBIENTE, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on spreading of sludge on land*, 30 aprile 2003; COMMISSIONE EUROPEA, *Environmental, economic and*

La dir. 86/278/CEE regola, infatti, la sola applicazione dei fanghi di depurazione su terreni agricoli e non su altri tipi di suolo, sui quali potrebbe causare impatti ambientali a scapito della tutela della di specie protette e della biodiversità, non tiene conto degli effetti dell'accumulazione a lungo periodo degli inquinanti e non prevede il monitoraggio sulla presenza nei fanghi di idrocarburi ed altre sostanze nocive.

## 2.2. *Le problematiche relative al riparto di competenze tra i diversi livelli di governo*

Oltre al problema del superamento dal punto di vista tecnico-scientifico della normativa in materia di utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura, non mancano ulteriori complessità legate al coinvolgimento di vari livelli di governo.

Difatti, il giudice amministrativo in relazione alla previsione da parte dei Comuni di fasce di rispetto entro le quali applicare il divieto di spandimento dei fanghi (divieto basato sulla presunta competenza comunale in materia di pianificazione urbanistica), ha ritenuto la competenza estranea al Comune<sup>52</sup>, posto che già "l'art. 4 del d.lgs. 99/1992 stabilisce i casi in cui l'utilizzo agronomico dei fanghi di depurazione è vietato" e "l'art. 6 attribuisce alla Regioni la potestà di porre ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione, fra cui, quella di definire le fasce di rispetto per lo spandimento in relazione ai centri abitati"<sup>53</sup>. Ad avviso del giudice amministrativo, pertanto, "neppure in base alla normativa igienico-sanitaria si può ritenere esistente una potestà comunale in subjecta materia, posto che detta normativa non ricomprende la gestione dei rifiuti (nel cui novero rientrano i fanghi), se non per quanto riguarda la raccolta delle immondizie stradali e domestiche e il loro smaltimento ai sensi dell'art. 218 r.d. n. 1265/1934".

Resterebbe riservata ai Comuni la sola potestà sanzionatoria in caso di violazione delle disposizioni regolamentari preventivamente stabilite dalle Regioni, ove queste ultime si sostanzino in violazioni della normativa in materia di igiene<sup>54</sup>.

Eppure lo stesso giudice amministrativo, in altra occasione<sup>55</sup>, come del resto il Consiglio di Stato in sede di appello contro la pronuncia sopra citata del giudice delle prime cure<sup>56</sup>, ha ritenuto che il potere di disciplina attribuito al Comune in materia di pianificazione urbanistica non si limiterebbe al suolo, ma sarebbe esten-

---

*social impacts of the use of sewage sludge on land*, Final Report, 2010. Cfr., [http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/sludge\\_disposal.htm](http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/sludge_disposal.htm). Si veda anche il documento della COMMISSIONE EUROPEA, JOINT RESEARCH CENTER, INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND SUSTAINABILITY, SOIL AND WASTE UNIT, *Organic contaminants in sewage sludge for agricultural use*, 18 ottobre 2001 e lo studio finanziato dalla COMMISSIONE EUROPEA, DG AMBIENTE, *Study on the environmental, economic and social impacts of the use of sewage sludge on land*, 2008, reperibile in [http://ec.europa.eu/environment/archives/waste/sludge/pdf/part\\_i\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/environment/archives/waste/sludge/pdf/part_i_report.pdf).

<sup>52</sup> Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7528; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 4 aprile 2012, n. 1006.

<sup>53</sup> Nella stessa direzione, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 26 maggio 2009, n. 3848, confermata dal Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7528.

<sup>54</sup> Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7528; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 2433.

<sup>55</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11 maggio 2016, n. 929.

<sup>56</sup> Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2986.

dibile alla regolamentazione delle attività su di esso esercitabili, tenendo conto della loro sostenibilità anche sotto il profilo ambientale, paesaggistico ed ecologico, cosicché l'individuazione delle aree del territorio comunale nelle quali è consentita l'attività di spandimento dei fanghi di depurazione rientrerebbe nella più generale attività di zonizzazione del territorio comunale<sup>57</sup>.

Il contenzioso si è amplificato anche con riferimento al riparto delle competenze tra Stato e Regioni. Sul punto, in più occasioni il giudice amministrativo ha ricordato che la materia relativa alla gestione dei rifiuti – con riferimento ai fanghi – coinvolge altri interessi, alcuni tra i quali afferiscono a materie di competenza regionale esclusiva – è il caso della materia agricoltura –, ed altri a materie di competenza concorrente – è il caso della tutela della salute –. Di tal guisa, il giudice ha ricordato che “è certamente riservato allo Stato il compito di fissare livelli di tutela ambientale uniformi sull'intero territorio nazionale, ma le Regioni hanno la possibilità di stabilire livelli di tutela più elevati per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze”<sup>58</sup>. In questa direzione, i giudici di Palazzo Spada, confermando la pronuncia del giudice delle prime cure<sup>59</sup>, hanno ritenuto legittima una delibera regionale volta a stabilire valori limite per le concentrazioni di metalli pesanti nei fanghi più restrittivi di quelli previsti dal d.lgs. n. 99/1992<sup>60</sup> e, più in generale, uno standard di tutela<sup>61</sup> e di controllo più rigido<sup>62</sup>.

Sul crocevia tra materie e competenze affidate alla cura statale o regionale, infatti, la Corte Costituzionale ha già saldamente affermato che “la disciplina dei rifiuti si colloca, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, nell'ambito della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. s, Cost., con ciò intendendosi “riservato allo Stato il potere di fissare standard di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, restando ferma la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali”<sup>63</sup>. I giudici della Consulta hanno poi ribadito che “le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire per il raggiungimento di fini propri delle loro competenze (in materia di tutela della salute, di governo del territorio, di valorizzazione dei beni ambientali, ecc...) livelli di tutela più elevati”<sup>64</sup>. Con ciò certamente incidendo sul bene materiale ambiente, ma al fine non di tutelare l'ambiente, già salvaguardato dalla disciplina statale, bensì di disciplinare

<sup>57</sup> Nella stessa direzione, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 27 aprile 2016, n. 924.

<sup>58</sup> Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2017, n. 3146.

<sup>59</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 195.

<sup>60</sup> Si tratta della DGR Lombardia, 1° luglio 2014, n. X/2031, con riferimento all'introduzione di limiti anche per gli IPA-idrocarburi policiclici aromatici, PCB-policlorobifenili, diossine e furani.

<sup>61</sup> La delibera regionale ha introdotto, in attuazione dell'art. 6 del d.lgs. 99/1992, nell'ambito della categoria dei “fanghi idonei”, l'ulteriore tipologia dei “fanghi di alta qualità”.

<sup>62</sup> Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

<sup>63</sup> Corte Cost., 14 marzo 2008, n. 62; 24 luglio 2009, n. 249; 23 luglio 2015, n. 180.

<sup>64</sup> Nella stessa direzione, Corte Cost., 14 gennaio 2009, n. 12; 26 gennaio 2009, n. 30; 10 marzo 2008, n. 62; 14 aprile 2008, n. 104; 14 aprile 2008, n. 105.

adeguatamente gli oggetti delle loro competenze. Si tratta cioè di un potere insito nelle stesse competenze attribuite alle Regioni, al fine della loro esplicazione<sup>65</sup>, tanto più nel caso dell'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura, la cui normativa speciale (art. 6, c. 2, d.lgs. n. 99/1992) attribuisce alle stesse Regioni la potestà di imporre ulteriori limiti e condizioni specifiche al loro utilizzo<sup>66</sup>.

In effetti, bisogna dare atto che la regolamentazione sull'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura messa in atto da parte di alcune Regioni ha condotto ad un innalzamento dei livelli di tutela rispetto a quelli previsti dalla norma statale, talvolta attraverso l'obbligo di caratterizzazione preliminare all'autorizzazione dei fanghi e dei terreni destinati all'utilizzo in agricoltura<sup>67</sup>, ovvero rispetto alla frequenza dei controlli periodici e di determinati parametri oggetto di analisi<sup>68</sup>, o alla certificazione richiesta per ogni campagna di spandimento dei fanghi<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Corte Cost., 5 marzo 2009, n. 61.

<sup>66</sup> In senso conforme, Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2017, n. 3146; Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1782.

<sup>67</sup> Così la Regione Emilia-Romagna, che ha dato avvio alla regolamentazione dell'utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura con la DGR n. 736/1996, ha previsto con la DGR n. 2773/2004, nel rispetto dei principi di precauzione e dello sviluppo sostenibile, disposizioni in merito a: modalità del sistema autorizzativo, ricorrendo alla caratterizzazione preventiva dei terreni; condizioni di utilizzo dei diversi tipi di fanghi in relazione a composizione, modalità di trattamento, caratteristiche dei suoli e dosi applicabili; strumenti da adottare per garantire la loro corretta utilizzazione sulla base delle colture praticate e ulteriori limitazioni e divieti di utilizzo; inserimento di alcuni microinquinanti organici, non considerati dalla normativa statale, quali parametri per la caratterizzazione dei fanghi.

<sup>68</sup> Si deve ricordare la DGR Emilia-Romagna, n. 550/2007, che ha introdotto, sulla base del principio di precauzione, il Programma di approfondimento delle caratteristiche di qualità dei fanghi di depurazione utilizzati in agricoltura derivanti dagli impianti di trattamento delle acque reflue, quale atto di indirizzo rivolto alle autorità competenti (Province), agli organi di controllo (ArpaE) e ai soggetti utilizzatori. Attraverso tale Programma, si richiede "la minimizzazione del potenziale rischio legato alle operazioni di recupero in agricoltura dei fanghi, attraverso una preliminare valutazione scientifica della loro pericolosità". Inoltre, tale Programma ha introdotto una Soglia di Attenzione per l'Utilizzo del Fango (SAUF) con riferimento a toluene e idrocarburi pesanti, valutata sulla base del loro contenuto nei fanghi e dei quantitativi di fango applicato per ettaro di superficie del terreno, nonché delle concentrazioni soglia per il suolo e il sottosuolo previste dalle disposizioni sui siti contaminati (Tabella 1, colonna A, All. 5 alla parte quarta del TUA). La delibera n. 550/2007 prevede che qualora le SAUF siano superate, "ricorrono i presupposti per sospendere l'utilizzazione agronomica dei fanghi di depurazione". Successivamente la rigidità delle prescrizioni stabilite nel 2007 è stata in parte attenuata nel 2009 (DGR n. 297/2009). Relativamente ai fanghi prodotti con le acque reflue prodotte nel Veneto si è registrata la presenza di PFAS, sostanze perfluoro alcaliniche utilizzate a livello industriale, la cui diffusione ha spinto la Regione a intervenire disponendo lavaggi del sangue all'intera popolazione, posto che sono stati riscontrati valori nel sangue dei cittadini veneti superiori a 35-40 volte superiori rispetto ai valori tollerabili. Così, la Regione Veneto, che aveva regolamentato per la prima volta l'utilizzo dei fanghi in agricoltura con la DGR n. 3247/1995, successivamente modificata con DGR n. 2241/2005, è intervenuta con DGR n. 235/2009 prevedendo nuove concentrazioni limite per microinquinanti organici. In proposito si veda anche la DGR Lombardia (Regione che ha iniziato a regolamentare l'utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura con L.R. 94/80), n. X/2031/2014, in relazione all'inserimento di concentrazioni limite per gli idrocarburi.

<sup>69</sup> DGR Emilia-Romagna n. 550/2007; DGR Lombardia, n. X/2031/2014 e n. X/7076/2017.



### 3. ...e quelli del *command and control*

Gli operatori della filiera dei fanghi sono i gestori degli impianti di depurazione delle acque reflue urbane, delle installazioni industriali muniti di proprio impianto di depurazione delle acque reflue e degli impianti per il trattamento dei rifiuti speciali non pericolosi, tutti sottoposti a relativo regime autorizzatorio<sup>70</sup>. A questi si possono aggiungere, non soltanto le imprese agricole in qualità di utilizzatrici finali dei fanghi, ma anche quelle esercenti attività di raccolta, trasporto, stoccaggio e condizionamento dei fanghi, disciplinate e autorizzate ai sensi della normativa contenuta nel TUA in materia di gestione dei rifiuti<sup>71</sup>.

---

La DGR Lombardia del 2014 ha introdotto nuove prescrizioni da rispettare in tutte le fasi (ricezione dei fanghi, messa in riserva, trattamento di stabilizzazione/igienizzazione, messa in riserva prima dell'utilizzo, trasporto/riutilizzo in agricoltura), e condizioni sulle caratteristiche dei terreni e sulle limitazioni d'uso. Successivamente, in forza della DGR del 2017 il livello di tutela è stato abbassato. La Regione Toscana, che ha introdotto la regolamentazione regionale di dettaglio in materia di utilizzo dei fanghi in agricoltura con la DGR n. 14/R/2004, con DPGR 8 aprile 2013, n. 15, ha previsto ulteriori condizioni e limiti all'utilizzo dei fanghi nei terreni. Sulle esperienze regionali in materia di utilizzo dei fanghi in agricoltura, B. ALBERTAZZI, *La disciplina dei fanghi di depurazione tra norme statali e regionali*, in *ARPA rivista*, n. 3/2009, pp. 55-57, reperibile in <https://www.arpae.it>; ISPRA, *Uso dei fanghi di depurazione in agricoltura: attività di controllo e vigilanza sul territorio*, cit., 48 ss.

<sup>70</sup>La realizzazione di impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti così come l'esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero (compresi la raccolta, il trasporto, lo stoccaggio di rifiuti), sono attività sottoposte al regime autorizzatorio. Il TUA prevede due tipologie di procedure abilitative: le autorizzazioni a regime ordinario (art. 208) e quelle a regime semplificato (artt. 214-216). Nella prima tipologia vi rientra l'autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti (art. 208) rilasciata dalla Regione competente per territorio. L'esercizio di attività non autorizzate, oltre a costituire un illecito amministrativo, assume rilievo penale ed è punito con le sanzioni di cui all'art. 256, c. 1, lett. a e b del TUA.

<sup>71</sup> Ex art. 188 TUA, i produttori o altro detentori di rifiuti possono provvedere direttamente al loro trattamento oppure consegnarli ad un intermediario, ad un commerciante, ad un ente o impresa che effettuerà le operazioni di trattamento dei rifiuti, o ad un soggetto pubblico o privato addetto alla raccolta dei rifiuti. Tali soggetti sono qualificati come responsabili per l'intera catena di trattamento, restando inteso che qualora il produttore, o il detentore, trasferisca i rifiuti per il trattamento preliminare, tale responsabilità, di regola, comunque sussiste. Inoltre, l'art. 178-bis TUA ha introdotto (in attuazione della dir. 2008/98/UE) tra i principi generali la responsabilità estesa del produttore sull'intero ciclo di vita del prodotto, demandando a decreti ministeriali l'emanazione di una disciplina di dettaglio. Sul tema, F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 296 ss. Il trattamento dei rifiuti, ossia il loro recupero, consiste in "qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale" (art. 183, c. 1, lett. t del TUA). Con riferimento al trattamento dei fanghi di depurazione si veda la definizione di "fanghi trattati" contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. b del d.lgs. n. 99/1992, secondo la quale il trattamento può consistere in "ogni procedimento" volto alla riduzione del potere fermentiscibile dei gas e degli inconvenienti sanitari della loro utilizzazione (si veda nt. 9). Il recupero di tali fanghi è classificato, all'All. C alla parte quarte del TUA, come R10.

All'ordinario modello autorizzatorio che riguarda il processo, collocato *a monte*, di produzione e preparazione per il riutilizzo dei fanghi (tramite operazioni di raccolta, trasporto, stoccaggio e condizionamento dei fanghi, subordinate – ex art. 8, d.lgs. n. 99/1992 – al rispetto della normativa in materia di rifiuti), il d.lgs. n. 99/1992 ha sommato un regime autorizzatorio *ad hoc* per la fase, che si tiene *a valle*, dell'utilizzo dei fanghi (art. 9), sottoposto a prescrizioni e ad obblighi provvedimentali e tecnici, ovvero le analisi del terreno e dei fanghi, la tenuta di registri di carico e scarico e di utilizzazione (artt. 10-14), nonché – in caso di spandimento dei fanghi in mancanza di autorizzazione o di mancato rispetto delle relative prescrizioni, ovvero di mancato rispetto degli obblighi relativi alla tenuta della scheda di accompagnamento e dei registri di carico e scarico e del registro di utilizzazione – ad un proprio regime sanzionatorio (art. 16, c. 4-6).

La complessità di tale sistema, è stata in parte ridotta con l'introduzione di forme di semplificazione amministrativa *a monte*, in sede di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale (d'ora in poi, AIA) o dell'autorizzazione unica ambientale (d'ora in poi, AUA) per gli impianti produttivi che trattano le acque reflue. L'AIA e l'AUA, infatti, assorbono l'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura prevista dal d.lgs. n. 99/1992<sup>72</sup>. Tuttavia, ai fini del rilascio di tali provvedimenti autorizzatori integrati, gli esiti delle analisi sui terreni e sui fanghi previsti dalla normativa statale, ed effettuati sulla base dei parametri e delle modalità procedurali previste dalle regolamentazioni regionali in materia di utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura, una volta acquisito il parere dell'agenzia territorialmente competente alla protezione ambientale, dovrebbero essere opportunamente valutati dall'autorità competente al rilascio dell'AUA o AIA.

In questo modo, il regime di semplificazione oggi applicato ai comparti produttivi sottoposti (in base al tipo di impresa e al tipo di installazione) ad AIA e AUA, ossia ad autorizzazioni integrate o uniche<sup>73</sup> aventi la capacità di assorbire, tra

<sup>72</sup> L'AIA, la cui disciplina è contenuta nel TUA (artt. 29-bis e ss. TUA), come previsto dall'All. IX alla parte seconda del TUA, assorbe, tra le altre, l'autorizzazione allo scarico (art. 124 TUA), l'autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti (art. 208 TUA) e l'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi derivanti dal processo di depurazione in agricoltura (prevista dall'art. 9 del d.lgs. 99/1992). Anche l'AUA, per quanto ci rileva, ha la capacità di assorbire, ex art. 3, c. 1, lett. f, g, DPR 59/2013, tra gli altri, l'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi derivanti dal processo di depurazione in agricoltura di cui all'art. 9 del d.lgs. 99/1992 e le comunicazioni in materia di rifiuti di cui agli artt. 215 e 216 del TUA. Se con riferimento al regime semplificato di comunicazione di inizio attività l'AUA si pone in termini di aggravio, piuttosto che di alleggerimento dei gravami procedurali, non è così con riferimento all'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi regolata dal d.lgs. n. 99/1992.

<sup>73</sup> Sul tema, P.L. PORTALURI, *Autorizzazioni ambientali: tipologie e principi*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, cit., 33 ss.; F. FIGORILLI, *L'autorizzazione integrata ambientale quale ulteriore elemento di semplificazione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, 683 ss.; M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale ed esigenze di tutela ambientale: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 5/2010, 239 ss.; S. VERNILE, *L'autorizzazione*

le altre, l'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura prevista dall'art. 9 del d.lgs. n. 99/1992, lascia esclusi dai suoi benefici soltanto i meri utilizzatori dei fanghi (*recte*, le aziende agricole).

Le imprese esercenti attività di raccolta, trasporto, stoccaggio e condizionamento dei fanghi sono tenute all'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali costituito presso il MATTM (art. 212, c. 5, TUA) e al SISTRI. Peraltro, anche in quest'ultimo caso – ex art. 8 d.lgs. n. 99/1992 – è previsto un regime semplificato, posto che per le attività di raccolta e trasporto l'iscrizione presso l'Albo tiene luogo di autorizzazione e si applica il regime di comunicazione di avvio dell'attività alla Provincia interessata<sup>74</sup>.

La competenza al rilascio delle autorizzazioni per le attività di raccolta, trasporto, stoccaggio, condizionamento, ed utilizzazione dei fanghi in agricoltura, spetta – ex art. 6 del d.lgs. n. 99/1992-, alle Regioni, le quali possono stabilire “ulteriori limiti e condizioni”, rispetto a quelle statali, per l'utilizzazione dei fanghi in agricoltura, anche con riferimento alle “modalità di trattamento” dei medesimi<sup>75</sup>.

Tali poteri autorizzatori e di regolamentazione sono preordinati al perseguimento della finalità di tutela dell'ambiente indicata all'art. 1 del d.lgs. 99/1992, così da “evitare effetti nocivi sul suolo, sulla vegetazione, sugli animali e sull'uomo”.

La centralità del principio di prevenzione<sup>76</sup>, testimoniata dalla piena sottoposizione dell'utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura a regime di *command and control*, emerge chiaramente dalla lettura del d.lgs. n. 99/1992.

Il *leitmotiv* del d.lgs. n. 99/1992 è dato dalla distinzione tra la figura del *produttore-detentore* dei fanghi (protagonista della fase che si tiene *a monte*) e quella del suo *utilizzatore* (protagonista della fase che si tiene *a valle*). In virtù di tale distinzione, si può affermare che l'applicabilità della disciplina sui rifiuti si colloca *a monte*, mentre quella speciale sull'utilizzo dei fanghi in agricoltura *a valle*.

---

*integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 1697 ss.; E. SCHNEIDER, *L'autorizzazione unica ambientale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, 454 ss.; G. DE GIORGI, *Le procedure integrate*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 191 ss. Quest'ultima A. ricorda che il modello autorizzatorio unico ha trovato nel settore energetico il suo ambito privilegiato di applicazione, ma poi è stato applicato anche ad altri comparti.

<sup>74</sup> P. DELL'ANNO, *Disciplina della gestione dei rifiuti*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, cit., 238 ss.

<sup>75</sup> Gli ulteriori limiti possono riguardare non solo le operazioni di spandimento, con riferimento ai “diversi tipi di fanghi in relazione alle caratteristiche dei suoli” e alle “distanze di rispetto per l'applicazione dei fanghi dai centri abitati”, ma anche quelle a monte di trattamento dei medesimi fanghi.

<sup>76</sup> Sul principio di prevenzione e i tradizionali meccanismi ad esso ascrivibili per la tutela ambientale, si vedano in dottrina M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit.; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffrè, 2012, 209 ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, 2000, 72 ss..

Ciò spiega la possibile presenza nel ciclo produttivo dei fanghi di più categorie di soggetti: il *produttore-detentore* e il distinto *utilizzatore*; un solo soggetto nelle vesti di *produttore-detentore-utilizzatore* che, prima dell'avvento dell'AIA e dell'AUA, era obbligato a richiedere due distinte autorizzazioni<sup>77</sup>.

L'art. 9 del d.lgs. n. 99/1992 dispone che chi intende utilizzare, in attività agricole proprie o di terzi, i fanghi di depurazione deve: ottenere un'autorizzazione dalla Regione interessata; notificare, con almeno 10 giorni di anticipo, alla Regione, alla Provincia ed al Comune di competenza, l'inizio delle operazioni di utilizzazione dei fanghi.

Per ottenere l'autorizzazione, che ha durata massima di cinque anni, il richiedente che intende utilizzare fanghi di depurazione in attività agricole proprie (produttore stesso del fango, qualora provveda direttamente allo spandimento) o di terzi (soggetto intermedio tra il produttore del fango e l'agricoltore medesimo), deve indicare, ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 99/1992: la tipologia di fanghi da utilizzare; le colture destinate all'impiego dei fanghi; le caratteristiche e l'ubicazione dell'impianto di stoccaggio dei fanghi; le caratteristiche dei mezzi impiegati per la distribuzione dei fanghi (art. 9, c. 2, d.lgs. n. 99/1992).

Il modello di *command and control*, come noto, sottopone l'esercizio dell'attività economica interferente con il bene ambiente al potere di controllo permanente della pubblica amministrazione<sup>78</sup>.

A garanzia della qualità dei fanghi (per il loro successivo utilizzo) la rete delle Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente e le autorità competenti sono tenute a svolgere regolarmente i controlli affinché siano rispettati i valori limite previsti dalle tabelle allegate alla normativa in materia di utilizzo dei fanghi in agricoltura.

Tra le autorità competenti, l'art. 7 del d.lgs. n. 99/1992, attribuisce alle Province, le quali si avvalgono delle strutture provinciali delle agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, il potere di controllo sulle attività di raccolta, trasporto, stoccaggio e condizionamento dei fanghi, con un espresso rinvio alla normativa in materia di gestione dei rifiuti (oggi contenuta nel TUA), e di utilizzazione dei fanghi in agricoltura.

Alla luce della massiccia presenza di composti organici nocivi e metalli pesanti nei fanghi di depurazione delle acque reflue, la funzione di controllo è particolarmente importante ed è essa stessa – del pari al potere autorizzatorio – spartita in due tronconi: quello relativo al trattamento delle acque, *a monte*; quello relativo allo spandimento nei terreni, *a valle*. Tuttavia, per garantire l'efficacia di tale funzione, occorre poter contare sull'applicazione di norme tecniche avanzate (con

<sup>77</sup> Come aveva sottolineato, P. GIAMPIETRO, *Spandimento dei fanghi in agricoltura e decreto Ronchi*, cit., 591.

<sup>78</sup> M.S. GIANNINI, "Ambiente": *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 478; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, 1985, 179 ss.; F. SALVIA, *Gli strumenti giuridici della tutela ambientale*, cit., 210 ss.; F. SCOCA, *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Dir. e società*, 1993, 399 ss.

riferimento ai valori e alle sostanze oggetto di analisi) e su una dotazione adeguata di risorse umane e finanziarie.

In un simile contesto, va ricordato, come non abbia giovato l'iniezione di semplificazione amministrativa che, nell'alveo del diritto amministrativo, ha riguardato – seppur con limitazioni – anche il segmento ambientale (con riferimento, per quanto ci concerne, alle autorizzazioni integrate e all'istituto della conferenza di servizi)<sup>79</sup>, e tantomeno il processo di destabilizzazione subito dall'ente territoriale intermedio Provincia<sup>80</sup>.

Desti inoltre perplessità la scelta del legislatore di riconoscere all'AUA un periodo di validità pari a 15 anni dalla data del rilascio (art. 3, c. 6, DPR 59/2013), che triplica la durata massima dell'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura, e di prevedere una procedura semplificata (art. 5, c. 2, DPR 59/2013) qualora al decorso del termine le condizioni d'esercizio siano rimaste immutate, ancor più in forza della mancata previsione di forme di autocontrollo previamente definite in modo puntuale (vista la genericità delle prescrizioni dettate dall'art. 3, c. 3), nonché il silenzio della norma in materia di controlli e sanzioni<sup>81</sup>.

Dunque, chi controlla il processo di trattamento e utilizzazione dei fanghi? Come già anticipato, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 99/1992 e secondo le modalità previste dalla medesima disposizione, è lo stesso impianto di trattamento delle acque reflue che deve analizzare i fanghi prodotti e consegnare copia delle analisi all'utilizzatore dei fanghi.

Il problema, a causa del superamento dal punto di vista tecnico-scientifico della normativa in materia di utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura, come si è visto, riguarda l'oggetto e il parametro del controllo.

Così, la vacanza di una revisione della normativa europea lascia ampio spazio all'autonomia dei legislatori nazionali e regionali – con riferimento tanto al *command* quanto al *control* –, prospettando uno spazio giuridico europeo caratterizzato da scarsa armonizzazione<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Sul tema, tra gli altri, si vedano, M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 37 ss.; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, 2018, 198 ss.

<sup>80</sup> Si veda, per tutti, F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, il Mulino, 2016.

<sup>81</sup> In questi termini, criticamente, I. DE CHIARO, *La nuova autorizzazione unica ambientale (A.U.A.). Quadro normativo e spunti critici*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 3/2013, 3 ss.

<sup>82</sup> Il quadro europeo, composto dai vari sistemi amministrativi nazionali, relativamente all'obbligo di stabilire intervalli regolari per il controllo del suolo in cui vengono utilizzati i fanghi, è molto diversificato: alcuni Stati membri hanno definito scadenze per l'effettuazione delle l'analisi del suolo successivamente all'applicazione iniziale dei fanghi; altri Stati membri hanno stabilito intervalli temporali di dieci o addirittura venti anni; altri ancora non hanno definito alcuna scadenza, prevedendo controlli del suolo solo nei casi in cui si realizzi il superamento dei valori limite. Così, COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, sull'attuazione della normativa dell'EU in materia di rifiuti*

Ciò anche a fronte della sostanziale inattuazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 99/1992 laddove, in relazione alla presenza di nuove acquisizioni tecnico-scientifiche, il Ministro dell'Ambiente, di concerto con il Ministro dell'Agricoltura e con il Ministro dell'Industria avrebbe potuto/dovuto apportare modifiche e integrazioni agli Allegati al d.lgs. n. 99/1992. Solo recentemente, infatti, e dopo che una Regione ha chiesto l'intervento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare<sup>83</sup>, quest'ultimo ha predisposto uno schema di DM per l'aggiornamento dei limiti previsti dalla disciplina del 1992<sup>84</sup>.

In un simile contesto, urge la necessità di garantire quantomeno l'armonizzazione dei controlli sul territorio nazionale<sup>85</sup>.

---

*nel periodo 2010-2012 Attuazione della direttiva 2008/98/CE sui rifiuti, della direttiva 86/278/CEE sui fanghi di depurazione, della direttiva 1999/31/CE sulle discariche di rifiuti, della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, della direttiva 2002/96/CE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) e della direttiva 2006/66/CE sulle pile e gli accumulatori, 27 febbraio 2017, COM(2017) 88 fin.*

<sup>83</sup> Si tratta della Regione Lombardia che, in seguito alla pronuncia del TAR Lombardia, Milano, sez. II, 20 luglio 2018, n. 1782 per l'annullamento della DGR Lombardia n. X/7076/2017, contenente i limiti applicabili alle sostanze nocive contenute nei fanghi al fine del loro spandimento in agricoltura, si è ritrovata ad affrontare una situazione emergenziale, posto che le aziende che trattano i fanghi hanno deciso di non accogliere più il materiale dai depuratori, bloccando circa tremila tonnellate di fanghi a settimana.

<sup>84</sup> Attualmente, lo schema di DM predisposto dal Ministro ha avuto parere favorevole in Conferenza Stato-Regioni (seduta del 1° agosto 2018), dopo che il Cons. St., sez. I consultiva per gli atti normativi, 10 maggio 2018, n. 1285, aveva sospeso l'adozione del parere in oggetto chiedendo l'integrazione con gli esiti della Conferenza Stato-Regioni, i pareri di Ispra e ISS e le osservazioni degli operatori del settore, al fine di completare il quadro conoscitivo. Nelle more di una revisione organica della normativa settoriale è intervenuto (mentre il presente contributo veniva destinato alla pubblicazione) il d.l. 28 settembre 2018, n. 109, contenente misure urgenti per la città di Genova, ma anche per la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e altre emergenze. Il d.l., proprio tra gli "ulteriori interventi emergenziali" di cui al capo V, prevede, all'art. 41, "disposizioni urgenti sulla gestione dei fanghi di depurazione". Tralasciando ogni possibile giudizio sulla scelta del Governo di introdurre la revisione della disciplina in materia di gestione dei fanghi di depurazione all'interno della normativa speciale per favorire la ripresa economica della città ligure duramente colpita dal crollo del ponte Morandi sul Polcevera avvenuto il 14 agosto 2018 – giustificata dal fine di superare situazioni di criticità -, desta preoccupazione la possibilità – prevista dalla recente normativa – di utilizzare i fanghi in agricoltura nel rispetto dei limiti previsti all'All. I B del d.lgs. 99/1992, riferiti ai fanghi e non anche ai suoli agricoli (per i quali si applicano i limiti contenuti nell'All. I A dello stesso decreto), con la sola eccezione del limite riferito agli idrocarburi potenzialmente presenti nei fanghi, per i quali è previsto il limite di  $\leq 1.000$  mg/kg. Si tratta, infatti, di un limite ampiamente generoso rispetto a quello previsto dal TUA in materia di bonifica del suolo. La stessa disposizione prevede che il limite imposto alla presenza di idrocarburi nei fanghi si intende comunque rispettato qualora la ricerca di marker di cancerogenicità fornisca valori inferiori rispetto a quelli definiti dalla nota L contenuta nell'All. VI al reg. (CE) n. 1272/2008 del 16 dicembre 2008, richiamata nella dec. n. 955/2014/Ue della Commissione del 16 dicembre 2008.

<sup>85</sup> ISPRA, *Uso dei fanghi di depurazione in agricoltura: attività di controllo e vigilanza sul territorio*, cit., 11 ss.

Il d.lgs. n. 99/1992 impone ai soggetti autorizzati l'obbligo di effettuare analisi periodiche sui fanghi e analisi preventive dei terreni secondo lo schema di cui agli Allegati II A e II B e con i metodi di riferimento di campionamento e analisi indicati nell'allegato stesso (artt. 10 e 11, d.lgs. n. 99/1992)<sup>86</sup>.

Tali analisi devono essere ripetute almeno ogni tre anni, con riferimento ai terreni (art. 10, c. 2), e ogni volta che intervengano dei cambiamenti sostanziali nella qualità delle acque trattate, comunque al massimo ogni sei mesi<sup>87</sup>, con riferimento ai fanghi (art. 11, c. 1), e devono essere effettuate presso laboratori pubblici, ovvero presso laboratori privati aventi i requisiti indicati nell'atto di indirizzo e coordinamento dalle Regioni adottato su proposta dei Ministri interessati (della sanità, dell'ambiente e delle politiche agricole e forestali, ex art. 10, c. 2, d.lgs. n. 99/1992).

Il richiedente, come detto, deve altresì procedere alla notifica dell'inizio delle operazioni di utilizzazione dei fanghi, da effettuarsi, con almeno dieci giorni di anticipo, alla Regione, alla Provincia e al Comune di competenza, indicando: gli estremi dell'impianto di provenienza dei fanghi; i dati analitici dei fanghi e dei terreni; l'identificazione sui mappali catastali e la superficie dei terreni sui quali si intende applicare i fanghi; le colture in atto e quelle previste; le date previste per l'utilizzazione dei fanghi; il consenso allo spandimento da parte di chi ha il diritto di esercitare attività agricola sui terreni in cui si intende utilizzare i fanghi; il titolo di disponibilità dei terreni ovvero la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (art. 9, c. 3, d.lgs. n. 99/1992).

In questo modo, l'onere di notifica – ad integrazione dell'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi – si rende strumento per rendere edotti gli enti locali di competenza territoriale sul ciclo di vita dei fanghi, dalla loro raccolta e condizionamento sino alla loro utilizzazione finale, al fine di evitare sversamenti abusivi nei terreni, o comunque contrari alla volontà dell'avente diritto al suolo agricolo, nonché sui requisiti tecnici dell'operazione, per garantire la fattibilità tecnica dello spandimento nel territorio a fini di utilità per l'attività agricola. Venire a conoscenza di tali profili consente, agli enti interessati dallo spandimento dei fanghi, di poter eventualmente intervenire in fase di vigilanza e controllo (l'altra componente, insieme alla fase autorizzativa, dello schema di *command and control*)<sup>88</sup> sul rispetto

---

<sup>86</sup> Il sistema di obblighi e responsabilità previsto dal d.lgs. n. 99/1992 richiede, a fini autorizzativi, una "previa valutazione delle caratteristiche oggettive e soggettive dell'istanza presentata". La responsabilità per il corretto smaltimento dei fanghi da depurazione mediante spandimento sul terreno spetta al titolare dell'autorizzazione e non a chi, su incarico dello stesso, effettua soltanto una parte delle operazioni. Così, Cass. 14 febbraio 2014, n. 7241.

<sup>87</sup> I fanghi devono essere analizzati ogni tre mesi per gli impianti di potenzialità superiore a 100.000 abitanti equivalenti (a.c.); ogni sei mesi per gli impianti di potenzialità inferiore a 100.000 a.c. Nel caso dei fanghi provenienti da impianti di depurazione con capacità inferiore a 5.000 a.c., si procederà ad almeno una analisi all'anno.

<sup>88</sup> A. CROSETTI, *I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza*, in *Riv. giur. ambiente*, 2007, 945 ss.

delle modalità applicative dei fanghi, ovvero al fine di prescrivere ulteriori prescrizioni autorizzative, fermi restando i poteri di ordinanza, di riesame e di revoca delle autorizzazioni in precedenza rilasciate<sup>89</sup>.

Nelle varie fasi di raccolta, trasporto, stoccaggio, condizionamento ed utilizzazione, i fanghi utilizzabili in agricoltura devono essere seguiti da una scheda di accompagnamento compilata dal produttore o detentore<sup>90</sup> e consegnata a chi prende in carico i fanghi (art. 13 e All. III A al d.lgs. n. 99/1992).

Il produttore di fanghi destinati all'agricoltura è inoltre tenuto ad annotare su un apposito registro di carico e scarico: i quantitativi prodotti e quelli forniti per uso agricolo; le caratteristiche dei fanghi rispetto ai parametri di cui all'allegato I B e il tipo di condizionamento impiegato; i nomi dei destinatari dei fanghi e gli indirizzi dei luoghi di utilizzazione degli stessi (art. 14, d.lgs. n. 99/1992).

Di tali registri, messi a disposizione delle autorità competenti, annualmente, deve esserne trasmessa copia alla Regione interessata in modo che quest'ultima possa, ex art. 6, c. 5, d.lgs. n. 99/1992, a sua volta con cadenza annuale, redigere e trasmettere al MATTM una relazione riassuntiva sui quantitativi di fanghi prodotti in relazione alle diverse tipologie, sulla composizione e le caratteristiche degli stessi, sulla quota fornita per usi agricoli e relative caratteristiche dei terreni. Tali obblighi discendono dalla dir. 86/278/CEE, il cui art. 17 chiede agli Stati membri di redigere ogni quattro anni una relazione riassuntiva sull'utilizzazione dei fanghi in agricoltura in cui specificare i quantitativi di fanghi utilizzati, i criteri seguiti e le difficoltà incontrate; tale relazione viene trasmessa alla Commissione e successivamente pubblicata. In base a tale relazione, la Commissione europea, se del caso, può presentare proposte per innalzare lo standard di protezione del suolo e dell'ambiente.

Tuttavia, in proposito, si deve ricordare la recente modifica dell'art. 17, c. 1, della dir. 86/278 introdotta dalla Decisione (UE) 2018/853<sup>91</sup>, il cui spirito semplificatorio prevede che "ogni tre anni gli Stati membri comunicano alla Commissione

<sup>89</sup> In proposito, P. GIAMPIETRO, *Spandimento dei fanghi in agricoltura e decreto Ronchi*, cit.

<sup>90</sup> Durante la fase di trasporto i fanghi, essendo rifiuti speciali, devono essere accompagnati anche dai formulari di identificazione. In caso di violazione degli obblighi di comunicazione, di tenuta dei registri obbligatori e dei formulari, il TUA prevede sanzioni penali (art. 258). Deve inoltre essere ricordato che il sistema informatico per la tracciabilità dei rifiuti-SISTRI (art. 188-bis TUA), volto a monitorare i rifiuti dalla loro produzione sino alla loro destinazione finale, esonera i soggetti che vi aderiscono dagli adempimenti relativi agli obblighi di tenuta dei registri di carico e scarico, nonché dei formulari di identificazione dei rifiuti. A tale sistema devono essere obbligatoriamente iscritti gli enti e le imprese produttori iniziali di rifiuti speciali pericolosi e gli enti e le imprese che raccolgono o trasportano rifiuti speciali pericolosi a titolo professionale; per gli operatori nell'ambito di rifiuti diversi da quelli speciali e pericolosi, invece, l'iscrizione al SISTRI è volontaria.

<sup>91</sup> Decisione (UE) 2018/853 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, recante modifica del regolamento (UE) n. 1257/2013 e delle direttive 94/63/CE e 2009/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e delle direttive 86/278/CEE e 87/217/CEE del Consiglio per quanto riguarda le norme procedurali in materia di elaborazione delle relazioni in materia ambientale e che abroga la direttiva 91/692/CEE del Consiglio.



informazioni sull'applicazione della presente direttiva nel contesto di una relazione settoriale concernente anche le altre direttive comunitarie pertinenti”.

Inoltre, ex art. 15 del d.lgs. n. 99/1992, l'utilizzatore dei fanghi è tenuto a istituire un registro, con pagine numerate progressivamente e timbrate dall'autorità competente di controllo, sul quale dovranno essere riportati, secondo le modalità indicate nell'allegato III B: i risultati delle analisi dei terreni; i quantitativi di fanghi ricevuti, la relativa composizione e caratteristiche, il tipo di trattamento subito; gli estremi delle schede di accompagnamento; il nominativo o la ragione sociale del produttore, del trasportatore, del trasformatore; i quantitativi di fanghi utilizzati, le modalità e i tempi di utilizzazione per ciascun appezzamento. Tali registri, indicando unitamente ai certificati delle analisi e alle schede di accompagnamento, dovranno essere conservati per un periodo non inferiore a sei anni dall'ultima annotazione (art. 15, c. 2, d.lgs. n. 99/1992).

L'art. 16 prevede, a corredo del *command and control*, un apposito apparato sanzionatorio – con rinvio espresso al regime penale in materia di rifiuti (oggi contenuto nel TUA)-, ricorrente a sanzioni amministrative e penali per l'utilizzatore dei fanghi di depurazione che operi in assenza di autorizzazione o con l'autorizzazione sospesa, rifiutata o revocata, ovvero che non osservi le prescrizioni autorizzatorie, e sanzioni amministrative per violazione degli obblighi relativi alla tenuta della scheda di accompagnamento, dei registri di carico e scarico e del registro di utilizzazione.

Alla luce di quanto detto, si può affermare che ciò che accomuna i diversi impianti abilitati a produrre e utilizzare fanghi in agricoltura è la presenza di un regime semplificato applicato al settore ambientale. Tuttavia, la pericolosa sommatoria “semplificazione amministrativa e obsolescenza normativa” non garantisce l'omogeneità tra gli standard di *command and control* per la tutela ambientale adottati sul territorio nazionale e neppure un virtuoso sfruttamento della risorsa derivante dal trattamento delle acque reflue.

#### 4. *Quali prospettive future, alla luce dei processi di economia circolare?*

Come si è visto, i fanghi, comunque prodotti ad esito del trattamento delle acque reflue – salvo ricorrere a soluzioni innovative volte a ridurre la produzione, che attualmente rappresentano casi isolati -, sono considerati rifiuti e, in quanto tali, una volta trattati, possono essere utilizzati in agricoltura in sostituzione dei fertilizzanti chimici secondo processi oggi ascrivibili all'economia circolare e promossi a livello sovranazionale<sup>92</sup> e internazionale<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, “L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare”*, del 2 dicembre 2015, cit.. Sul punto, A. MURATORI, *Al rush finale il pacchetto di direttive per gestire i rifiuti secondo l'Economia Circolare*, in *Amb. & Svil.*, 3/2018, 141 ss.

<sup>93</sup> Il 25 settembre 2015 i Paesi delle Nazioni Unite hanno sottoscritto l'Agenda 2030 sullo

Dunque, il riutilizzo agronomico dei fanghi di depurazione in luogo dello smaltimento in discarica o nell'inceneritore è senz'altro una buona pratica ai fini di tutela ambientale<sup>94</sup>, anche se le carenze e i limiti della normativa che lo regolamenta ne offusca vantaggi e potenzialità; lo è ancor più se si pensa all'apporto di sostanza organica al terreno che può derivare da un virtuoso spandimento dei fanghi nei terreni, ai fini di tutela del suolo per combattere il depauperamento di sostanza organica del terreno e, conseguentemente, contrastare i fenomeni di desertificazione ed erosione<sup>95</sup>.

Il modello dell'economia circolare<sup>96</sup> si contrappone alla tradizionale economia

---

sviluppo sostenibile, con cui si impegnano a soddisfare entro quell'anno 17 Obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals* – SDGs nell'acronimo inglese). L'Agenda ha delineato un modello produttivo in grado di rigenerarsi da solo, posto che i rifiuti diventerebbero risorse da utilizzare. In particolare, per quanto ci concerne, l'Obiettivo 6 si propone di "garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie" e l'Obiettivo 6.3 di "migliorare entro il 2030 la qualità dell'acqua eliminando le discariche, riducendo l'inquinamento e il rilascio di prodotti chimici e scorie pericolose, dimezzando la quantità di acque reflue non trattate e aumentando considerevolmente il riciclaggio e il reimpiego sicuro a livello globale".

<sup>94</sup> La Commissione europea, ha riferito, dopo aver raccolto i dati dagli Stati membri come previsto dalla normativa Ue, il forte potenziale contributo per l'economia circolare dato, da un lato, dalla produzione e dal riutilizzo in agricoltura dei fanghi di depurazione delle acque reflue all'economia circolare in termini di riutilizzo o riciclo di sostanze utili dal punto di vista agronomico per i terreni e, dall'altro, dalla produzione di energia rinnovabile (biogas) sulla base di nuove tecnologie atte a ridurre la quantità della produzione di fanghi. Si ricorda che oltre la metà del fosforo eliminato dalle acque reflue negli impianti di trattamento è riutilizzato o riciclato; la quantità di azoto e fosforo riciclati nel terreno è pari a 250.000 tonnellate per ciascun elemento. Il valore totale del riciclaggio dei fanghi di depurazione avrebbe raggiunto 550 milioni di euro nel 2014. Cfr., COMMISSIONE EUROPEA, *Nona relazione sullo stato di attuazione e i programmi per l'attuazione (a norma dell'art. 17) della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane*, 14 dicembre 2017, COM(2017), 749 fin., 12. Sui possibili interventi tecnici per ridurre a monte quantitativo di fanghi prodotto, ISPRA, *L'ottimizzazione del servizio di depurazione delle acque di scarico urbane: massimizzazione dei recuperi di risorsa (acque e fanghi) e riduzione dei consumi energetici*, Rapporto n. 93/2009, 215 ss.

<sup>95</sup> Sull'utilizzo agronomico dei fanghi derivanti da processi di depurazione quale buona pratica sotto il profilo ambientale, si sofferma anche il DM 19 aprile 1999, recante approvazione del Codice di buona pratica agricola. Il Codice indica i fanghi degli impianti di depurazione tra i fertilizzanti in quanto capaci di apportare sostanze al terreno (carbonio, azoto, fosforo, potassio, calcio, magnesio, sodio e zolfo). È noto, infatti, che uno dei principali problemi dell'agricoltura italiana sia dato dal fenomeno della desertificazione, causa di progressiva perdita di suolo disponibile. L'utilizzo dei fanghi da depurazione in agricoltura può rappresentare un'efficace strategia per fronteggiare questi problemi restituendo al terreno le sostanze di cui è carente. Cfr., CNR, *Sicilia, degrado del territorio e desertificazione nel Mondo*, Seminario tenutosi il 26 agosto 2015, Padiglione Italia, Milano Expo 2015. I risultati dello studio hanno rivelato che in Italia il 41% dei terreni è a rischio desertificazione.

<sup>96</sup> Si vedano, quali studi basilari, D.W. PEARCE, R.K. TURNER, *Economics of Natural Resources and the Environment*, Johns Hopkins University Press, 1990; N. GEORGESCU-ROEGEN, *The entropy law and economic processes*, Harvard University Press, 1971. Si veda anche, W. MC DONOUGH, M. BRAUNGART, *Dalla culla alla culla. Come conciliare tutela dell'ambiente, equità sociale e sviluppo* (trad. it.), Filoderba, 2003.

lineare basata sullo schema “preleva, produci, consuma e butta”, resa instabile dalla limitatezza delle risorse disponibili del nostro Pianeta e dalla capacità per l’equilibrio ecosistemico di tollerare un livello limitato di contaminazione e di rifiuti. L’economia circolare, infatti, è un sistema in cui i modelli di produzione vengono ridisegnati e sono conseguiti solo nella misura in cui permettono un riutilizzo delle risorse, il valore dei prodotti e dei materiali si mantiene più a lungo e, di conseguenza, i rifiuti vengono valorizzati e trasformati in risorse attraverso cui prolungare all’infinito il ciclo di vita dei beni<sup>97</sup>. Il risultato finale prodotto da tale sistema è il disaccoppiamento tra pressione ambientale e crescita economica, lo sviluppo della resilienza e l’abbattimento delle emissioni di gas ad effetto serra<sup>98</sup>.

È evidente che l’approntamento del modello di economia circolare debba basarsi su strumenti giuridici ed economici efficaci per smantellare la linearità dei processi produttivi e dei mercati, mettendo al centro il capitale naturale; pertanto, sono centrali le regolamentazioni del settore idrico e dei rifiuti, che dovranno ancorarsi a solide basi scientifiche e tecniche.

Trascorsi più di due anni dall’adozione del Piano d’azione sull’economia circolare<sup>99</sup>, dopo una lunga ed ampia discussione, è entrato in vigore il pacchetto delle direttive sui rifiuti nel quale rientrano la nuova direttiva quadro sui rifiuti – dir. (UE) 2018/851, del 30 maggio 2018, che modifica la dir. 2008/98/CE –, le direttive “speciali” – dir. (UE) 2018/852 in materia di imballaggio e rifiuti di imballaggio, che modifica la dir. 1994/62/CE; dir. (UE) 2018/850, che modifica la dir. 1999/31/CE in materia di discariche di rifiuti; dir. (UE) 2018/849, che modifica le dir. 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso, 2006/66/CE relativa a pile e

---

<sup>97</sup> Si veda, F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell’economia circolare*, Relazione al Convegno dell’Associazione Italiana di Diritto dell’Ambiente, *Il testo unico dell’ambiente a dieci anni dalla sua approvazione*, svoltosi a Roma il 10-11 giugno 2016, reperibile in <http://www.aidambiente.it>; E. BOMPAN, I.N. BRAMBILLA, *Che cosa è l’economia circolare?*, Edizioni Ambiente, 2016, 8.

<sup>98</sup> M.S. ANDERSEN, *An introductory note on the environmental economics of the circular economy*, in *Sustainability Science*, n. 2/2007, 133 ss.

<sup>99</sup> Nell’ambito della *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, “L’anello mancante – Piano d’azione dell’Unione europea per l’economia circolare”*, del 2 dicembre 2015, la Commissione europea ha preparato una proposta di regolamento volta a promuovere il riutilizzo delle acque reflue non potabili per l’irrigazione agricola, ritenuta efficace sotto il profilo dei costi e capace di assicurare un elevato livello di protezione della salute e dell’ambiente. Ciò in considerazione del fatto che l’agricoltura è un settore ad alto consumo idrico e l’Ue intende promuovere azioni di adattamento ai cambiamenti climatici per alleviare la scarsità di risorse idriche. Si veda, COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on minimum requirements for water reuse*, 28 maggio 2018, COM(2018), 337 fin. Attualmente la percentuale media Ue di acque reflue trattate e riutilizzate per l’irrigazione in agricoltura e, occasionalmente, nell’industria e per l’alimentazione delle falde acquifere, è pari al 2%. Cfr, COMMISSIONE EUROPEA, *Nona relazione sullo stato di attuazione e i programmi per l’attuazione (a norma dell’art. 17) della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane*, cit., 12.

accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e la dir. 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche-RAEE – e la Decisione (UE) 2018/853, recante modifica del regolamento (UE) n. 1257/2013 e delle direttive 94/63/CE e 2009/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e delle direttive 86/278/CEE e 87/217/CEE del Consiglio per quanto riguarda le norme procedurali in materia di elaborazione delle relazioni in materia ambientale e che abroga la direttiva 91/692/CEE del Consiglio<sup>100</sup>.

Tuttavia duole prendere atto che il recente pacchetto di misure non abbia preso consapevolezza del fatto che i fanghi di depurazione ben potrebbero non essere più considerati meri rifiuti, ma risorse da valorizzare, ovvero rifiuti da cui poter trarre risorse utili per la circolarità dell'economia, e si sia limitato a prevedere, con la Decisione (UE) 2018/853, che “al fine di garantire che talune disposizioni degli allegati della direttiva 86/278/CEE siano aggiornate, è opportuno delegare alla Commissione il potere di adottare atti conformemente all'articolo 290 TFUE riguardo all'adeguamento di tali disposizioni al progresso tecnico e scientifico” (considerando n. 12), indicando la suddetta delega all'art. 2 della Decisione.

Peraltro, il legislatore europeo, perdendo l'occasione di rivedere la normativa sull'utilizzo dei fanghi nel quadro dell'economia circolare, ha mostrato una scarsa attenzione per l'intera filiera della risorsa idrica. Se a questo aggiungiamo la mancata approvazione della revisione della normativa europea sui fertilizzanti, allora, in prospettiva futura, non possiamo che restare attanagliati in un mare di dubbi sull'utilizzo dei fanghi derivanti dai processi di depurazione dei reflui e rimettere alle pubbliche amministrazioni nazionali e regionali l'agire precauzionale ai fini di tutela dell'ambiente e della salute umana<sup>101</sup>.

Resta dunque sullo sfondo la questione del rifiuto come non-bene, ovvero su ciò che costituisce la nozione di rifiuto.

L'ordinamento Ue, affinché sia possibile trarre il massimo valore da prodotti e rifiuti, considera due strade (che poi sono quelle che consentono di non applicare la disciplina sui rifiuti): il sottoprodotto, che impedisce a qualcosa di diventare un

---

<sup>100</sup> Il nuovo pacchetto normativo, alla luce del quale gli Stati membri dovranno adottare misure normative chiare e comuni sul ciclo di vita delle materie prime e sullo smaltimento dei rifiuti, prevede gli obiettivi di portare al 60% nel 2030 i rifiuti urbani da riciclare, di limitare fino a un massimo del 10% la quota di rifiuti urbani da smaltire in discarica entro il 2035, di raggiungere il 70% dei rifiuti da imballaggio riciclati entro il 2030.

<sup>101</sup> La normativa europea in materia di concimi e fertilizzanti (dir. 76/116/CEE, come modif. dalle dir. 89/284/CEE e 89/530/CEE, in materia di concimi, e il Reg. (CE) n. 2003/2003, del 13 ottobre 2003, relativo ai concimi) è in attesa di revisione. Nell'attuale sistema, posto che l'Ue importa attualmente circa 6 milioni di tonnellate di fosfati l'anno, si stima che fino al 30% di questo quantitativo totale potrebbe essere sostituito da prodotti dell'estrazione da fanghi di depurazione, da rifiuti biodegradabili, da farine di carne e ossa o da letame. In questi termini, COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sulla proposta di nuovo regolamento sui fertilizzanti, che modifica i regolamenti (CE) n. 1069/2009 e (CE) n. 1107/2009*, del 17 marzo 2016, COM(2016), 157 fin., punto 9.

rifiuto; l'*End of Waste* che consente a qualcos'altro di cessare di essere un rifiuto. Il principale strumento per prevenire la formazione dei rifiuti è il sottoprodotto, sempre rimesso al caso per caso. La direttiva madre sui rifiuti impone agli Stati membri di adottare misure appropriate per «garantire», in presenza di determinati criteri, che quanto deriva da un processo di produzione il cui scopo primario non è quello di produrlo, sia considerato sottoprodotto e non rifiuto. Riguardo l'altra strada, la direttiva impone di adottare misure appropriate per garantire che una sostanza sia *End of Waste* e non rifiuto, quando rispetta i requisiti previsti<sup>102</sup>. Se la direttiva quadro sui rifiuti del 2008 richiedeva che la suddetta sostanza fosse «comunemente utilizzata» per scopi specifici, la nuova direttiva adottata nel quadro del Piano d'azione sull'economia circolare chiede che sia «destinata ad essere utilizzata» per scopi specifici. Sostanzialmente, in assenza di criteri *End of Waste* comunitari, gli Stati membri possono stabilirne di propri e notificarli alla Commissione Ue e pertanto, attraverso il recepimento della recente direttiva Ue, potranno superarsi le difficoltà rese ancor più aspre sul piano giurisprudenziale interno<sup>103</sup>: un indirizzo secondo cui le Regioni sarebbero prive del potere di autorizzare l'*End of Waste* «caso per caso» e che, pertanto, non aiuta l'economia circolare. Infatti, nei processi circolari, la fase in cui un materiale si qualifica come rifiuto dovrebbe essere solo temporanea in quanto l'obiettivo è il suo recupero e la sua reimmissione nell'economia in sostituzione di materie prime<sup>104</sup>.

Deve inoltre essere ricordato che, in attesa della revisione della direttiva europea sull'utilizzo dei fanghi in agricoltura, a livello nazionale, durante la scorsa Legislatura era stato presentato un disegno di legge contenente la delega al Governo per la modifica della normativa in materia di utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura<sup>105</sup>, decaduto con l'avvento della XVIII Legislatura. L'iniziativa legisla-

---

<sup>102</sup> Il TUA, come modificato nel 2010 in attuazione della dir. 2008/98/CE, aveva previsto – attraverso il combinato disposto degli artt. 208, 211, 29-bis e 184-ter del TUA – che la qualifica di *End of Waste* venisse riconosciuta caso per caso attraverso il rilascio, da parte delle Regioni competenti, di autorizzazioni all'esercizio di operazioni di recupero, laddove non fosse stato adottato per il materiale in questione uno specifico regolamento comunitario o un DM nazionale di settore (del MATTM). Sul punto, in direzione contraria, ovvero di riservare al solo MATTM la possibilità di indicare i criteri caso per caso per la verifica della cessazione della qualifica di rifiuto, si veda Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1229. Sull'*End of Waste*, cfr., D. RÖTTGEN, *Cessazione della qualifica di rifiuto (end of waste)*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, cit., 70 ss.

<sup>103</sup> Il riferimento è alla sentenza del Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1229.

<sup>104</sup> Anche la Commissione europea ha ricordato l'importanza di favorire una maggiore armonizzazione nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che stabiliscono quando un rifiuto cessa di essere tale per facilitare ulteriormente l'uso di materiali recuperati sul suo territorio. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sull'attuazione del pacchetto sull'economia circolare: possibili soluzioni all'interazione tra la normativa in materia di sostanze chimiche, prodotti e rifiuti*, del 16 gennaio 2018, COM(2018), 32 fin.

<sup>105</sup> Il Disegno di Legge S2323, contenente delega al Governo per la modifica della normativa in materia di utilizzo dei fanghi di depurazione in agricoltura, articolato in unico articolo e 6 commi, era

tiva, a fronte del continuo aumento della quantità di fanghi derivanti da processi di depurazione, dell'eterogeneità delle normative regionali in materia e della crescente preoccupazione dei cittadini a causa dei potenziali rischi ambientali e sanitari e derivanti da carenze o inadempimenti nelle attività di vigilanza e controllo sul regime autorizzatorio in atto, aveva proposto un riordino in materia, con rilevanti novità.

Tra queste, la revisione dei parametri, delle metodologie e dei valori indicati negli allegati del citato d.lgs. n. 99/1992, a tal fine prevedendo, tra l'altro, l'integrazione della lista delle sostanze nocive e inquinanti da ricercare e sottoporre a controllo<sup>106</sup>, la modifica delle soglie di ammissibilità della presenza di metalli pesanti, l'introduzione di tutele e controlli specifici sulle acque superficiali e sotterranee, lo svolgimento del campionamento di fanghi, terreni e acque, in contraddittorio con i competenti organi di controllo, l'emanazione di linee guida volte a garantire l'omogeneità sul territorio nazionale delle norme regionali, l'istituzione presso il MATTM di una banca dati nazionale dei produttori di fanghi destinati all'agricoltura e l'individuazione di procedure finalizzate ad un completo ed efficace controllo degli spandimenti, specie per gli enti locali interessati da tale attività.

Certamente se il disegno di legge avesse trovato approvazione, le condizioni per l'ammissibilità dei fanghi all'utilizzo in agricoltura sarebbero diventate più restrittive, con il rischio di aumentare la quantità dei rifiuti destinati alla discarica.

E così, in attesa di una prossima iniziativa legislativa, ovvero dell'approvazione di un DM contenente la revisione degli allegati al d.lgs. n. 99/1992<sup>107</sup>, trascorsi dodici anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 152/2006, si paga la mancanza di un'autentica codificazione della disciplina in materia ambientale, che ancora oggi si presenta frastagliata, con lembi esterni al TUA che faticano nel raccordarsi con l'impianto normativo contenuto nello stesso.

Le cose da fare sono ancora molte: a livello europeo, rivedere la direttiva del 1986 sull'utilizzo dei fanghi, allora avanguardista (posto che aveva configurato una pratica *ante litteram* di economia circolare), ma oggi superata dalle evidenze scientifiche disponibili; a livello nazionale, evitare di rimettere alla sola, anche se spesso meritoria, iniziativa regionale la regolamentazione del settore, come pure di affidarsi alla tutela suppletiva del giudice, che è postuma per definizione; predisporre una normativa *ad hoc* su inquinamento olfattivo che stabilisca soglie odorimetriche

---

stato presentato il 7 aprile 2016 con la finalità di ridurre i rischi di contaminazione dei suoli e delle acque.

<sup>106</sup> Con specifico riferimento – nel caso di fanghi provenienti da impianti di depurazione civile – al rilevamento obbligatorio della presenza di farmaci antibiotici, anticoncezionali, anticoagulanti, psicofarmaci, antinfiammatori, ormoni, antifungini, antiaritmici, nonché di sostanze perfluoroalchimiche (PFAS).

<sup>107</sup> Ovvero delle sorti che subirà nel dibattito parlamentare la conversione del d.l. n. 109/2018, contenente misure speciali per la città di Genova ed altre emergenze, come ricordato nella nt. 84.

e affronti il problema dei miasmi causati dallo spandimento dei fanghi nei terreni; potenziare il regime dei controlli sulle aziende che producono, trattano, trasportano e utilizzano i fanghi, oltrechè sui quantitativi oggetto dello spandimento nei terreni.

Si è visto che i limiti della normativa in materia di utilizzo dei fanghi in agricoltura finiscono per essere lo specchio delle criticità tipiche del modello di *command and control* per garantire la tutela ambientale.

Una tecnica efficace per contribuire al superamento dei limiti del *command and control*, si è detto, è data dalla combinazione di tale modello di tutela con strumenti ad esso tradizionalmente contrapposti, come quelli volontari, economici e di mercato. Del resto, per fare un esempio, il modello autorizzativo fissa livelli di base di protezione dell'ambiente che ben possono essere innalzati attraverso meccanismi consensuali ascrivibili ad un alternativo paradigma di tutela ambientale, come gli accordi in grado di anticipare la revisione di una normativa considerata obsoleta dal punto di vista tecnico-scientifico<sup>108</sup> e rispetto alla quale il legislatore fatica nel trovare soluzioni idonee a garantire un livello adeguato di tutela ambientale.

E a ben vedere, è la stessa transizione verso l'economia circolare ad imporre l'adozione di misure di sostegno sotto forma di incentivi per il recupero dei materiali, per gli acquisti verdi, ma anche agevolazioni per i cicli produttivi virtuosi, tassazioni maggiori per lo smaltimento in discarica e l'incenerimento e riduzioni tariffarie per chi produce meno rifiuti, nonché misure per la sensibilizzazione e l'informazione dei cittadini e consumatori, ed etichette e marchi di prodotti che indichino il risparmio di risorsa primaria<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Sul punto, si vedano, A. DE MICHELE, *Gli accordi in materia ambientale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, 2011, 135 ss.; A. MASSERA (a cura di), *Diritto amministrativo e ambiente. Materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra scienze, istituzioni e diritto*, Editoriale Scientifica, 2011, 99 ss.; S. CASABONA, *L'accordo in materia ambientale*, Cedam, 2008.

<sup>109</sup> L'art. 4, par. 3 della dir. 2009/98/CE, come modificato dalla dir. (UE) 2018/851, prevede che "gli Stati membri ricorrono a strumenti economici ed altre misure per incentivare l'applicazione della gerarchia dei rifiuti, come quelli di cui all'All. IV-bis o altri strumenti e misure appropriati". In fin dei conti, il ricorso a strumenti volontari e consensuali era già stato caldeggiato dal d.lgs. 152/1999 (art. 28, c. 10, oggi contenuto nell'art. 101, c. 10, TUA), nei seguenti termini: "Le autorità competenti possono promuovere e stipulare accordi e contratti di programma con i soggetti economici interessati, al fine di favorire il risparmio idrico, il riutilizzo delle acque di scarico e il recupero come materia prima dei fanghi di depurazione, con la possibilità di ricorrere a strumenti economici, di stabilire agevolazioni in materia di adempimenti amministrativi e di fissare, per le sostanze ritenute utili, limiti agli scarichi in deroga alla disciplina generale, nel rispetto comunque delle norme comunitarie e delle misure necessarie al conseguimento degli obiettivi di qualità", così come dalla direttiva madre sui rifiuti (2008/98/CE) che, per mettere in pratica la gerarchia dei rifiuti (che vuole al primo posto la prevenzione e all'ultimo lo smaltimento in discarica), aveva indicato agli Stati membri il ricorso a strumenti economici e di mercato (tariffazione, appalti verdi, etichettature, ad esempio) per conseguire finalità di tutela ambientale. Nondimeno, con riferimento alla regolamentazione di carattere regionale

Eppure, il modello dell'economia circolare rappresenta un contenitore ancora in via di definizione a livello comunitario, in relazione al quale l'Italia si presta a diventare un Paese *leader*<sup>110</sup>; basti ricordare i traguardi raggiunti nel settore del riciclo dei rifiuti, che hanno portato il nostro Paese ad essere riconosciuto come il principale *player* europeo del settore<sup>111</sup>.

Pertanto, il nostro ordinamento dovrà affrontare seriamente le questioni aperte in un comparto, quello dei fanghi di depurazione, che è solo apparentemente di nicchia, posto che si interseca con matrici e settori ambientali nevralgici (acqua, suolo e rifiuti), per evitare inganni, ovvero di rispondere a nobili intenti con cattive pratiche.

---

in materia di utilizzo dei fanghi in agricoltura non sono mancate esperienze regionali espressione della consensualità: è il caso dell'Emilia Romagna, che per garantire un corretto utilizzo dei fanghi da depurazione e la salute dei cittadini ha definito con ARPAE, le amministrazioni provinciali e il Comando Carabinieri per la tutela dell'ambiente, il controllo programmato di quelli prodotti dagli impianti di depurazione della regione o presenti nei centri di stoccaggio, al fine di verificarne sia la qualità, sia il rispetto delle modalità di spandimento sui terreni agricoli.

<sup>110</sup> In Italia, l'economia circolare ha un fatturato di 88 miliardi di euro, impiega 575.000 persone e conta circa l'1, 5% del valore aggiunto nazionale. Il riciclo di materia seconda nell'economia italiana comporta un risparmio potenziale di 21 milioni di tonnellate equivalenti di petrolio e di 58 milioni di tonnellate di CO<sub>2</sub>. Si tratta di valori equivalenti rispettivamente al 12, 5% della domanda interna di energia e al 14, 6% delle emissioni. Sono tutti numeri che dimostrano che l'Italia è uno dei Paesi pionieri dell'economia circolare e che quella italiana è l'economia più performante in materia di produttività d'uso delle risorse materiali e di riciclo di materia in Europa. In questi termini, D. BIANCHI, *Economia circolare in Italia*, Edizioni Ambiente, 2018.

<sup>111</sup> A fronte di una media europea del 37%, in Italia viene riciclato il 76, 9% dei rifiuti. Cfr., EUROSTAT, settembre 2017. Sulle pratiche di riutilizzo in Europa, nell'ambito delle politiche di prevenzione della produzione dei rifiuti, si veda anche il rapporto dell'EUROPEAN ENVIROMENT AGENCY, *Waste prevention in Europe. Policies, status and trends in reuse in 2017*, Luxembourg, 2018. In proposito anche M. MASSARUTTO, *I prossimi rifiuti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Mimesis edizioni, 2017, 310-311.



### Abstract

Agricultural use of sewage sludge: open questions in the environmental law  
between command and control and circular economy

by Giovanna Pizzanelli

This article analyzes the agricultural use of sewage sludge and its regulation in the European and Italian legal system. The debate on sludge recycling and disposal has recently been the target of growing interest, both for economic and for agronomic reasons (mainly in terms of organic matter and phosphorus content), but its use lead to environmental impacts and potential risks for health and the environment, due to the european and italian legislative obsolescence (the Directive 86/278/EEC was adopted over twenty years ago and with a very low limit values for pollutants in sludge). In this context, regional authorities have implemented policies more stringent, thus leading to a low level of harmonisation.

Therefore, most of the debate on sewage sludge disposal from waste water treatment concerns the constraints of *command and control* applied to sludge producers, disposers and users those operating in this sector, in accordance with the preventive and precautionary principles, to ensured an effective soil protection. Given that the sewage sludge is considered waste by the legislation, the ambitious *Circular Economy Package*, adopted by Eu, should provide – by the revision of the sewage sludge regulation and the further application of economic instruments for maximise environmental benefits – a view to encourage the application of this waste like a resource, according to high standards of environmental quality.

*Keywords:* command and control regulation, sewage sludge; waste; legislation; circular economy.



# Il sistema dottorale italiano nell'economia della conoscenza

di Vanessa Manzetti

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. – 2. Il sistema dottorale italiano e la Terza missione delle Università. – 3. Il mercato occupazionale accademico: limiti. – 3.1. (segue) Il “duro” confronto in termini occupazionali tra dottori di ricerca e laureati. – 4. Alla “ricerca” di un sistema di valorizzazione del dottorato. La *best practice* dell' *École nationale d'administration*. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa metodologica

Sono trascorsi ormai circa 40 anni dall'introduzione del dottorato di ricerca nel sistema universitario italiano e molti sono stati gli interventi normativi che, accompagnandosi a più ampi processi riformatori del sistema universitario, hanno cercato di “modificarne” la struttura originaria.

È infatti ormai chiaro che l'idea originaria del dottorato quale “titolo accademico concepito come momento preparatorio alla carriera accademica, valutabile unicamente nell'ambito della ricerca scientifica” oltre a rappresentare una mera utopia, non è neanche più rispondente all'evoluzione della società.

Una tale premessa potrebbe sembrare apodittica, ma invece rappresenta soltanto il punto di partenza.

Il modello originario presupponeva, infatti, l'esistenza di un “mercato occupazionale accademico” capace di trovare un punto di equilibrio tra domanda (posizioni stabili all'interno dell'università) e offerta (immissioni nel mercato di dottori di ricerca), questo avrebbe quindi dovuto tradursi in una serie di politiche pubbliche supportate da importanti finanziamenti pubblici, posto che “i principi affermati dalla costituzione agli artt. 33 e 34, rimangono lettera morta se lo Stato non si fa carico di garantire i finanziamenti necessari per la loro attuazione”<sup>1</sup>.

Vero è che il legislatore si accorse subito dell'insostenibilità finanziaria e sociale di un tale modello: finanziaria, dato che questo significava destinare ingenti risorse pubbliche al reclutamento universitario, “sociale”, dato che tale modello comportava la necessità di innovare il nostro sistema economico-produttivo.

Necessità che è resa ben evidente da quel processo evolutivo che ha interessato le c.d. missioni delle università che, come i principi costituzionali di cui sono espressione, non hanno una dimensione “statica”, ma anzi “dinamica”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Così G. COLOMBINI, *Il sistema di finanziamento pubblico delle Università*, Relazione al Convegno “L'intervento pubblico nella ricerca scientifica”, Montepaone Lido, 6-7 luglio 2018.

<sup>2</sup> Il riferimento all'impostazione dinamica del dettato costituzionale è riconducibile a quella che Mortati definiva costituzione materiale, si veda C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

Ed infatti, le università, nate per assicurare le missioni tradizionali, quella dell'insegnamento e quella della ricerca, in questi ultimi decenni hanno visto crescere di importanza quella che viene definita "Terza missione", vale a dire il contatto diretto tra università e soggetti della società disponibili ad interagire per lo sviluppo della conoscenza, secondo modalità dal contenuto e dalla forma assai variabili e dipendenti dal contesto economico e sociale del territorio di riferimento<sup>3</sup>.

È evidente che l'affermazione della Terza missione dell'università non poteva che incidere direttamente sulla *ratio* stessa del sistema dottorale.

Ebbene il primo *step* di questo processo evolutivo è ravvisabile nella legge n. 341 del 1990 che annoverava il dottorato tra i titoli rilasciati dalle università quale "più alto ed ultimo grado di istruzione universitaria", in ossequio alle indicazioni del c.d. "Processo di Bologna" e nell'ottica di una maggiore competitività dei processi di formazione nazionali anche in funzione dell'integrazione politica ed economica in atto in Europa<sup>4</sup>.

Successivamente la legge n. 210 del 1998, c.d. Riforma Berlinguer, giungeva ad affermare che il dottorato di ricerca fornisce "le competenze necessarie per esercitare, presso università, enti pubblici o soggetti privati, attività di ricerca di alta qualificazione". In altre parole, con questa legge si addiveniva ad un riconoscimento a sé stante della ricerca scientifica, quale attività fondamentale per l'intero contesto economico e sociale.

A sottolineare, poi, l'importanza del dottorato di ricerca nel percorso formativo e lavorativo del ricercatore nel contesto universitario e "non", interveniva la stessa Commissione Europea, con la Raccomandazione dell'11 marzo 2005 riguardante la "Carta Europea dei Ricercatori e un Codice di Condotta per l'Assunzione dei Ricercatori". Carta, si ricorda, che è stata recepita, almeno formalmente, da tutti i rettori italiani il 7 luglio 2005 a Camerino quale Codice di condotta.

Infine, nel tentativo di rafforzare il collegamento tra sistema dottorale e sistema socio-economico, è intervenuta la c.d. Riforma Gelmini. In questa direzione va letto l'art.1, c.1 della legge di riforma del 2010 che, nell'individuare i "Principi ispiratori della riforma", delinea implicitamente la Terza missione quale espressione di quel nesso di causalità esistente tra i fattori ricerca e didattica e "il progresso culturale, civile ed economico della repubblica"<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> La terza missione è stata riconosciuta come missione istituzionale delle università solo in tempi recenti e con una previsione normativa ancora incompleta. Si ricorda, infatti, che è solo con la "Valutazione della Qualità della Ricerca bando 2004-2010" che è stato avviato il primo monitoraggio della propensione degli atenei all'apertura verso la società.

<sup>4</sup> Sul c.d. "processo di Bologna" si veda A.M. POGGI, *Politiche nazionali di riforma dei sistemi universitari e processo di integrazione europea*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), fasc. 8, 2012; D. PROLI, *Indirizzi e "vincoli" dall'Europa*, in C. BOLOGNA, G. ENDRICI (a cura di), *Governare le università*, Bologna, 2011, 117.

<sup>5</sup> Specificamente l'art. 1 della l. 240 del 2010, c.d Riforma Gelmini, dispone che "le università sono sede primaria di libera ricerca e di libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti e

Principi che sembrano aver trovato risposta nel d.m. 8 febbraio 2013 n. 45, che, in attuazione della riforma Gelmini (specificatamente art. 19 della l. 240 del 2010), ha disciplinato in sedici articoli il nuovo regolamento sui corsi di dottorato, prevedendo esplicitamente i c.d. dottorati industriali, e più in generale i c.d. dottorati innovativi<sup>6</sup>.

Chiaro è che questo *excursus* rappresenta più in generale l'affermazione di un nuovo modello economico-sociale, qual'è quello della c.d. economia della conoscenza, con la quale si assiste ad una "valorizzazione del sapere" che si configura come un vero e proprio prodotto che gioca un ruolo strategico per il progresso della società in senso economico e sociale. In sostanza, la conoscenza prodotta dalle università vede nei dottori di ricerca il principale "prodotto", che non può (e non deve) essere rivolto esclusivamente al mercato occupazionale accademico, ma dovrebbe, invece, essere indirizzato al mercato del lavoro *tout court*, pubblico e privato, data la forte connessione esistente tra "ricerca, innovazione, crescita".

Occorre però interrogarsi se, al di là dei "principi ispiratori" dei vari disegni di riforma, il sistema dottorale italiano sia stato interessato da politiche pubbliche capaci di innescare quel "circuitto virtuoso" tra ricerca, innovazione e crescita culturale, economica e sociale, vale a dire se siano stati posti in essere interventi volti ad una vera e propria "valorizzazione" del sistema dottorale.

Seguendo questa chiave di lettura l'indagine che si intende sviluppare sulla "valorizzazione" del sistema dottorale in Italia, non può dunque trascurare né il profilo finanziario, analizzando il "quantum" delle risorse destinate al sistema, né il profilo qualitativo-sociale, analizzando il "valore" riconosciuto al titolo di dottore di ricerca nel mercato del lavoro *tout court*, e specificatamente nel mercato del lavoro accademico e "non".

---

sono luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze; operano, combinando in modo organico ricerca e didattica, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica", delineando, così, implicitamente la terza missione delle università quale evoluzione in "senso dinamico" delle missioni tradizionali (istruzione e ricerca). Sul punto si veda R. DIPACE, *Problemi e prospettive del finanziamento universitario*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università. Criticità del sistema ed incertezze per il futuro*, vol. III, Napoli, 2013, 143-159. In generale per approfondimenti sulla c.d. Riforma Gelmini si veda G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, Il finanziamento della università*, vol. II, Napoli 2013; *Id.* (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, Criticità del sistema*, op. cit.; E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013; M. D'ORSOGNA, E. GUISELIN, S. CIMINI, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, La mutation de la gouvernance des universités en France et en Italie*, vol. I, Napoli 2013; F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010 n. 240*, Bologna, 2013.

<sup>6</sup> Per approfondimenti sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Dottorati e spin off*, Relazione al Convegno "L'intervento pubblico nella ricerca scientifica", Montepaone Lido, 6-7 luglio 2018; *Id.* *Les doctorats industriels en Italie: une intégration imparfaite du modèle européen*, in E. AUBIN, E.P. GUISELIN (a cura di), *Les regroupements dans l'enseignement supérieur et la recherche*, Poitiers, 2018.

Chiaro è che questi due aspetti presuppongono un approccio che non può essere concepito come una analisi separata e a sé stante, dato che il profilo quantitativo delle risorse condiziona ovviamente tutto il resto, creando “gravi” distorsioni nel sistema al punto di qualificare la formazione dottorale come una ipotesi tipica di fallimento del mercato, non solo in senso occupazionale, ma anche in senso economico e sociale. È pur vero che politiche pubbliche volte alla “valorizzazione” qualitativa del titolo di dottore di ricerca, potrebbero, almeno in parte “ridimensionare” gli effetti negativi derivanti dalla scarsità di risorse e dalla conseguente “non” valorizzazione in senso economico e sociale.

## 2. *Il sistema dottorale italiano e la Terza missione delle Università*

La missione ultima dell’università è quindi quella di creare progresso, attraverso l’avanzamento della cultura, delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, dell’organizzazione sociale. Ciò trova il principale ancoraggio giuridico nell’art. 179 del TFUE che annovera espressamente tra gli obiettivi dell’Unione “il rafforzamento delle sue basi scientifiche e tecnologiche” mediante la realizzazione di uno “spazio europeo della ricerca”, nel quale i ricercatori, le conoscenze scientifiche e le tecnologie circolino liberamente, configurando quindi la “libera circolazione della conoscenza” come quinta libertà economica, da realizzarsi nell’ambito del mercato unico, al pari della libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali<sup>7</sup>.

Ecco perché la strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva dell’Europa verso il 2020(c.d. Europa 2020), ha fissato tra i suoi punti principali il perseguimento dell’obiettivo di una percentuale di investimenti in Ricerca e Sviluppo (R&S) pari al 3% del PIL di ciascun Stato membro<sup>8</sup>. Obiettivo da cui l’Italia è ben lontana attestandosi circa all’1, 3% del PIL, in confronto ad una media europea del 2, 03 % circa; percentuale che risulta ancora più negativa se rapportata a paesi quali la Corea del Sud, il Giappone e gli Stati Uniti, in cui il rapporto tra investimenti in ricerca e sviluppo si attestano rispettivamente al 4, 23%, 3, 29% e 2, 79% del Pil.

Dati che fanno ancor più riflettere se letti in combinato disposto con le recenti stime elaborate dall’Istat nel “Report sulle prospettive per l’economia italiana 2018-2019” che vedono gli investimenti pubblici in ricerca e sviluppo quali principali stru-

<sup>7</sup> Si ricorda che già nella riunione del Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo del 2000 fu lanciato l’ambizioso programma denominato “Spazio europeo della ricerca” (SER), e che il concetto di SER ricomprende tre aspetti fra loro connessi: un mercato interno europeo della ricerca in cui i ricercatori, le tecnologie e le conoscenze possono circolare liberamente; un vero coordinamento a livello europeo delle attività, dei programmi e delle politiche di ricerca nazionali e regionali; iniziative attuate e finanziate a livello europeo.

<sup>8</sup> A questo si aggiunge in Italia una spesa sul capitolo dell’istruzione fra le più basse nei Paesi Ocse, con una media del 4% del Pil, contro la media Ocse del 5, 2%, e in calo del 7% rispetto al periodo pre-Gelmini (2010).

menti per l'aumento del PIL. Addirittura l'Istituto nel comparare gli effetti di "manovre che mirano al rilancio degli investimenti pubblici in ricerca e sviluppo" con "manovre di sostegno ai redditi delle famiglie" rileva che mentre la destinazione di circa nove miliardi al sostegno dei redditi delle famiglie dovrebbe portare ad un impatto stimato nello 0,2% del PIL, che andrebbe però ad annullarsi nel medio periodo, la scelta di investire un solo miliardo in R&S porterebbe allo stesso incremento del PIL, realizzando però un effetto di natura permanente che andrebbe ad interessare anche il mercato del lavoro<sup>9</sup>.

Per contro, a partire dal 2007, gli investimenti pubblici destinati all'università, ed in particolare al sistema dottorale, hanno visto un continuo decremento, che ha portato ad una drastica diminuzione delle borse di dottorato, che negli ultimi dieci anni si è attestata intorno al 41%<sup>10</sup>, con la conseguenza che l'Italia è andata a collocarsi nella penultima posizione tra i Paesi europei per il rapporto tra numero di borse di dottorato e popolazione<sup>11</sup>.

Posizione che denota una situazione ancor più grave se letta in correlazione alle importanti modifiche che hanno interessato nell'ultimo decennio i criteri di ripartizione nell'assegnazione dei finanziamenti ai corsi di dottorato, e che sono stati determinati sia dai nuovi criteri di valutazione e finanziamento dei corsi di dottorato previsti dal d.m. n. 45 del 2013 sia dalle linee guida MIUR 2014 per l'accreditamento dei corsi di dottorato.

Così mentre fino al 2013 il 70% delle risorse erano ripartite sulla base di criteri meramente quantitativi (connessi al numero di potenziali fruitori dei corsi *post laurea* e al numero effettivo di dottori di ricerca prodotti annualmente dall'Ateneo)

---

<sup>9</sup> Cfr. ISTAT, *Report sulle prospettive per l'economia italiana 2018-2019*, in [www.istat.it](http://www.istat.it). Nel Report sulle prospettive per l'economia italiana l'Istat sembra esprimere una posizione fortemente critica verso specifiche misure di politica economica rappresentative delle posizioni dell'attuale governo, quale è ad es. il c.d. reddito di cittadinanza. Ed infatti, l'Istituto precisa che l'impatto di una manovra di sostegno ai redditi delle famiglie "sotto l'ipotesi che l'intervento corrisponda a un aumento dei trasferimenti pubblici pari a circa mezzo punto di Pil, registrerebbe nei primi anni un aumento medio di 2 decimi di punto del Pil rispetto allo scenario base. Tale reattività potrebbe essere più elevata (e pari a 3 decimi di punto) nel caso in cui si consideri l'impatto del reddito di cittadinanza direttamente come uno *shock positivo* sui consumi delle famiglie. Due gli elementi che porterebbero a una riduzione del rapporto uno a uno tra aumento dei trasferimenti e Pil. Da un lato il moltiplicatore fiscale, inferiore all'unità, dall'altro l'aumento delle importazioni. A questi effetti nel medio periodo si assocerebbe anche un aumento del deflatore dei consumi che annullerebbe progressivamente gli effetti reali della misura. Questo scenario è legato all'ipotesi di una politica monetaria accomodante in grado di neutralizzare possibili tensioni sul mercato del credito", mentre "ipotizzando un aumento degli investimenti pubblici in ricerca e sviluppo, pari a 1 miliardo di euro, il modello MeMo.it evidenzia un effetto permanente sul totale degli investimenti (1% nel primo anno e tassi lievemente superiori negli anni successivi), sul Pil (+0,1% nel primo anno e +0,2% negli anni successivi rispetto allo scenario di base) e, in misura limitata, sul mercato del lavoro".

<sup>10</sup> Cfr. ADI, *Settima indagine annuale adi su dottorato e post-doc*, Roma, 2017.

<sup>11</sup> Cfr. EUROSTAT, *Number of tertiary education students by level and sex 2015*, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), 2017.

e solo il restante 30% delle risorse era ripartito secondo criteri connessi a fattori di *performance*, quali la capacità di attrarre studenti dall'estero, di attrarre laureati di altre sedi universitarie e di reperire risorse dall'esterno, a decorrere dall'anno 2014, i criteri di ripartizione sono stati modificati, in accordo con quanto previsto dall'art. 13 del d.m. n. 45 del 2013, privilegiando un approccio di tipo qualitativo. Il nuovo regolamento sembrerebbe, quindi, voler determinare un vero spartiacque con il passato anche dal lato del finanziamento, con il passaggio da un modello di finanziamento dei corsi di dottorato a natura prevalentemente quantitativa ad uno a natura prevalentemente qualitativa<sup>12</sup>.

L'attenzione alla qualità sembrerebbe dunque indirizzare il dottorato in una direzione positiva. In realtà tale soluzione rimane una mera enunciazione di principio, posto che il MIUR si prefigge di incentivare sistemi maggiormente qualitativi "a costo zero", anzi più precisamente "a ribasso" dato il progressivo decurtamento di risorse al sistema.

A determinare poi un significativo impatto negativo sul numero degli studenti di dottorato sono state anche le linee guida MIUR 2014 per l'accreditamento dei corsi di dottorato (nota n. 436/2014), per la ragione che queste consideravano quale requisito di sostenibilità del corso la congruità tra il numero delle borse di dottorato e il numero dei posti messi a bando al fine di evitare un eccessivo numero di dottorandi privi di borsa. Ciò ha comportato un'ulteriore drastica riduzione del numero dei dottorandi a decorrere dal 2014, in relazione, quasi esclusivamente, ai posti senza borsa.

Non solo. Ad aggravare la situazione è intervenuta la nuova modalità di assegnazione dei finanziamenti ai percorsi di dottorato, in quanto dal 2016 il 60% del finanziamento destinato, nell'ambito del FFO, al sistema dottorale è riservato ai c.d. dottorati innovativi a caratterizzazione industriale, a discapito, dunque, dei c.d. dottorati tradizionali. Tale scelta, apparentemente diretta a premiare la innovazione tecnologica e comunque l'eccellenza, in realtà finisce per incidere sulla stessa qualità dell'offerta dottorale italiana, in quanto tende ad imporre un modello dottorale "vincolato" su tutto il territorio nazionale, che invece di garantire l'eccellenza e premiare l'autonomia della ricerca, rischia di acuire le differenze già esistenti tra Nord e

---

<sup>12</sup> Più specificamente, il finanziamento ministeriale è ripartito annualmente con decreto del Ministro, sentita l'ANVUR, attribuendo un maggior peso alla qualità della ricerca svolta dai membri del collegio dei docenti (40 per cento), al grado di attrattività e di internazionalizzazione del dottorato (20 per cento e 10 per cento) e al grado di collaborazione con il sistema delle imprese e di ricaduta del dottorato sul sistema socio – economico (10 per cento); solo il restante 20 per cento è stato attribuito alla dotazione di servizi, risorse infrastrutturali e risorse finanziarie a disposizione del dottorato e dei dottorandi. Ebbene tali novità hanno prodotto anche sul numero degli studenti di dottorato un impatto negativo nel senso che il numero delle borse è nettamente diminuito, anche in riferimento al numero dei posti senza borsa. Si veda per approfondimenti sul sistema di finanziamento dei dottorati di ricerca, e più in generale dell'università, G. COLOMBINI, *L'università e il cacciatore con il fucile spianato*, in *Diritto e società*, n. 1, 2018.



Sud, considerato che la vocazione industriale che dovrebbe caratterizzare tali dottorati si scontra con realtà economiche e sociali in cui il tessuto economico-imprenditoriale è carente o addirittura inesistente (vedi alcune realtà del mezzogiorno). Ciò vale a ricondurre le università “a modelli in larga parte eterodeterminati, nei quali trova espressione l'idea del valore assegnato all'unitarietà di un sistema, centralmente governato e amministrato”<sup>13</sup>, in netta contraddizione con il riconoscimento costituzionale della promozione della ricerca, dell'autonomia universitaria e della libertà della scienza (artt. 9, 33 e 34 cost).

Vien da sé che questi dati distanziano enormemente le politiche pubbliche italiane in materia di ricerca dall'obiettivo europeo del “rafforzamento della ricerca scientifica”, facendone emergere la miopia e l'inadeguatezza a svolgere quella funzione di propulsione che la formazione dottorale dovrebbe avere nell'economia della conoscenza. Non deve dunque meravigliare se la situazione occupazionale dei dottori di ricerca formati sia per la produzione di conoscenza sia per la produzione di innovazione tecnologica è una delle più basse in Europa.

### 3. *Il mercato occupazionale accademico: limiti*

Le considerazioni che precedono ci introducono, dunque, ad uno degli aspetti di maggiore criticità del sistema dottorale italiano: l'incapacità del sistema accademico di creare un mercato occupazionale di riferimento. Infatti i dati relativi al mercato occupazionale delineano ad oggi un “quadro allarmante”, determinato oltre che dai minori fondi a disposizione anche dai vincoli alle nuove assunzioni. Tali fattori hanno portato a “fotografare” il c.d. mercato accademico come una ipotesi tipica di fallimento del mercato in considerazione del non equilibrato rapporto domanda/offerta tra future posizioni accademiche e dottori di ricerca<sup>14</sup>. Rapporto che vede (addirittura) il 90% circa dei dottori di ricerca espulsi dal percorso accademico, c.d. “uscita forzata”, e che interessa, seppur con percentuali diverse, tutte le figure pre-ruolo che contraddistinguono gli *step* della carriera accademica, e che, come è noto, si sono moltiplicate a partire dalla legge n. 240 del 2010<sup>15</sup>.

La Riforma Gelmini ha, infatti, fortemente innovato il meccanismo di accesso alle posizioni accademiche a tempo indeterminato, eliminando la figura dei ricercatori a tempo indeterminato, e prospettando un percorso irto di “stazioni

---

<sup>13</sup> C. BARBATI, *Alla ricerca di un «diritto per l'Università»*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, n. 3, 2015.

<sup>14</sup> Si veda per approfondimenti sui “numeri” del precariato universitario ARTED, *Il Precariato nelle Università dopo la legge n. 240/2010 (“Gelmini”). Analisi e Proposte dell'Associazione dei Ricercatori a Tempo Determinato*, in [www.uniarted.it](http://www.uniarted.it).

<sup>15</sup> Cfr. ADI, *Settima indagine annuale ADI su dottorato e post-doc*, op.cit.

in prossimità” che vede oltre alla già presente figura degli assegnisti di ricerca<sup>16</sup>, la configurazione di due tipologie di ricercatori a tempo determinato<sup>17</sup>, c.d. di tipo “a” (RTDa, ricercatore *junior*) o di tipo “b” (RTDb, ricercatore *senior*). Posizioni tutte di tipo precario a cui corrispondono differenti situazioni di rischio di interruzione della carriera accademica.

Precisamente si tratta di un sistema che crea alte percentuali di “uscita forzata” dal percorso accademico, che interessano il 57% degli assegnisti, il 28% degli RTDa, e addirittura il 5, 2% dei ricercatori di tipo b, tipologia contrattuale, quest’ultima, che si basa sul meccanismo c.d. di *tenure track*, che consiste nell’apertura di una contestuale posizione da professore associato cui “dovrebbe” accedere al terzo anno il titolare del suddetto contratto, a condizione che abbia conseguito l’Abilitazione scientifica nazionale (ASN) e che sia stato valutato positivamente dalla sua università. Il condizionale è d’obbligo se si considera che sono numerosi i casi in cui i ricercatori non hanno conseguito l’abilitazione scientifica<sup>18</sup>.

È evidente che il percorso accademico *post* Gelmini si contraddistingue per l’allungamento del periodo di servizio non di ruolo, in particolare nei confronti degli studiosi già titolari di assegno di ricerca, a cui consegue da un lato l’innalzamento dell’età media di accesso al ruolo di professore universitario (oltre la soglia dei 40 anni)<sup>19</sup>, dall’altro il consolidarsi di figure di precariato pre-ruolo che rischiano di vedersi espulse dal mercato accademico ad una età che li rende meno appetibili per il mercato del lavoro (si pensi all’impossibilità di stipulare contratti di apprendistato riservati agli *under* ventinove, o anche all’impossibilità di usufruire

<sup>16</sup> Si ricorda che la figura degli “assegnisti di ricerca” introdotta con la l. n. 449/97 (art. 51, comma 6) e successivamente integrata e modificata dalle successive leggi in materia di università fino alla l. n. 240/2010 (art. 22), rappresenta una categoria di studiosi, in possesso di un *curriculum* scientifico professionale idoneo allo svolgimento di tali attività, che possono essere selezionati con bandi pubblici dagli atenei per lo svolgimento di attività di ricerca. Tale figura rappresenta ad oggi la “sola” categoria che anche negli anni della crisi è continuata a crescere nell’organico delle università ed infatti, complessivamente, negli atenei statali si contano 26, 5 titolari di assegni di ricerca ogni 100 docenti.

<sup>17</sup> Si ricorda che la figura dei ricercatori a tempo determinato non è una “novità” della c.d. Riforma Gelmini, dato che erano stati già previsti dalla precedente l. n. 230 del 2005 (“Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari), c.d. Riforma Moratti, che aveva introdotto la possibilità di reclutare ricercatori “a tempo determinato” (di durata compresa tra 3 e 6 anni); tale figura, che affiancava quella del RTI, non aveva però riscosso molto successo (pochissimi sono stati, infatti, i posti di c.d. Ricercatore Moratti a tempo determinato banditi dagli atenei italiani).

<sup>18</sup> Si ricorda che la nuova figura degli RTDb (ricercatori a tempo determinato con *tenure track*) rappresentavano nel 2017 solo il 2% dell’intera popolazione accademica, nonostante il piano straordinario del 2015/2016.

<sup>19</sup> Secondo il “Rapporto Eurydice 2018 sull’età dei docenti universitari nei paesi europei”, l’età media di accesso al ruolo di professore universitario in Germania, Olanda e Danimarca è inferiore ai 35 anni rispettivamente nel 43.4% , nel 34.6% e nel 33.4% dei casi, mentre in Italia solo il 4.6% dei docenti universitari italiani accede alla carriera universitaria prima dei 35 anni. L’Italia si colloca, infatti, in penultima posizione nella classifica europea.

delle agevolazioni legate all'età, quali ad esempio gli stage retribuiti dal progetto *giovani sì*, finanziato con fondi europei e rivolto agli *under 40*).

È evidente che la “tragica” situazione occupazionale dei dottori di ricerca, ed in generale di tutte le figure pre-ruolo, non può che sottolineare il grave spreco di risorse pubbliche, dato che per un verso lo Stato investe circa sessantamila euro per ogni dottore di ricerca finanziato con borsa (centoquarantamila mila circa per un assegnista) e per altro verso circa il 90% dei dottori di ricerca rischia di “disperdere” la formazione acquisita, non trovando né uno sbocco nel settore accademico né una posizione lavorativa adeguata nel mercato del lavoro. L'effetto distorsivo e negativo di questo sistema è dunque duplice: “spreco di cervelli”<sup>20</sup>, e “fuga dei cervelli”<sup>21</sup>.

Fenomeni entrambi in forte crescita che portano, soprattutto la “fuga di cervelli”, a conseguenze negative non solo sul versante della qualità della ricerca, ma anche sul versante dei finanziamenti.

Ed infatti, come ben evidenziano i dati sui fondi ERC (*European Research Council*)<sup>22</sup>, i ricercatori italiani sono tra i più premiati (collocandosi al secondo posto), e tra i maggiori destinatari di finanziamenti per svolgere ricerca all'estero, determinando così, oltre alla fuga dei cervelli e alla fuga dei finanziamenti, anche la drastica riduzione del “potenziale” fattore di sviluppo del sistema economico nazionale, in quanto tale situazione non riesce a creare un vero e proprio modello di circolazione dei cervelli neppure a livello europeo<sup>23</sup>. Ed anzi l'Italia si colloca tra i paesi meno attrattivi per i ricercatori stranieri<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Il c.d. spreco dei cervelli o *brain waste* si realizza in tutti quei casi in cui laureati o dottori di ricerca sono impegnati in occupazioni che richiedono l'applicazione di una piccola parte delle conoscenze acquisite.

<sup>21</sup> La c.d. fuga dei cervelli o *brain drain* (mentre il *brain gain* rappresenta il fenomeno visto dal lato del Paese che riceve i cervelli) si ha quando la mobilità non è armonica e con flusso regolare tra i vari Paesi, con esodi rispondenti alle condizioni migliori di remunerazione o di vita. Si è manifestata in maniera eclatante nel secondo dopo guerra dall'Europa agli Usa, e più recentemente dai Paesi in via di sviluppo ai Paesi industrializzati. Per quanto riguarda l'Italia, all'inizio degli anni '90 solo l'1% dei laureati emigrava all'estero, mentre alla fine di quel decennio la percentuale era salita al 4%. Le destinazioni privilegiate erano – e sono – Francia, Germania, Regno Unito e Usa, ed il flusso non era – e non è – bilanciato. Ad oggi la percentuale di laureati emigrati è notevolmente maggiore alla percentuale dei laureati stranieri presenti nel nostro territorio. Tendenza che è opposta in Francia, Germania, Regno Unito e Usa. I ricercatori sono spinti ad emigrare dall'Italia vista la mancanza di adeguati finanziamenti e strutture per la ricerca, stipendi bassi e, in particolare, la mancanza di certezza di carriera. Un fenomeno in netto peggioramento e che è messo in risalto dagli stessi dati sui fondi ERC (*European Research Council*), che da un lato evidenziano come i ricercatori italiani siano tra i più premiati (insieme ai maggiori paesi dell'UE) e dall'altro lato rilevano che tra i titolari italiani del finanziamento in questione c'è una quota crescente di ricercatori che li spende all'estero.

<sup>22</sup> Per approfondimenti sui finanziamenti europei alla ricerca scientifica si veda G. DELLA CANANEA, *La ricerca scientifica in Europa*, Relazione al Convegno “L'intervento pubblico nella ricerca scientifica”, Montepaone Lido, 6-7 luglio 2018.

<sup>23</sup> Per circolazione dei cervelli si intende il rapporto tra ricercatori che emigrano all'estero e quelli che scelgono di trasferirsi nel nostro Paese. Ed infatti i dati ERC 2018 dimostrano che i progetti ERC saranno svolti principalmente in Gran Bretagna (55 progetti), Germania (38 progetti), Francia (32 progetti), Svizzera (29 progetti).

<sup>24</sup> In Italia, nonostante i 35 progetti vinti da ricercatori Italiani, saranno svolti solo 15 progetti, di cui solo due risultano essere riferibili a ricercatori stranieri.

Il tutto è ancora più paradossale se si considera che tali dati portano a rilevare come, all'interno del sistema universitario, circa la metà dei "professionisti" che svolgono attività di didattica e/o ricerca siano reclutati in virtù di contratti a termine. Ciò vale a dire che il sistema accademico poggia la sua "(in)sostenibilità" sul ricorso ad un alto livello di precariato<sup>25</sup>. Basti pensare che in soli sette anni mentre da un lato si assisteva all'aumento degli assegnisti di ricerca di circa il 6% (da 12.703 a 13.484 unità) ed alla c.d. proliferazione dei contratti (co.co.co, borse di studio, borse di ricerca, contratti di insegnamento e ricerca, anche di tipo gratuito), dall'altro si andava a ridurre di circa il 7% il personale accademico di ruolo (da 58.885 nel 2010-11 a 54.235 nel 2016-17)<sup>26</sup>.

### 3.1. (segue) *Il "duro" confronto in termini occupazionali tra dottori di ricerca e laureati*

Ed è proprio in ragione dell'elevato numero di dottori di ricerca interessati dalla c.d. uscita forzata dal mondo accademico che, sempre sul versante occupazionale, suscita non poche perplessità, il fatto, riscontrato dal Consorzio AlmaLaurea, della penalizzazione, in termini occupazionali, dei dottori di ricerca rispetto ai laureati. Infatti come emerge dai dati concernenti sia il tasso di occupazione e di stabilità a cinque anni dal conseguimento della laurea e del titolo di dottore di ricerca, sia le differenze salariali tra i laureati e i dottori di ricerca nel medesimo arco temporale, il mercato del lavoro non premia la formazione dottorale. In sostanza la relazione tra il tasso di occupazione a cinque anni dalla laurea e dal dottorato, mostra che questo è sensibilmente più alto per chi non ha il dottorato (80% per i dottori di ricerca, 90% circa per i laureati), e diviene ancora più marcato se la relazione è tra il tasso di stabilità a cinque anni dalla laurea e dal dottorato. La probabilità per un

<sup>25</sup> Proprio tali constatazioni sono alla base della "Campagna Ricercatori determinati" promossa da ADI, FLC, CGIL e che, oltre ad una serie di mobilitazioni su tutto il territorio nazionale, ha visto anche l'invio di una lettera di protesta al Presidente della Repubblica, gesto dal valore principalmente simbolico.

<sup>26</sup> M.T. MORANA (a cura di), *Focus MIUR "Il personale docente e non docente nel sistema universitario italiano - 2016/2017"*, in *www.ustat.miur.it*, gennaio 2018. (Elaborazioni su banche dati MIUR, DGCASIS - Ufficio VI Statistica e Studi, dati aggiornati a settembre 2018). Percentuale che, invero, è più positiva del reale dato che il *focus* del ministero ricomprende all'interno della categoria del personale accademico di ruolo anche i ricercatore "a tempo determinato", figura professionale per sua natura precaria, e, come anticipato, suscettibile di essere interessata dal fenomeno c.d. dell'uscita forzata dal mondo accademico. Specificatamente secondo quanto rilevato nel Focus MIUR tra le singole qualifiche si rilevano tuttavia delle differenze. Infatti, mentre i professori ordinari sono diminuiti di quasi il 20%, i professori associati sono aumentati del 16,7%, probabilmente per effetto delle tornate di abilitazione degli ultimi anni. Complessivamente i ricercatori sono diminuiti del 19,5%, riduzione che probabilmente è dovuta all'uscita dal sistema o all'avanzamento di carriera dei ricercatori a tempo indeterminato (figura posta ad esaurimento dalla legge n. 240/2010) e che non è stata completamente compensata dall'ingresso dei ricercatori a tempo determinato, la cui incidenza sul totale dei ricercatori è comunque cresciuta dal 3% al 23% negli anni osservati.

dottore di ricerca di avere un impiego stabile a cinque anni dalla laurea è infatti del 30% mentre per un laureato il tasso supera il 70%.

Quanto al livello di retribuzione le rilevazioni statistiche hanno dimostrato che il c.d. "premio salariale" dei dottori di ricerca si riduce nel lungo periodo<sup>27</sup>. Ed infatti, la differenza di guadagno mensile tra laureati e dottori di ricerca mette in evidenza che il salario netto mensile a cinque anni dal conseguimento del titolo per i dottori di ricerca è addirittura inferiore di circa cento euro rispetto a quello dei laureati.

Si tratta dunque di una fotografia dell'esistente che denuncia una grave situazione di precariato intellettuale che mortifica la professionalità del dottore di ricerca, disattendendo peraltro anche i principi contenuti nella "Carta europea dei ricercatori". Del resto un'implicita svalutazione del titolo di dottore di ricerca emerge anche dalla *costruzione* dei vari Rapporti di Almalaurea (c.d. Rapporto sul Profilo e sulla Condizione occupazionale dei laureati), che considerano i dottori di ricerca sullo stesso piano dei laureati, qualificandoli appunto come studenti e non come professionisti della ricerca<sup>28</sup>.

A ridimensionare tale criticità non sembrano neppure indirizzate le recenti proposte contenute nella legge di bilancio 2018, laddove si prevedono sgravi fiscali in favore delle imprese che assumono a tempo indeterminato laureati e dottori di ricerca con il massimo dei voti.

Amnesso che tale misura si concretizzi, è evidente che si tratta di una disposizione diretta ad avvantaggiare i laureati, anziché i dottori di ricerca, in quanto, ponendo sullo stesso piano le due posizioni, non prevede misure differenziate a seconda dei diversi segmenti del mercato occupazionale di riferimento. Anzi, la misura sembra vincolare lo sgravio al rispetto di rigidi vincoli di età dei neo-assunti (30 anni per i laureati, 34 anni per i dottori di ricerca); vincoli che non sembrano tener conto delle peculiarità del c.d. mercato occupazionale accademico, dato che, come rilevato dalle statistiche, gran parte dei dottori di ricerca (circa 1/3) è costretto ad uscire dal mercato accademico dopo vari assegni di ricerca, borse di studio e ricerca. In altre parole mentre per i beneficiari laureati l'arco temporale di riferimento per usufruire dell'agevolazione coprirebbe un lungo periodo di tempo, per i dottori di ricerca l'arco temporale andrebbe a restringersi notevolmente.

---

<sup>27</sup> G. ARGENTIN, G. BALLARINO, S. COLOMBO (a cura di), *Espansione senza equalizzazione? Le disuguaglianze di accesso al dottorato di ricerca in Italia dagli anni '90 in avanti*, in *Soc. del lavoro*, n. 136, 2014, 149 – 165.

<sup>28</sup> Il rapporto Almalaurea del 2017 rileva che l'85% dei dottori di ricerca trovano una occupazione a dodici mesi dal titolo, con un valore dunque superiore al 71% registrato tra i laureati magistrali. Ma ad una lettura attenta del rapporto emerge che tale inversione è solo apparente dato che il rapporto del 2017 ha modificato il parametro di riferimento riferendo i dati all'occupazione di lavoro ad un anno dal titolo, senza distinzione, cioè, tra laureati e dottori di ricerca, quando è noto che quasi un terzo dei dottori di ricerca, ad un anno dal titolo, risulta ancora impegnato in attività sostenute da borsa di studio o assegni di ricerca, finalizzati a completare, in una posizione di precariato, la ricerca avviata durante gli anni di dottorato.

Chiaro è che una misura del genere, se non ripensata da un punto di vista qualitativo e quantitativo, porterà ad una ulteriore “non” valorizzazione del titolo di dottore di ricerca e ad una accentuazione del divario già esistente tra laureati e dottori di ricerca.

#### 4. *Alla “ricerca” di un sistema di valorizzazione del dottorato. La best practice dell’École nationale d’administration*

Le considerazioni che precedono fanno emergere che il finanziamento non è l’unico problema che interessa il nostro sistema dottorale. Infatti accanto ai limiti economici (quali ad es. la riduzione del numero di borse di dottorato, l’affermazione di un livello retributivo “non” adeguato, l’esistenza dei c.d. dottorati senza borsa, la configurazione di un sistema di tassazione dei dottorandi, ecc.), ad allontanare enormemente le politiche pubbliche italiane dagli obiettivi enunciati nella Carta Europea dei ricercatori è la “non” valorizzazione del titolo di dottore di ricerca, sia in ambito accademico che in ambito pubblico e privato.

Tale carenza ha alimentato un ampio dibattito pubblico sulle criticità che inficiano il nostro sistema dottorale, tant’è che il MIUR ha recentemente predisposto uno schema di decreto di modifica del regolamento sui corsi di dottorato (d.m. n. 45 del 2013), finalizzato proprio alla “valorizzazione” del titolo di dottore di ricerca.

Ed infatti la novità principale dello schema di decreto concerne proprio la definizione del dottorato come “qualificante” per i “più elevati profili professionali delle pubbliche amministrazioni”.

Vero è che l’*iter* di approvazione del nuovo regolamento sembra registrare una battuta di arresto a seguito dei rilievi mossi dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto. In particolare il Consiglio di Stato ha osservato che le finalità del dottorato sono definite per via legislativa, e specificatamente dalla legge n. 210 del 1998, e, quindi, non possono essere ridefinite per via regolamentare.

Non si tratta, è evidente, di un parere negativo sulla valorizzazione del dottorato nei concorsi per la pubblica amministrazione, ma sul *modus operandi* seguito dal Ministero.

Per quanto concerne, invece, la valorizzazione del dottorato nelle imprese, il Consiglio di Stato, muove dei rilievi sostanziali, laddove rileva che lo schema di decreto non sembra risolvere le principali lacune che caratterizzano i dottorati innovativi, in quanto mancano nello schema di decreto le indicazioni necessarie ad individuare le diverse tipologie di dottorato (industriale, internazionale e inter-settoriale). Ugualmente per la istituzione di dottorati industriali, internazionali ed inter-settoriali, il Consiglio di Stato, rileva che mancano le indicazioni sia sulle modalità di convenzione con le imprese, sia sulle modalità di collaborazione tra atenei o enti di ricerca.

In sostanza, al di là del rilievo sul *modus operandi*, con questo parere sono state messe in luce sia specifiche carenze del sistema dottorale sia carenze di carattere generale laddove nelle “raccomandazioni” rivolte al MIUR, lo si invita a porre in essere un vero e proprio coinvolgimento dell’associazione dei dottorandi italiani (ADI) e dell’Anvur, richiamandolo anche a documentare in maniera chiara modalità ed esiti della consultazione.

È dunque in questo “clima” che si sono sviluppate le innumerevoli proteste organizzate dall’ADI<sup>29</sup>, volte a sensibilizzare il governo sulla necessità di porre in essere una (improcrastinabile) riforma del sistema dottorale. Proteste che si sono concretizzate in una “proposta di riforma del dottorato”, inviata al Ministero e alle principali forze politiche, al fine di porre in essere “concrete misure” atte a “valorizzare” il titolo di dottore di ricerca<sup>30</sup>.

Si tratta di un documento analitico, dal quale si evince chiaramente che la “valorizzazione” del dottorato di ricerca richiede interventi su tre macro aree: quella del finanziamento, quella dell’individuazione dello “status” giuridico dei dottori di ricerca, quella della c.d. “valorizzazione” (riconoscimento) del titolo nei concorsi pubblici e nel settore privato.

Ebbene, andando ad analizzare la prima delle macro aree, quella del finanziamento, le proposte avanzate dall’ADI prevedono un progressivo aumento delle risorse stanziare nel Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO) al fine di incrementare il numero delle borse di dottorato di ricerca. Aumenti che, sottolinea l’ADI, porterebbero non solo a “rafforzare” il settore della ricerca nel suo complesso, ma anche ad avere importanti ricadute sullo sviluppo del sistema Paese. I dottorati di ricerca (rileva una indagine dell’OCSE) “*giocano un ruolo cruciale nel guidare l’innovazione e la crescita economica [...]*”, in quanto “*le aziende sono attratte dai Paesi che fanno di questo livello di formazione e ricerca una opportunità facilmente raggiungibile*”<sup>31</sup>.

Inoltre, l’Associazione, nell’ottica di aumentare il numero dei dottori di ricerca, senza incidere sullo stanziamento del FFO, sottolinea la necessità di “rafforzare” la possibilità per gli atenei di bandire posizioni di dottorato senza borsa, riservate esclusivamente al personale della pubblica amministrazione in c.d. congedo straordinario, salva la fruizione dell’aspettativa retribuita garantita per legge (*ex art. 2, legge n. 476 del 1984 come modificato dall’art. 52 della legge n. 448/2001*)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> In proposito si è svolta a Roma il 14 dicembre 2018 una partecipata manifestazione nazionale.

<sup>30</sup> L’ADI nel sollecitare una riforma del sistema di reclutamento universitario ha richiesto anche un piano di reclutamento pluriennale straordinario.

<sup>31</sup> OCSE, *Education at a Glance 2013*, in [www.oecd.org](http://www.oecd.org), 295.

<sup>32</sup> Secondo l’art. 2 legge n. 476 del 1984, nel testo modificato dalla legge n. 448/2001, “in caso di ammissione a corsi di dottorato di ricerca senza borsa di studio, o di rinuncia a questa, l’interessato in aspettativa conserva il trattamento economico, previdenziale e di quiescenza in godimento da parte dell’amministrazione pubblica presso la quale è instaurato il rapporto di lavoro. (...) qualora, dopo il conseguimento del dottorato di ricerca, il rapporto di lavoro con l’amministrazione pubblica cessi per volontà

Ciò permetterebbe una maggiore qualificazione del personale della pubblica amministrazione, anche se ormai dopo la riforma Gelmini questo diritto spettante ai dipendenti pubblici è “condizionato” dalla previa verifica della “compatibilità con le esigenze di servizio dell’amministrazione” (art. 19, com. 3, let. b).

È evidente che l’impatto economico di queste proposte per le finanze pubbliche è assai rilevante, posto che, per “riallineare” la situazione italiana alla media europea, sarebbe necessario uno stanziamento capace di garantire almeno 255 borse in più di dottorato ogni anno, per un importo di circa 116.000.000 euro.

Se la prima proposta si presenta come difficilmente realizzabile ponendosi in netta controtendenza con le scelte politiche degli ultimi anni caratterizzate da un costante ridimensionamento dei finanziamenti alle università, non meno problematica si configura anche la seconda proposta, relativa all’individuazione di un diverso *status* giuridico per i dottori di ricerca. Una modifica del genere oltre ad incidere sull’inquadramento giuridico dei dottori di ricerca, sino ad oggi considerati come “studenti” iscritti all’ultimo e più elevato livello di formazione, si porrebbe in linea con la figura professionale che emerge dalla Carta europea dei ricercatori, contribuendo alla realizzazione dello Spazio Europeo dell’Alta Formazione e dello Spazio Europeo della Ricerca<sup>33</sup>.

Senonché, nonostante il richiamo, nel decreto ministeriale del 2013, all’ordinamento europeo, lo *status* giuridico dei dottorandi di ricerca è rimasto ad oggi quello dello “studente”. Pertanto l’unica soluzione possibile è quella di passare da una mera enunciazione formale ad una operatività sostanziale mediante una riforma che ne riconosca lo *status* giuridico di lavoratore all’interno dell’università<sup>34</sup>.

---

del dipendente nei due anni successivi è dovuta la ripetizione degli importi corrisposti (...)”. Sul punto si è espressa recentemente la Corte di Cassazione nella sentenza n. 3096 del 2018, in una causa concernente l’applicabilità del congedo straordinario anche ai dipendenti pubblici con contratto a termine. Secondo il ragionamento della Corte la norma ha contemperato il diritto allo studio del pubblico dipendente con l’interesse della P.A., stabilendo, da una parte, l’incondizionata erogazione di un emolumento economico (la borsa di studio o la retribuzione) e dall’altra una condizione di stabilità del rapporto di pubblico impiego, che giustifica la deroga, per il periodo di svolgimento del dottorato, al principio generale di sinallagmaticità. Pertanto, nonostante la disposizione si riferisca al “pubblico dipendente”, senza ulteriori precisazioni, la *ratio* della norma porta a ritenere che il legislatore ne abbia voluto circoscrivere l’applicazione ai soli casi in cui l’ammesso al corso di dottorato sia legato all’amministrazione da un rapporto a tempo indeterminato. Tuttavia, tale interpretazione potrebbe sollevare un problema di compatibilità della normativa nazionale (applicabile ai soli assunti a tempo indeterminato) con il diritto dell’Unione Europea – che afferma il divieto di trattamenti discriminatori nelle condizioni di impiego, salvo i casi in cui la disparità di trattamento sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti – nei casi in cui la durata del rapporto a tempo determinato fosse compatibile con la condizione imposta dalla norma, ossia se fosse prevista la prosecuzione almeno biennale del rapporto del lavoratore una volta terminato il periodo di aspettativa.

<sup>33</sup> In effetti l’art. 1 del d.m. n. 45 del 2013 nel disporre che il dottorato di ricerca “fornisce le competenze necessarie per esercitare attività di ricerca di alta qualificazione presso soggetti pubblici e privati, nonché qualificanti anche nell’esercizio delle libere professioni, contribuendo alla realizzazione dello Spazio Europeo dell’Alta Formazione e dello Spazio Europeo della Ricerca”, lasciava presumere che si andasse in quella direzione.

<sup>34</sup> Si ricorda che seconda la c.d. Carta europea dei ricercatori “tutti” i ricercatori devono essere



Interessante al riguardo appare la posizione dell'ADI che propone di inquadrare giuridicamente il dottorato di ricerca in un contratto a causa mista a tempo determinato, che preveda formazione e lavoro, della durata minima di tre anni e senza limiti di età per i soggetti interessati. Una soluzione del genere, consentirebbe, infatti, di creare un "ruolo unico" per i dottorandi che verrebbero finalmente qualificati come "lavoratori", sia pure *sui generis* stante gli obblighi formativi, con implicito riconoscimento dei diritti fondamentali tipici dei lavoratori.

Peraltro se si va a considerare l'attività svolta durante il dottorato è evidente che questa è equiparabile, in termini di responsabilità e competenze, a quella lavorativa. La normativa vigente, infatti, definisce come "lavoratore" quella "persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di intraprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari" (d.lgs. n. 81/08 art. 2 comma 1 lettera a).

Oltretutto lo *status* attuale del dottorando come "studente" appare in forte contraddizione con gli obblighi che lo stesso dottorando è tenuto ad osservare. Basti pensare che il dottorando è tenuto ad iscriversi alla gestione separata INPS come un lavoratore parasubordinato, ed è obbligato a frequentare un corso sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

È evidente, dunque, che l'assimilazione del dottorato ad un contratto di lavoro, oltre a comportare il conseguimento di una qualifica professionale (quella di "professionista della ricerca"), va ad incidere in modo sostanziale sulla disciplina lavoristica e previdenziale. Infatti il dottorando "lavoratore" non dovrebbe più essere iscritto alla gestione separata INPS, ma a quella ordinaria come i ricercatori (RTDa/RTDb), potendo peraltro conteggiare gli anni di servizio del dottorato nel percorso contributivo individuale<sup>35</sup>.

Non solo. Una riforma che avviasse il passaggio da "studente" a "lavoratore" andrebbe ad incidere (indirettamente) anche sull'effettività di alcuni diritti sociali, quale il diritto all'abitazione, condizionato in larga parte dalle risorse economiche dei soggetti interessati e nel caso dei dottori di ricerca altresì dal loro *status* giuridico. L'esistenza di un contratto del genere renderebbe, infatti, più facile l'accesso al mutuo per l'acquisto di una casa anche ai dottori di ricerca.

Ma al di là di questi aspetti strettamente economici e previdenziali, la modifica

---

riconosciuti come "professionisti" ed essere trattati di conseguenza. Tale qualificazione dovrebbe cominciare nella fase iniziale delle carriere, ossia subito dopo la laurea, indipendentemente dalla classificazione a livello nazionale (dottorandi di ricerca, borsisti di ricerca, assegnisti di ricerca).

<sup>35</sup> L'individuazione nel CCNL della figura del "professionista della ricerca" potrebbe determinare una valorizzazione sostanziale, oltretché formale, dei dottori di ricerca nel settore privato. Ciò comporterebbe, infatti, l'individuazione di uno specifico profilo lavorativo ed il suo riconoscimento non solo nel mondo accademico o in quello degli enti di ricerca. Vero è che un tale risultato è strettamente legato alla capacità del tessuto imprenditoriale di comprendere le specificità di una tale figura.

dello *status* giuridico del dottorando nella direzione auspicata dall'ADI, comporterebbe la effettiva "valorizzazione" del titolo di dottore di ricerca nei concorsi pubblici e nel settore privato.

Veniamo così al terzo aspetto delle proposte dell'ADI, quello della valorizzazione del titolo. Nel documento tale proposta si articola secondo tre percorsi di intervento: uno volto alla valorizzazione del titolo di dottore di ricerca nella pubblica amministrazione in generale, uno volto ad una valorizzazione *ad hoc* del titolo di dottore di ricerca nel comparto "scuola", uno volto a implementare la valorizzazione del titolo nel settore privato.

Ebbene, la valorizzazione del titolo di dottore di ricerca nella pubblica amministrazione potrebbe sembrare connaturale alla stessa configurazione del dottorato quale massimo livello di istruzione, ma in realtà fino ad oggi il dottorato di ricerca non è quasi mai richiesto come titolo preferenziale per accedere ai concorsi e non è neppure valutato in modo adeguato tra i titoli, equiparandolo per esempio ai *master*.

Vero è che il d.lgs. n. 165 del 2001 ("*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della amministrazioni pubbliche*"), così come modificato dall'art.6, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 75 del 2017<sup>36</sup>, ha previsto, tra i principi ai quali debbono conformarsi le procedure di reclutamento del personale indette dalle pubbliche amministrazioni la "*possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento, il possesso del titolo di dottore di ricerca, che deve comunque essere valutato, ove pertinente, tra i titoli rilevanti ai fini del concorso*" (art. 35 "Reclutamento del personale")<sup>37</sup>. Ma è anche vero che tale disposizione pur rappresentando un primo segnale nel percorso di "valorizzazione" del titolo di dottore di ricerca, rischia, però, di "essere vanificata" dalla "natura facoltativa" della previsione stessa che lascia un ampio margine di discrezionalità alle pubbliche amministrazioni.

Diversamente, l'Associazione dei dottorandi italiani sottolinea la necessità di interventi legislativi volti a garantire la predisposizioni di bandi riservati ai dottori di ricerca, nonché un adeguato riconoscimento del titolo in sede concorsuale e di progressione di carriera<sup>38</sup>.

Sul punto occorre evidenziare che in questa direzione sembrano muoversi anche alcune politiche regionali. A venire in rilievo al riguardo sono le "mozioni"

<sup>36</sup> Recante "Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" (decreto attuativo della c.d. Riforma Madia).

<sup>37</sup> Art. 35, comma 3, lett. e-ter, d.lgs n. 165 del 2001.

<sup>38</sup> Ciò permetterebbe di evitare che nella valutazione dei titoli rilevanti ai fini dei concorsi pubblici sia attribuito il medesimo punteggio a tutti i titoli *post lauream* senza distinguere adeguatamente tra *master*, dottorato e altri titoli, in corrispondenza ai crediti formativi universitari (cfu). Ad es. se ad un master annuale (60 cfu) è riconosciuto un punto, ad un dottorato di ricerca (180 cfu) dovrebbero essere riconosciuti tre punti.

recentemente presentate dai consigli regionali del Lazio e della Basilicata che impegnano le rispettive giunte ad attivarsi nel prevedere il titolo di dottore di ricerca tra i requisiti di accesso per specifici profili o livelli di inquadramento.

Indicazioni interessanti per un'effettiva "valorizzazione" del titolo di dottore di ricerca, potrebbero venire dall'esperienza francese che, con il *Décret n. 2018-793 du 14 septembre 2018* ha istituito, a titolo sperimentale, un "*concours externe spécial d'entrée à l'École nationale d'administration (ENA) réservé aux titulaires d'un diplôme de doctorat*", c.d. *Programma Eureka*, al fine di "innovare" la pubblica amministrazione ("tutta") e di elevare il livello delle professionalità interne in "tutti" i settori<sup>39</sup>.

Ed infatti l'ENA ha disciplinato il *concours externe spécial "docteurs"* in relazione a tre classi di concorso dottorale, "*docteurs en sciences de la matière et de l'ingénieur*", "*docteurs en sciences humaines et sociales*" e "*docteurs en sciences de la vie*", "*destiné à diversifier le recrutement de l'école de la haute fonction publique*". Quanto alla modalità di reclutamento, la soluzione francese prevede che tale concorso si strutturi come "*spécial*", nel senso che, a fronte delle cinque prove scritte e orali in cui generalmente si articolano i concorsi dell'ENA, i *concours réservé aux titulaires d'un diplôme de doctorat* si articolano in forma semplificata, uno scritto quale "*épreuve d'admissibilité*"<sup>40</sup> e due prove orali (una in lingua inglese), quali "*épreuves d'admission*"<sup>41</sup>.

Ma la novità principale consiste nella particolare attenzione che la modalità di reclutamento destina al "riconoscimento" della qualificazione del dottore di ricerca come "professionista", come è ben evidente nella "*épreuves d'admission*" che prevede per il candidato "*de se présenter et d'évoquer son parcours ainsi que ses travaux universitaires. Il se poursuit par des échanges portant notamment sur la reconnaissance des acquis de l'expérience professionnelle résultant de la formation à la recherche et par la recherche, conformément à l'article L.412-1 du code de la recherche*".

<sup>39</sup> Ed infatti, secondo l'art. 1 del "*Décret n° 2018-793 du 14 septembre 2018 instituant à titre expérimental un concours externe spécial d'entrée à l'École nationale d'administration réservé aux titulaires d'un diplôme de doctorat*" "*A titre expérimental et pendant une durée de cinq ans à compter du 1er mars 2019, peut être organisé chaque année un concours externe spécial d'entrée à l'École nationale d'administration, ouvert aux candidats justifiant, à la date de clôture des inscriptions, du diplôme de doctorat défini à l'article L. 612-7 du code de l'éducation ou d'une qualification reconnue comme équivalente à ce diplôme dans les conditions fixées par le décret du 13 février 2007 susvisé.*"

<sup>40</sup> Specificatamente "*une épreuve de rédaction d'une note d'analyse et de propositions à partir d'un dossier de 25 pages maximum.*"

<sup>41</sup> Le due prove orali consisteranno una in "*un entretien permettant, à partir d'un dossier renseigné par le candidat et présentant son expérience professionnelle et ses travaux de recherche, d'apprécier ses aptitudes, ses motivations, son parcours et ses réalisations ainsi que son aptitude à mobiliser, dans un environnement professionnel, les connaissances et compétences acquises pour l'accomplissement des fonctions confiées aux corps recrutant par la voie de l'École nationale d'administration*", l'altra, la prova in lingua inglese, in "*une épreuve orale en langue anglaise comportant la lecture d'un extrait et le commentaire d'un texte de 600 mots environ ayant pour sujet l'actualité européenne et internationale suivis d'une conversation avec le jury.*"

Chiaro è che questa scelta ha trovato un forte appoggio nella *Confédération des jeunes chercheurs*<sup>42</sup>, che ha visto in questo concorso un forte impegno nel percorso di valorizzazione del titolo di dottorato nel sistema francese. Invero, questo concorso è stato accolto positivamente anche dall'intero sistema economico-sociale francese, da anni interessato ad arginare la crisi economica-istituzionale in cui versa l'ENA e che, secondo i media francesi, rispecchia non solo la "crisi contabile" della scuola, ma quella più tragica della classe culturale francese.

Si tratta dunque di una "sperimentazione" che sembra andare nella direzione dell'economia della conoscenza, nel senso che il sistema francese riconosce nell'istruzione e nella ricerca, segnatamente di livello universitario, lo strumento per la costruzione di una società inclusiva, capace di promuovere lo sviluppo globale e di rispondere ai nuovi bisogni attraverso la formazione di professionalità adeguate.

Modello che purtroppo in Italia fatica ad affermarsi<sup>43</sup>. Ne è un esempio la vicenda del recente concorso per l'ammissione di centoquarantotto allievi al corso-concorso selettivo di formazione organizzato dalla Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA). Ebbene la Scuola, ai fini dell'ammissione, non ha riconosciuto alcun punteggio al titolo di dottore di ricerca, mettendolo sullo stesso piano di un diploma di specializzazione o di un master di secondo livello, con la motivazione che si trattava di un concorso soltanto per esami<sup>44</sup>.

Non solo. Il bando di concorso ha riconosciuto tra i "titoli di preferenza" (art. 11) ai fini della compilazione della graduatoria, alla let. s), anche "coloro che abbiano prestato *lodevole servizio* a qualunque titolo, per non meno di un anno, in una pubblica amministrazione", ciò vale a dire, secondo quanto specificato nelle stesse *Faq* predisposte dalla presidenza del consiglio dei ministri "un titolo di preferenza che consiste in una dichiarazione firmata dal Dirigente dell'Ufficio che definisce lodevole la qualità del lavoro svolto dal dipendente. Ai fini del corso-concorso la dichiarazione può essere emessa dalla pubblica amministrazione presso la quale il candidato ha svolto o sta svolgendo il proprio lavoro", dimostrando quindi in modo emblematico come il percorso di dottorato di ricerca *non* sia equiparato in alcun caso ad una prestazione lavorativa presso una pubblica amministrazione, neppure in una speciale sede concorsuale come quella della Scuola della pubblica amministrazione, che va a selezionare i futuri dirigenti delle principali amministrazioni pubbliche.

È evidente che in Italia siamo ben lontani dalla *best practice* dell'*École nationale d'administration*.

---

<sup>42</sup> Confederazione dei giovani ricercatori che riunisce una trentina di associazioni di dottorandi e dottori di ricerca.

<sup>43</sup> F. SINOPOLI, *Siamo nella società e nell'economia della conoscenza. Ma siamo chi?*, in *www.italianieuropei.it*.

<sup>44</sup> "Concorso pubblico, per esami, per l'ammissione di centoquarantotto allievi al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale per il reclutamento di centoventitré dirigenti nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici" scaduto il 4 ottobre 2018.

Un discorso a sé, nel contesto delle pubbliche amministrazioni, interessa invece la “valorizzazione” del titolo di dottore di ricerca per l’accesso alla “Scuola”, in considerazione dello stretto legame che caratterizza l’Università e il settore “Scuola” in generale, quali “istituti di istruzione”. Ed infatti, il comparto scuola dovrebbe rappresentare uno degli “sbocchi naturali” dei dottori di ricerca, in linea con quanto accade negli altri paesi europei. Probabilmente è proprio per questa “affinità intrinseca” che le proposte dell’ADI sul riconoscimento del titolo di dottore di ricerca nel settore scuola rappresentano lo stadio più avanzato e dettagliato di tutta la proposta di riforma, e sono attualmente in discussione alla Camera in VII Commissione Parlamentare (Cultura, scienza e istruzione). In particolare il documento “Proposte alla VII Commissione Parlamentare” prevede alcune misure necessarie ad una valorizzazione del dottorato di ricerca all’interno dell’ambito scolastico, quali la considerazione del triennio di dottorato come un anno di servizio effettivo a scuola, l’esonero, come già avviene in altri concorsi per i laureati<sup>45</sup>, dei dottori di ricerca dalla prima prova scritta di carattere disciplinare per l’accesso al ruolo, l’attribuzione in sede di concorso di un punteggio adeguato al titolo di dottore di ricerca.

Infine, l’ADI sottolinea la necessità di politiche pubbliche capaci di individuare strumenti che permettano la valorizzazione dei dottori di ricerca nel settore privato. Le principali criticità del rapporto tra domanda e offerta dei dottori di ricerca sono rappresentate dal basso livello di innovazione del sistema produttivo italiano e dalla miopia delle politiche economiche-industriali poco attente ad incidere sulla “domanda di innovazione nel mondo delle imprese”<sup>46</sup>.

Ad innescare un circuito virtuoso e non temporaneo tra domanda e offerta dei dottori di ricerca nel settore privato, potrebbero contribuire anche alcuni strumenti posti in essere dalle Università, quali l’introduzione negli uffici di *job placement* di tutti gli atenei di un’area dedicata a dottori di ricerca, ed anche la promozione di *career days* dedicati ai dottori di ricerca, nonché l’implementazione degli uffici di trasferimento tecnologico (*industrial liaison office*) con misure volte a rafforzare la costituzione di *spin-off* universitari anche nei campi delle scienze sociali. Tali strumenti porterebbero, infatti, ad enfatizzare le peculiarità proprie della formazione dottorale, rendendola maggiormente “comprensibile” anche agli operatori del settore privato.

Si tratta comunque di proposte di valorizzazione che richiedono un impegno finanziario da parte dello Stato superiore a quello attuale e sicuramente non risolvibili secondo la ben nota formula del “senza oneri per la finanza pubblica”!

---

<sup>45</sup> L’esonero dalla prima prova in un concorso pubblico per una determinata categoria è già prevista, ad esempio, per l’accesso all’esame di stato di dottore commercialista per i laureati nelle classi di Laurea Specialistica 84/S Scienze economiche aziendali, 64/S Scienze dell’economia ovvero nelle classi di Laurea Magistrale LM 56 Scienze dell’economia e LM 77 Scienze economiche aziendali che abbiano conseguito un determinato numero di crediti formativi.

<sup>46</sup> ADI, *Valorizzazione del dottorato di ricerca nelle imprese: proposte per una riforma di sistema*, in [www.dottorato.it](http://www.dottorato.it).

Sul versante “non” accademico privato una possibile strada da percorrere potrebbe essere quella della riforma dei centri per l’impiego, con l’individuazione di uffici e percorsi *ad hoc* per i dottori di ricerca, come pure quella della creazione di canali di finanziamento dedicati alla promozione dell’imprenditorialità dei dottori di ricerca. Questi ultimi potrebbero essere realizzati mediante la creazione di un fondo *ad hoc* presso la Cassa depositi e prestiti, o in alternativa ricorrendo a specifiche previsioni atte a rendere funzionali alcuni fondi già esistenti, come quelli c.d. di *venture capital*<sup>47</sup>. Vero è che in questi anni la Corte dei conti ha sollevato non poche “perplexità” sulla “compatibilità” tra gli interventi posti in essere dalla Cassa e il suo “*il suo operare ai margini del perimetro statutario*”, ma in questo caso non si tratterebbe di investire su imprese in crisi (Alitalia, Ilva, ecc.), ma “sulle eccellenze del paese”<sup>48</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Volendo fare alcune considerazioni conclusive è possibile affermare che la crisi del sistema dottorale italiano è strutturale e non congiunturale.

Si tratta infatti di una crisi che ha origini lontane non addebitabile ad una specifica riforma, ma generata da una originaria mancanza di chiarezza sulla *ratio* stessa del percorso dottorale.

In buona sostanza si tratta di una “crisi di identificazione”, le cui cause vanno ricercate nell’incapacità di tutte le politiche pubbliche di individuare lo “scopo” al quale il sistema dottorale deve tendere.

I numerosi interventi in materia anziché costruire un quadro normativo organico, hanno seguito la logica della stratificazione normativa, comune a tanti settori della legislazione italiana, con il risultato che ad oggi non si è riusciti ad affrontare ed a definire la missione del dottorato di ricerca nell’economia della conoscenza.

Ed infatti, come emerge dalle indagini svolte sul sistema universitario italiano, solo il 9% degli assegnisti di ricerca (“posizione” accademica successiva rispetto al dottorato) trova una collocazione a tempo indeterminato all’interno delle università italiane, mentre il restante 91% trova enormi difficoltà ad entrare in contatto

---

<sup>47</sup> Questi fondi che ad oggi prevedono una corsia preferenziale per le *start up* innovative del settore del *blockchain*, potrebbero essere indirizzati più genericamente a tutte le *start up* innovative.

<sup>48</sup> Cfr. Corte dei conti, Sezione controllo enti, *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e Prestiti, per gli esercizi 2014-2015*, in *www.corteconti.it*, 2016, 90-91. La Corte sottolinea che si tratta di uno scenario ibrido, in cui si collocano in particolare, “le operazioni che prima nel 2015 (Fondo nazionale di risoluzione – Banca Etruria) e poi nel 2016 (Fondo Atlante -Banco Popolare di Vicenza/Veneto Banca) hanno visto coinvolta la Cassa in cordate di garanzia e salvataggio di Istituti bancari, così come gli interventi a sostegno delle imprese (Ilva)”. Operazioni che “lasciano perplessità soprattutto sulla compatibilità statutaria e sulla pertinenza degli impieghi delle risorse di Cdp per tali finalità”.

con il mondo del lavoro pubblico e privato, con la moltiplicazione dei fenomeni di “spreco dei cervelli” o “fuga dei cervelli”.

Ciò rende evidente l'incapacità delle politiche pubbliche di dar vita ad una vera e propria valorizzazione della figura dei dottori di ricerca, proprio per la ragione che alla base di questa incapacità c'è una visione della formazione universitaria e della carriera accademica come spesa da sostenere e non come investimento da perseguire<sup>49</sup>.

Quello che purtroppo sfugge è che questi limiti del sistema universitario hanno ricadute sull'intero sistema economico italiano e soprattutto sono la causa del *deficit di innovazione* che lo caratterizza.

Nell'era della c.d. economia della conoscenza, l'implementazione di politiche volte alla “valorizzazione” del dottorato nelle università, nella scuola, ed in generale nel settore pubblico e privato, è dunque un passaggio ineludibile al quale i governi non possono più sottrarsi, non soltanto per i positivi effetti economici e di innovazione che figure professionali del genere possono determinare su di un territorio, ma anche per gli effetti sociali trattandosi di un “capitale sociale” che non deve (e non può) essere “sprecato e sacrificato”.

---

<sup>49</sup> Così C. BARBATI, *Alla ricerca di un «diritto per l'Università»*, op. citi, 643.

**Abstract**

The italian doctoral system in knowledge economy

by Vanessa Manzetti

The research work aims to investigate public policies concerning research doctorates, and in particular, whether these have put in place a real “value” of the doctoral system. Following this line, the investigation carried out focused both on the financial profile by analyzing the “quantum” of the resources allocated to the system, as well as on the qualitative and social profile, trying to detect the “value” recognized to the PHD degree simply in the labour market (academic and “not”). It is clear that these two aspects assume an approach that cannot be conceived as a separate and standing alone analysis, since the quantitative profile of the resources obviously affects the rest, creating “serious” distortions in the system to the point of qualifying the doctoral education as a typical hypothesis of market failure, not only in the occupational sense, but also in economic and social one.

It is also true that public policies aimed at the qualitative “enhancement” of the PhD title could, at least in part “downsize” the negative effects deriving from the shortage of resources and from the consequent “no exploitation” in the economic and social sense.

*Keywords:* Phd; enhancement of Phd; job market failure; knowledge economy.



# L'accesso al dottorato di ricerca: un diritto condizionato del dipendente pubblico

di Piera Guglielmini

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Diritto all'istruzione alla luce dei principi nazionali ed europei – 3. I dipendenti pubblici e il diritto all'istruzione: il dottorato di ricerca. – 4. Alcune osservazioni.

## 1. Premessa

La promozione della cultura e della ricerca scientifica rappresentano i pilastri imprescindibili di ogni ordinamento democratico. È evidente, infatti, il rilievo che tali valori assolvono per lo sviluppo e per la formazione dell'individuo sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità<sup>1</sup>.

Il progresso sociale ed umano parte, infatti, proprio dallo sviluppo e dalla promozione della cultura e della ricerca scientifica di modo che tale sviluppo risulta strettamente connesso alla crescita culturale della collettività.

Il diritto soggettivo di ciascuno a ricevere “una libera e adeguata istruzione ed educazione in scuole di ogni ordine e grado per la formazione della sua personalità”<sup>2</sup> è ampiamente riconosciuto nel nostro ordinamento, tuttavia, vi sono casi in cui tale diritto risulta essere condizionato nel suo esercizio.

Ne è un esempio l'accesso ad un corso *post-lauream* di dottorato di ricerca, terzo ciclo dell'istruzione universitaria in molti paesi del mondo, che risulta condizionato per i dipendenti della Pubblica Amministrazione imponendo una valutazione caso per caso del concreto atteggiarsi del diritto all'istruzione<sup>3</sup>.

Tale sistema, ancora più paradossale alla luce dei principi costituzionali ed europei in materia recepiti nel nostro ordinamento, incoraggia una ricerca degli strumenti necessari a garantire il concreto accesso all'istruzione anche ai dipendenti pubblici.

---

<sup>1</sup> Sul diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano v. V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, Editoriale

Scientifica, 1975; S. CASSESE, A. MURA, *Artt. 33-34*, in Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe

Branca, Rapporti etico-sociali, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1976, p. 210 ss.

<sup>2</sup> Relazione di Aldo Moro su “I principi dei rapporti sociali (culturali)”, in Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione.

<sup>3</sup> FAZIO, *Il dottorato di ricerca*, Roma, 1980; D'ADDONA, DI LISIO, MATARAZZO, “Il dottorato di ricerca”, Roma, 1983; MERLONI, *Ricerca scientifica*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1994, XXVII.

## 2. *Diritto all'istruzione: i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e sovranazionale*

È noto che, in ambito nazionale, il diritto all'istruzione<sup>4</sup> è stato espressamente sancito nella Costituzione repubblicana sia all'art. 9 che pone tra i principi fondamentali dell'ordinamento lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, sia agli artt. 33 e 34 che si riferiscono rispettivamente alla libertà di insegnamento e al diritto-dovere di istruzione e formazione.

In particolare, in materia di istruzione universitaria, l'art. 34 Cost. afferma al terzo comma che *"I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi"* e al quarto comma che *"la Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso"*.

Tali disposizioni costituzionali delineano i principi della c.d. "Costituzione culturale"<sup>5</sup> alla luce dei quali la Repubblica in tutte le sue articolazioni si impegna a preservare, valorizzare e incentivare attraverso la promozione della cultura (e ricerca) il progresso culturale, scientifico e tecnico del Paese.

È bene evidenziare che la portata del diritto all'istruzione, data la sua rilevanza, va ben oltre i confini nazionali trovando espresso riconoscimento anche a livello sovranazionale.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, infatti, all'art. 26 stabilisce che *"ogni individuo ha diritto all'istruzione"* e che essa *"deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia tra tutte le nazioni, i gruppi razziali e religiosi e deve favorire l'opera delle nazioni Unite per il mantenimento della pace"*. Allo stesso modo il primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce all'art. 2 il diritto all'istruzione, disponendo che tale diritto *"non può essere rifiutato a nessuno"*<sup>6</sup>. Ed ancora, l'art. 14 della Carta fondamentale dei Diritti dell'Uomo dispone che: *"Ogni individuo ha diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua. Questo diritto comporta la facoltà di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria"*.

Alla luce del quadro normativo sopra delineato risulta evidente, quindi, che

<sup>4</sup> A. M. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Il Mulino, 2003; PIERO A. MILANI, *Diritto allo studio universitario: problemi e prospettive. atti del Convegno nazionale di Pavia*, in *Collana "Università e società"*

*Università e società / Logos international*, 1986.

<sup>5</sup> A. PIZZORUSSO, *"Diritto della cultura e principi costituzionali"*, in *Quaderni costituzionali Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2000, pp. 317-332.

<sup>6</sup> R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei Diritti: commento alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Soc. Ed. Il Mulino, 2001; R. MASTROIANNI, S. ALLEGREZZA, O. POLLICINO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017.

tale diritto presenta uno spettro di azione molto ampio riguardando non solo i livelli di istruzione inferiore obbligatori ma anche i livelli di istruzione e formazione più elevati e, dunque, universitari e *post*-universitari, come il dottorato di ricerca, titolo accademico *post-lauream*, introdotto nel nostro sistema universitario dall'art. 8 della Legge n. 28 del 1980<sup>7</sup>.

### 3. *I dipendenti pubblici e il diritto all'istruzione: il dottorato di ricerca*

Tanto premesso, occorre indagare l'atteggiarsi del diritto all'istruzione, in particolare quella universitaria, per i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni anche alla luce dei molteplici interventi normativi in materia.

Non vi è dubbio che in un contesto storico come quello attuale, che pretende l'intervento di incisive riforme è richiesto anche alle Pubbliche Amministrazioni di porre in essere iniziative che agevolino un rapido ed efficace adattamento dell'organizzazione amministrativa ad una realtà economica in costante movimento. In tale prospettiva, la formazione universitaria *post-lauream* assume un grande rilievo in quanto consente a coloro che lavorano nell'Amministrazione l'acquisizione, attraverso la formazione e l'aggiornamento continuo, di strumenti culturali e professionali altamente specializzati. A sostegno di ciò il legislatore, nel dare attuazione al principio di rilievo costituzionale<sup>8</sup> (di cui all'art. 9 Cost.), ha introdotto con la Legge n. 476/1984 l'istituto dell'aspettativa del pubblico dipendente ammesso ad un corso di dottorato di ricerca stabilendo all'art. 2 che "*il pubblico dipendente ammesso ai corsi di dottorato di ricerca è collocato a domanda in congedo straordinario per motivi di studio senza assegni per il periodo di durata del corso ed usufruisce della borsa di studio ove ricorrano le condizioni richieste. Il periodo di congedo straordinario è utile ai fini della progressione di carriera, del trattamento di quiescenza e di previdenza*". Con questa disposizione, pertanto, è stato consentito al dipendente pubblico, ammesso ai corsi di dottorato di ricerca, di usufruire di un congedo straordinario non retribuito per tutta la durata del dottorato, normalmente pari a tre anni.

La *ratio* di una siffatta disposizione è quella di favorire la partecipazione dei pubblici dipendenti ai suddetti corsi in modo da accrescere la loro cultura e la loro qualificazione professionale sul presupposto che quest'attività non risulta un esclusivo interesse del dipendente ma anche della stessa Amministrazione, in quanto, la conoscenza acquisita dal dipendente ammesso al dottorato è destinata inevitabilmente ad incidere nell'attività dallo stesso svolta nella Amministrazione di appartenenza. Tale norma, come affermato anche dalla Corte Costituzionale<sup>9</sup>, regola la condizione di chi è ammesso ai corsi di dottorato ed è titolare di un rap-

<sup>7</sup> F. S. VINGIANI, "L'ordinamento universitario annotato e coordinato", Bari: Cacucci, 1998.

<sup>8</sup> G. MATUCCI, F. RIGANO, "Costituzione e Istruzione", FrancoAngeli, 2016.

<sup>9</sup> Corte Cost. 30 maggio 1995, n. 201.

porto di pubblico impiego, senza distinzione alcuna quanto all'Amministrazione di appartenenza. Ciò in ragione di rendere effettivo, secondo il giudice delle leggi, lo svolgimento delle attività richieste per la prosecuzione degli studi destinati all'approfondimento delle metodologie per la ricerca e la formazione scientifica: attività e studi che rispondono all'interesse, costituzionalmente rilevante, della ricerca scientifica.

In questo contesto, secondo la Corte, la disposizione relativa al congedo straordinario ha carattere di norma speciale, che disciplina un aspetto considerato necessariamente connesso all'attività di studio e di ricerca nell'ambito delle strutture destinate ai corsi di dottorato, con effetti consequenziali sullo stato giuridico del dipendente ammesso ai corsi.

Con la legge n. 448 del 2001 il legislatore ha, inoltre, introdotto un'ulteriore disposizione in favore del dipendente pubblico ammesso al corso di dottorato di ricerca, stabilendo all'art. 2 che *“in caso di ammissione a corsi di dottorato di ricerca senza borsa di studio, o di rinuncia a questa, l'interessato in aspettativa conserva il trattamento economico, previdenziale e di quiescenza in godimento da parte dell'amministrazione pubblica presso la quale è instaurato il rapporto di lavoro”*<sup>10</sup>. Alla luce di tale disposizione, il dipendente pubblico ammesso ad un dottorato di ricerca può ottenere, non più il solo congedo straordinario non retribuito durante il triennio di studi, ma anche, in caso di dottorato senza borsa di studio o in caso di rinuncia alla stessa, un'aspettativa retribuita dall'Amministrazione pubblica presso la quale egli lavora.

Il legislatore ha così delineato un profilo diverso del dottorato di ricerca, non unicamente inteso come titolo essenziale per l'accesso all'attività universitaria, ma considerato anche un valore aggiunto del pubblico dipendente messo al servizio della P.A..

Tale disciplina, infatti, basandosi su un diritto pieno del pubblico dipendente all'aspettativa, ha avuto il merito di contribuire a realizzare una più elevata qualità dell'organizzazione amministrativa e una maggiore efficienza dell'azione della P.A., dal momento che, chi consegue un dottorato di ricerca, al ritorno in servizio presso l'Amministrazione di appartenenza, riversa le maggiori competenze acquisite durante l'attività di ricerca nella funzione pubblica cui è adibito accrescendone il livello di qualità ed efficienza.

Nell'evoluzione del rapporto tra dottorato di ricerca e Pubblica Amministrazione, ha inciso in modo significativo la riforma Gelmini, che è intervenuta nella disciplina dell'istituto del congedo straordinario. In particolare, l'art. 19, comma terzo, della legge n. 240/2010, ha stabilito che il pubblico dipendente ammesso ai corsi di dottorato di ricerca è collocato in congedo straordinario per motivi di studio *«compatibilmente con le esigenze dell'amministrazione»*.

A seguito della riforma Gelmini, quindi, la previsione che la concessione

---

<sup>10</sup> Cfr. art. 52, comma 57, Legge 28 dicembre 2001, n. 448.

dell'aspettativa richiesta dal dipendente debba essere subordinata ad una valutazione di compatibilità della domanda con le esigenze dell'Amministrazione di appartenenza finisce con l'accordare al dipendente pubblico ammesso al dottorato di ricerca non più un diritto pieno ed incondizionato bensì una posizione giuridica soggettiva condizionata la cui realizzazione è subordinata alle esigenze di buon andamento della P.A.<sup>11</sup>.

Tale innovazione normativa ha evidenziato un repentino cambio di prospettiva del legislatore, il quale, almeno fino all'avvento della riforma, nella attività di comparazione degli interessi pubblici, considerava preminente il diritto allo studio e alla formazione professionale del pubblico dipendente alla necessità dell'Amministrazione a dover utilizzare il funzionario richiedente l'aspettativa.

Orientamento, quest'ultimo, avallato anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>12</sup>.

#### 4. *Alcune osservazioni*

Appare evidente che l'istituto del congedo straordinario per motivi di studio, quale appunto il dottorato di ricerca per i dipendenti pubblici, ha subito nel tempo un'evoluzione destinata ad incidere sul diritto all'istruzione vantato dal soggetto aggiudicatario della borsa di studio. Come si è avuto modo di rilevare, infatti, prima della riforma Gelmini, la disciplina prevedeva che il congedo venisse attribuito dal dirigente dell'Amministrazione ogni qualvolta fosse presentata dal dipendente pubblico una domanda, corredata da un certificato di ammissione e frequenza al ciclo di istruzione *post*-universitario, rilasciato dall'Ufficio Dottorati della propria Università. Così delineato, il congedo straordinario per la frequenza dei dottorati di ricerca risultava oggetto di un provvedimento amministrativo vincolato ed il dipendente pubblico si vedeva riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dello stesso, in armonia con i principi costituzionali ed europei sanciti in materia di istruzione.

Tuttavia, l'art. 19 della legge 240/2010, ha introdotto una novità sostanziale, in quanto il congedo straordinario non risulta più essere automaticamente attribuito a seguito della domanda del dipendente ma viene concesso compatibilmente con le esigenze dell'Ente pubblico.

In tale prospettiva, il congedo straordinario diventa l'oggetto di un provvedimento discrezionale dell'Amministrazione e il dipendente pubblico risulta il titolare di un mero interesse legittimo alla sua concessione. Sarà, dunque, il singolo datore di lavoro a decidere se considerare preminente l'aspetto del buon andamento

---

<sup>11</sup> Circolare n. 12 del 2011 del Ministero per la Pubblica amministrazione, "La formazione di livello universitario nelle pubbliche amministrazioni- permessi per diritto allo studio"

<sup>12</sup> Corte Cost. 30 maggio 1995, n. 201.

della P.A., di cui all'art. 97 Cost. ovvero il valore della promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnologica, tutelato dall'art. 9 Cost.

A parere di chi scrive, la previsione di un congedo straordinario che può essere autorizzato «*compatibilmente con le esigenze dell'amministrazione*», corre il rischio di attribuire al dirigente un potere *ad nutum*, rendendo in tal modo la decisione di autorizzazione o di diniego, più che discrezionale, arbitraria, con la conseguente violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione.

Sebbene, dunque, il diritto a fruire del congedo straordinario per dottorato di ricerca, in base all'attuale disciplina, risulta essere condizionato dalle esigenze dell'Amministrazione, è altrettanto vero che debbano sussistere evidenti e gravissime ragioni per legittimare la compressione della posizione giuridica del dipendente pubblico a cui la legge accorda, anche in ossequio ai principi costituzionali richiamati, la possibilità di accrescere la propria qualificazione professionale, indubbiamente anche nell'interesse dell'Amministrazione medesima.

Anche la giurisprudenza amministrativa<sup>13</sup>, preso atto della normativa in materia, ha cercato di mitigarne la portata, disponendo che il collocamento in aspettativa, così come un suo eventuale diniego, è subordinato ad un'attenta valutazione da parte dell'Amministrazione di appartenenza alle sue esigenze organizzative. Essa infatti è tenuta, in ottemperanza al generale obbligo di cui all'art. 3 della Legge n. 241/90, alla predisposizione di una rigorosa motivazione circa le oggettive ragioni di compatibilità/incompatibilità del collocamento in aspettativa richiesto dal dipendente, con gli interessi e le funzionalità della stessa P.A.

Dalla motivazione deve, pertanto, potersi evincere, in modo non equivoco, come il provvedimento finale sia il risultato del miglior bilanciamento di tutti gli interessi pubblici e privati in gioco: da un lato, quello della Pubblica Amministrazione al buon andamento e all'efficienza del suo ufficio e dall'altro, quello del privato alla partecipazione al dottorato di ricerca.

Il sancito obbligo di motivazione costituisce così un autentico limite alla discrezionalità della Ente, che dovrà operare una scelta che sia coerente ed esaurientemente motivata in fatto e in diritto, e che indichi i criteri e le ragioni per cui essa risulta la più idonea al perseguimento dell'interesse pubblico<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 7 marzo 2017, n. 1307

<sup>14</sup> In merito all'obbligo di motivazione il Consiglio di Stato ha affermato che *“l'obbligo di motivazione è da intendersi rispettato quando l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'Amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale, in conformità ai principi di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione”* (Cfr. Cons. Stato, Sez V, 25 maggio 2017, n. 2457)

**Abstract**

Access to the Doctor of Philosophy:  
a conditional right of the public employee

by Piera Guglielmini

The right to education ensures access to quality schools and to an education that is directed towards the full development of the human personality. Nevertheless, the access to the doctorate for the public employees can be conditioned from the demands of the Public Administration. This creates a compression of the subjective right of the employee and the purpose of this article it is to analyze the ways through which the law assures the right to the education.

*Keywords:* Human rights; education; culture; Ph.D.; university; public employees; public administration.





## Regime dei titoli edilizi e forma della funzione amministrativa. Alcune riflessioni

di Bruno Mercurio\*

SOMMARIO: 1. Funzione amministrativa e attività edilizia: dal controllo preventivo al controllo successivo. – 2. Ristrutturazione edilizia pesante e s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire: un caso di inutile semplificazione. – 3. Frazionamento di unità immobiliari con modifica del carico urbanistico: un caso di inopportuna liberalizzazione. – 4. Tirando le fila del discorso: spunti conclusivi.

### 1. *Funzione amministrativa e attività edilizia: dal controllo preventivo al controllo successivo*

Negli ultimi anni è profondamente mutato il regime giuridico dei titoli edilizi secondo un disegno che sembra voler mantenere subordinati all'attività autorizzativa dell'amministrazione, attraverso la produzione di un apposito titolo, i soli interventi destinati a trasformare il territorio mediante la edificazione di una nuova costruzione; la ristrutturazione di un edificio preesistente, in modo da modificarne volumetria e sagoma, ovvero la ristrutturazione urbana<sup>1</sup>.

In tutti gli altri casi, relativi ad interventi su immobili già esistenti, il titolo edilizio o non è richiesto affatto, ed è il caso dell'attività edilizia libera, che necessita di una semplice comunicazione, o può essere autoprodotta dal privato, mediante una gamma di segnalazioni e comunicazioni certificate<sup>2</sup>.

---

\*Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Napoli "L'Orientale". Avvocato.

<sup>1</sup>L'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001, come noto, contiene al comma 1 le definizioni degli interventi edilizi di "manutenzione ordinaria" (lett. a), di "manutenzione straordinaria" (lett. b), fra cui "sono ricompresi anche il frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari con esecuzione di opere anche se comportanti la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari nonché del carico urbanistico purché non sia modificata la volumetria complessiva degli edifici e si mantenga l'originaria destinazione d'uso; di "restauro e risanamento conservativo" (lett. c), di "ristrutturazione edilizia" (lett. d), di "nuova costruzione" (lett. e) e di "ristrutturazione urbanistica" (lett. f). Vi è, poi, la categoria di chiusura del sistema costituita dagli interventi di "nuova costruzione", riportata alla lettera e, costruita secondo il criterio della residualità, in cui rientrano tutte quelle opere non comprese nelle lettere da a a d, oltreché alcuni interventi espressamente elencati nelle sottoarticolazioni da e.1 a e.7. D'altra parte nell'art. 10, co. 1, lì dove il legislatore detta la disciplina dei titoli edilizi ed in particolare del permesso di costruire, è stata inserita la definizione, alla lett. c, degli "interventi di cosiddetta ristrutturazione pesante". Sulla nozione di costruzione ai fini del rilascio del permesso di costruire C.d.S. n. 3490/2006; Tar Piemonte, sez. I, n. 946/2013.

<sup>2</sup> Il D.P.R. n. 380/2001 è stato più volte modificato nel corso degli ultimi anni, nella parte che disciplina i titoli edilizi, dalla normativa in materia di semplificazione ed in particolare, da ultimo, dall'art. 3 del d.lgs. n. 222 del 2016 attuativo dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (cd. legge Madia) in materia di semplificazione dei titoli amministrativi. Il Testo Unico, attualmente, distingue attività completamente liberalizzate (art.6) fra cui rientrano gli interventi di manutenzione ordinaria ed altri considerati minori (come l'abbattimento delle barriere architettoniche, l'installazione

Tale nuovo assetto finalizzato, come noto, a liberalizzare e semplificare l'attività edilizia, si fonda sul presupposto che la stessa non richieda quasi mai<sup>3</sup> l'esercizio di un potere discrezionale di valutazione e bilanciamento dei diversi interessi pubblici incisi dall'iniziativa privata, in quanto tali valutazioni sarebbero svolte, a monte, nella pianificazione urbanistica<sup>4</sup>.

Alla pianificazione urbanistica<sup>5</sup>, infatti, sarebbe riservata la limitazione e la conformazione delle modalità di godimento della proprietà privata<sup>6</sup> agli interessi pubblici coesistenti in un dato territorio attraverso la funzionalizzazione della proprietà a fini sociali, secondo quanto stabilito dai principi costituzionali che regolano i rapporti economici<sup>7</sup> e dal codice civile che impone al proprietario l'osservanza delle prescrizioni contenute nei piani regolatori per le costruzioni e per le riedificazioni o modificazioni delle costruzioni esistenti<sup>8</sup>.

---

di impianti tecnologici o temporanee come le ricerche geognostiche, i movimenti di terra o le serre temporanee); attività liberalizzate che richiedono una comunicazione che per alcuni interventi deve essere asseverata (art.6 bis) nella quale sono ricompresi gli interventi non riconducibili agli elenchi degli articoli che disciplinano gli altri titoli edilizi; attività subordinate a segnalazione certificata di inizio attività (art. 22) quando gli interventi riguardino parti strutturali dell'edificio nonchè gli interventi di ristrutturazione edilizia diversi da quelli di ristrutturazione cosiddetta pesante o le varianti a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie; infine interventi sottoposti a permesso di costruire (art. 10) fra cui a) gli interventi di nuova costruzione, gli interventi di ristrutturazione urbanistica e gli interventi di ristrutturazione edilizia. Questi stessi interventi, secondo l'art. 23 del Testo Unico, così come recentemente modificato dal D.lgs. n.122/2016, possono essere realizzati, in alternativa al permesso di costruire, mediante segnalazione certificata di inizio attività (comma.1, lett. a). Il medesimo art. 23, co. 1, prevede, alle seguenti lettere b e c, che possano essere realizzati mediante SCIA anche gli interventi di nuova costruzione qualora già disciplinati da piani attuativi o da accordi negoziali, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive (lett. b) o che siano diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche (lett. c). Sulla natura giuridica della SCIA Ad. Plen., n. 15/2011; sugli interventi realizzabili mediante SCIA v. C.d.S. n. 5984/2018.

<sup>3</sup> P. MARZANO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti. Garanzia della proprietà e scelte della P.A.*, Padova, Cedam, 2002.

<sup>4</sup> M.S. GIANNINI, *Sull'imputazione dei piani regolatori*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, II, 882 ss. (ora in *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2003, 299 ss.).

<sup>5</sup> Per un approfondimento M. PACELLI, *La pianificazione urbanistica nella Costituzione*, Milano Giuffrè, 1966; P. URBANI, voce Urbanistica in *Enc. Dir.*, vol. XLV, 1992, p. 868 e ss.; P. STELLA RICHTER, *L'urbanistica dopo la pianificazione* in S. AMOROSINO (a cura di) *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1995; P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Jovene, Napoli, 2003; A. M. SANDULLI, *Appunti per uno studio sui piani regolatori*, in *Riv. giur. ed.*, 1958, II, 132 ss..

<sup>6</sup> G. ABBAMONTE, *Riserva di legge, pianificazione territoriale e tutela della proprietà*, in M.A. SANDULLI, M. SAPIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, Esi, 2007, 177 ss.

<sup>7</sup> G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1998, agg., II, 796 ss. «le motivazioni socio-economiche delle scelte in cui si esprime la pianificazione territoriale sono sostanzialmente intese alla programmazione della vita socio-economica della comunità».

<sup>8</sup> Nella relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 4 aprile 1942 si legge: «Negli

In questo senso, l'attività di pianificazione urbanistica costituisce lo strumento attraverso cui si fanno emergere bilanciandoli, gli interessi della comunità<sup>9</sup>.

In particolare, la pianificazione di livello comunale, a valenza generale, rappresenterebbe lo strumento di sintesi fra l'attuazione degli standard e delle prescrizioni imposti dalla normativa statale generale, dai piani e programmi territoriali regionali, dai piani di coordinamento provinciali e da quelli di settore finalizzati alla realizzazione di interessi pubblici primari, (dalla tutela dell'ambiente e del paesaggio alla valorizzazione dei beni culturali, alla tutela della salute e della sicurezza, alla sviluppo delle comunicazioni), ed il soddisfacimento dei bisogni differenziati della comunità locale<sup>10</sup>.

Ciò pone l'ente più prossimo al cittadino al centro dei diversi interessi pubblici coesistenti nel territorio comunale siano essi oggetto di specifiche previsioni normative o tutelati in previsioni di piani sovraordinati, da recepire<sup>11</sup>; frutto di scelte proprie, o, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>12</sup>, determinate dal basso, attraverso i moduli dell'urbanistica consensuale o negoziata<sup>13</sup>.

---

articoli 869-872 sono richiamate le limitazioni che derivano dai piani regolatori, dai regolamenti edilizi comunali e dalle leggi che stabiliscono particolari modalità di costruzione per le località sismiche. Una disposizione speciale (art. 870 del c.c.) regola il caso in cui nei piani regolatori sia prevista la formazione dei così detti comparti, affermando il potere dell'autorità amministrativa di procedere all'espropriazione, a norma delle leggi in materia, qualora gli aventi diritto sugli immobili compresi nel comparto non regolino i loro reciproci rapporti in modo da rendere possibile l'attuazione del piano. Le conseguenze della violazione delle norme dei regolamenti edilizi sono sancite dall'art. 872 del c.c., il quale codifica principi già enunciati dalla giurisprudenza. Tali regolamenti sono fonte di diritti per i privati: se la violazione di essi ha prodotto danno, i terzi hanno diritto di esserne risarciti; hanno inoltre il diritto di chiedere la riduzione in pristino quando si tratta della violazione di quelle norme che integrano le disposizioni del codice sui rapporti di vicinato”.

<sup>9</sup> F. BENVENUTI, *Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia*, in *Economia trentina*, 1956, 51 ss. (ora in Scritti, Milano, Vitaepensiero, 2007, 1455 ss.)

<sup>10</sup> Autorevole dottrina ha sottolineato come la disciplina urbanistica vada intesa “come disciplina della localizzazione e coordinazione ambientale delle convivenze umane”, F. BENVENUTI, *Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia*, cit. p. 1455 e ss.. Sul tema, V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica ed interessi differenziati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1985 e P. STELLA RICHTER., *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2002; Sulla inevitabile conflittualità fra i diversi interessi insistenti su un dato territorio M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.

<sup>11</sup> Si distinguono, tradizionalmente, standard a operatività differita e immediata: i primi sono i limiti applicati in tutto il territorio nazionale, che si differenziano in rapporto alla natura della zona comunale considerata; i secondi sono i limiti a cui è sottoposta l'attività edificatoria a scopo residenziale nei comuni sprovvisti di strumento urbanistico generale. Sugli standard, cfr. L. FALCO, *Gli standard urbanistici*, Roma, 1977.

<sup>12</sup> P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni Costituzionali*, 1993. G. DI FIORE, *La sussidiarietà, suggestioni di un principio*, Napoli, 1999; A. ALBANESE, *Sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 52 ss.

<sup>13</sup> A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000; P. URBANI, *Territorio e Poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2007; P. URBANI, *Pianificare per accordi*, in *Riv. Giur. Ed.*, 4, 2005, p. 177 e ss., secondo cui in presenza dell'urbanistica

Sarebbe, così, la pianificazione urbanistica<sup>14</sup> a stabilire il rapporto fra potere amministrativo e diritto di proprietà<sup>15</sup> orientando la funzione sociale di quest'ul-

---

consensuale, «l'amministrazione va oltre l'urbanistica, perché interpreta al meglio il proprio ruolo di ente esponenziale, a competenza generale preposto alla cura degli interessi di tutta la collettività».

In un precedente lavoro ho avuto modo di evidenziare che sul corretto assetto degli interessi pubblici nella pianificazione ha inciso la mancata e tempestiva attuazione dei piani di area vasta attraverso cui si sarebbero potuti ridurre in un'ottica di efficacia ed economia propria degli strumenti a valenza urbanistica di coordinamento, gli interessi primari, singolarmente considerati ed oggetto di specifiche prescrizione da parte di piani di settore. B. MERCURIO, *Interesse pubblico nella funzione di pianificazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO, (a cura di) AA.VV., *L'Interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Vol. I Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 609 – 619.

<sup>14</sup>In dottrina è stato affermato che «nessuna trasformazione territoriale può essere legittimamente effettuata se non sulla base di previsioni contenute in un atto di pianificazione». V. CERULLI IRELLI, *Sulla legge statale contenente principi fondamentali in materia di governo del territorio in Giustizia Amministrativa* on line, n. 6, 2004.

<sup>15</sup>Sulla configurazione del diritto di proprietà nella Costituzione italiana, e sui limiti al diritto soggettivo introdotti dall'ordinamento pubblico, la bibliografia è copiosa. Tra gli altri si segnalano: M. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, in *Riv. Dir. Agr.* 1952, p. 482; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1252; dello stesso A., *Poteri dei privati e disciplina delle proprietà*, 1962, in cui, è messo in rilievo il dato secondo cui, nel nostro ordinamento, la funzione sociale indica un principio generale, che opera in qualsiasi situazione di proprietà. Di notevole interesse è, anche la tesi di S. PUGLIATTI, secondo cui, nel nuovo assetto costituzionale, non esiste un concetto di proprietà unitariamente inteso, ma tanti diritti di proprietà, ciascuno diverso dall'altro, generati dallo scontro del nucleo centrale del medesimo diritto soggettivo e i limiti e gli obblighi posti dall'ordinamento. Si veda di questo A. *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.; Ancora, sul tema, si rinvia a: M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 215, in cui l'A., con riferimento all'art. 832 c.c., afferma che la norma codicistica fornisce una definizione dell'istituto non più oggettiva, riferita alla proprietà, ma soggettiva, dato che il proprietario è individuato quale titolare del diritto sul bene, pieno ed esclusivo, con limiti negativi e positivi. Il diritto soggettivo non incontra solo limiti negativi all'esercizio del suo diritto: si può fare tutto ciò che non è vietato, ma positivo: si può fare tutto purché si rispettino i limiti e gli obblighi previsti dalla legge; Ancora, si vedano: M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del dir.*, 1971, p. 458; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1971; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 470; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971; F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione*, in *Studi in memoria di D. Petitti*, Milano, 1973, p. 1511; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; F. LUCARELLI, *La proprietà pianificata*, Napoli, 1974; A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986; V.M. TAMPONI, *Il contenuto del diritto di proprietà alla luce dell'art. 42 Cost.*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Milano 1989, 165; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1991, 433, ss; BALDASSARRE, voce proprietà in *Enc.Giur. I Dir. Cost.*, per il quale con l'intervento dello stato sociale, il diritto di proprietà cessa di essere diritto inviolabile per costituire un diritto valore da bilanciare. P. BARCELLONA, voce proprietà (tutela costituzionale) in *Digesto, disc. priv. sez. civ. XV*, Torino, 1997; GALLETTO, voce *Proprietà immobiliare urbana*, ivi, p. 468, ss.; M.E. COMBA, *I diritti civili, verso una nuova funzione della proprietà privata*, in

tima<sup>16</sup>, anche attraverso la complementare attività di pianificazione attuativa e di programmazione<sup>17</sup>.

In tale assetto, si vanno progressivamente restringendo gli ambiti di esercizio di potere discrezionale nel passaggio dalla pianificazione generale, caratterizzata da discrezionalità ampia a quella attuativa, in cui prevalgono elementi di discrezionalità tecnica, fino alla formazione dei titoli edilizi in cui lo spazio della scelta risulterebbe pressoché esaurito<sup>18</sup>.

La funzione svolta dalla amministrazione pubblica sull'attività edilizia, si qualificerebbe, di conseguenza, come controllo; di tipo preventivo sulla conformità alle regole urbanistiche negli interventi per cui è previsto il rilascio del permesso di costruire o successivo sulla veridicità delle dichiarazioni e certificazioni prodotte dal privato in tutte le altre ipotesi in cui l'attività edilizia è stata liberalizzata o semplificata<sup>19</sup>. Detta visione è alla base delle più recenti modifiche che, a partire

---

*Diritti e Costituzione dell'Unione Europea*; a cura di Zagreblesky, Bari, 2002, p. 153; T. PASQUINO, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di TAMPONI e GABRIELLI, Napoli 2006, p. 38 in cui l'A., commentando la disciplina costituzionale sui limiti al diritto di proprietà, afferma: "L'adozione delle locuzioni riconoscere e garantire consente di potere estendere la tutela del privato non solo alla vicenda dell'appartenenza del bene al suo titolare, bensì anche a tutte le altre modalità di godimento; nel senso che il riconoscimento della rilevanza degli interessi generali e della loro prevalenza su quelli individuali non può rappresentare un giusto limite quando esso stesso è tale da vanificare il riconoscimento e la garanzia che il secondo comma dell'art. 42 offre al proprietario".

<sup>16</sup> A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Ed. di Comunità, 1963, ss., rileva come la Costituzione accomuna all'economia la pianificazione urbanistica poiché costituisce lo strumento per l'attuazione ed imposizione di fini sociali alla proprietà. Secondo l'Autore attraverso la pianificazione si può incidere sulla trasformazione degli assetti socioeconomici esistenti ed inadeguati, per renderli più razionali e più consoni "alle esigenze di giustizia sociale, di benessere, di dignità e di libertà della persona, migliorando il rapporto fra l'uomo e l'ambiente [...]". Cfr. P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, Giappichelli, 2007;

<sup>17</sup> M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, Giappichelli, 2003; Già M.S. GIANNINI, voce *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1983, XXXIII, 629 ss, evidenziava come accanto al termine di pianificazione è stato introdotto quello di programmazione e di piano; G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, cit., 796 ss. Secondo l'Autore «le motivazioni socio-economiche delle scelte in cui si esprime la pianificazione territoriale sono sostanzialmente intese alla programmazione della vita socio-economica della comunità», ed ancora «programmazione – intesa l'espressione nel senso di indirizzo e coordinamento degli interessi socio-economici delle comunità e degli individui – e pianificazione territoriale non sono scindibili nei loro contenuti, anche se la formazione dell'una e, rispettivamente, dell'altra possono richiedere distinzione di competenze e di procedure, di atti, da coordinare al loro volta, con opportune aperture, che consentano, in partenza, il colloquio ed il sinergismo nell'azione e nei risultati».

<sup>18</sup> N. ASSINI, P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano Giuffrè, 2012

<sup>19</sup> Una volta spirato il termine previsto per l'esercizio dei poteri inibitori originari, il potere amministrativo di controllo e di conformazione dell'attività privata non può che considerarsi in ogni caso assoggettato alle regole di cui al primo comma dell'art. 21 *nonies* e assoggettato alle limitazioni previste dalla norma, e che « [...] per un efficace coordinamento occorrerà tener conto 'in concreto'

dal 2001, con l'approvazione del D.P.R. n. 380 e con una netta accelerazione dal 2010 in poi<sup>20</sup>, hanno riguardato la materia, in cui il legislatore ha progressivamente sottratto alla valutazione dell'amministrazione la formazione dei titoli edilizi<sup>21</sup>, sul presupposto che potesse essere trasferito nella sfera di responsabilità del privato l'accertamento della sussistenza dei relativi presupposti già tutti predefiniti dalla legge o dai piani<sup>22</sup>. Al fine di bilanciare questa forma di liberalizzazione viene assegnato alla pubblica amministrazione, entro i limiti temporali che la legge ha, via via però, sempre più ristretto, l'esercizio del potere di autotutela sui permessi rilasciati e del potere di inibizione sui titoli autoprodotti, con effetti ripristinatori, peraltro non sempre assicurati<sup>23</sup>.

Sembrerebbe, allora, che l'amministrazione conservi la propria competenza, sebbene temperata dagli strumenti di semplificazione, solo in presenza delle

---

dei contenuti del potere di intervento *ex post* (repressivo, inibitorio o conformativo) nel caso di SCIA: trattandosi 'a monte' di attività vincolata da parte dell'amministrazione, limitata alla sola verifica della sussistenza dei requisiti di legge, anche l'intervento 'a valle' deve avere le medesime caratteristiche di attività vincolata» (C.d.S., Adunanza della Commissione Speciale, 30 marzo 2016, n. 839, paragrafo 8.2.2.). M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 63.

<sup>20</sup> Fino al 2010 il dibattito ha avuto ad oggetto soprattutto la dichiarazione di inizio attività ha riguardato sia in dottrina che in giurisprudenza la qualificazione dell'istituto come strumento di semplificazione o liberalizzazione e la possibilità per le Regioni di ampliare le fattispecie sottoponibili a dichiarazione sulla base del riparto di competenze fra Stato e Regioni in materia di Governo del territorio.

<sup>21</sup> M.A. SANDULLI, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. amm.*, 2003, 507 ss..

<sup>22</sup> Ciò vale sia per i casi di liberalizzazione sia per quelli di semplificazione come la formazione del permesso di costruire per silenzio assenso sull'istanza asseverata dal privato che per alcuni casi di semplificazione come la SCIA alternativa al permesso di costruire disciplinata dall'art. 23 del DPR 380/01 o alcuni istituti contenuti in leggi regionali come la definizione di istanze di condono con procedure di autocertificazione prevista dalla Legge della Regione Campania n. 10/2004.

<sup>23</sup> Ed infatti, con riferimento al potere di autotutela in relazione a un titolo espressamente rilasciato, come un permesso di costruire, è necessario che sussista, ai fini dell'annullamento, un interesse pubblico ben circoscritto (Ad. Plen. n. 8/2017). Si rammenta, poi, che anche il fattore tempo gioca un ruolo decisivo a fronte della ormai conclamata infondatezza della "teoria dell'inconsumabilità del potere", altrimenti nota come "perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi" (C.d.S., Sez. II, n. 2917/1995). Tali limiti temporali sussistono anche con riferimento all'annullamento in autotutela di un titolo ottenuto mediante s.c.i.a. (C.d.S., n. 3462/2017). Del resto anche il potere di controllo sull'attività liberalizzata, ai sensi dell'art. 19, comma 6-bis, della legge n. 241/1990, da cui discende il potere inibitorio, è esercitabile nel più breve periodo di trenta giorni (sul punto v. Tar Toscana, Sez. III, n. 667/2017 sulle incertezze del termine per le verifiche). Sull'autotutela in genere M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2015; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli. Sulla teoria dell'inconsumabilità del potere, F. PUGLIESE, *nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1980.

seguenti ipotesi: a) quando l'esercizio dello *ius aedificandi* si realizzi attraverso l'edificazione di una nuova costruzione; b) nel caso di cambio di destinazione d'uso se urbanisticamente rilevante<sup>24</sup>; c) nella trasformazione di suolo prima non occupato, essendo in questo caso richiesto un apprezzamento dell'incidenza delle opere di cui si chiede l'autorizzazione sul contesto territoriale in cui le stesse andranno ad insistere, anche in relazione al nuovo suolo che dovrà essere consumato.

Al contrario, quando l'esercizio del diritto edificatorio consista nella modifica di un immobile già esistente, e dunque ci si trovi dinanzi all'esercizio da parte del privato di uno *ius utendi*, inteso come ampliamento del diritto di edificare, già precedentemente esercitato ed assentito, l'amministrazione, può essere affrancata dal compito di verifica delle ricadute dell'intervento sul territorio, rimettendo al privato l'assequimento di conformità urbanistica ed edilizia, ferma restando l'acquisizione dei pareri delle amministrazioni preposte alla tutela di specifici vincoli (ambientali, idrogeologici paesaggistici, archeologici, etc.) laddove necessari<sup>25</sup>. Impiegando il criterio della collocazione temporale del potere rispetto al momento di attivazione dell'iniziativa, si può, così oggi distinguere, tra "misure ad effetto liberalizzante" e "misure di mera semplificazione"; determinando le prime il passaggio dal potere di consentire al potere di vietare, rispetto al quale, di conseguenza, muta la posizione giuridica soggettiva dell'interessato da pretensiva ad oppositiva. Si è parlato, in questo senso di liberalizzazione "temperata" o "giuridica"<sup>26</sup> che presenta comunque

---

<sup>24</sup> Sul punto la giurisprudenza ha evidenziato come il cambio di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante, incidendo sull'assetto configurato dallo strumento urbanistico e sul fabbisogno di standard minimi volti a garantire la funzionalità delle diverse zone rispetto agli usi consentiti, richieda necessariamente il permesso di costruire (Cons. di Stato, VI, n. 2295/2017; TAR Campania, Salerno, sez. II, sent. 29 maggio 2018 n. 846). Per le medesime ragioni è stato ritenuto che la deroga agli strumenti urbanistici prevista dalle misure incentivanti previste nel cosiddetto piano casa sia consentita con riferimento agli indici edilizi e non anche, nei casi non espressamente previsti, per la modifica delle destinazioni d'uso urbanisticamente rilevanti articolate nella zonizzazione.

<sup>25</sup> È interessante rilevare come oramai l'art. 17- bis, che ha previsto il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche abbia ricompreso nella fattispecie anche l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta di amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili, per cui si restringe sempre di più l'ambito del possibile esercizio del pubblico potere in costanza di interventi sul territorio che incidono su vari interessi. Del resto anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica l'art. 146 del d.lgs. 142/2004, prevede che trascorso il termine di quarantacinque l'amministrazione procedente, laddove non abbia ricevuto il parere del Soprintendente, deve comunque provvedere (sul punto T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, n.153/2018). Sul punto C. VITALE, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: il parere del consiglio di stato – il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 1, 95.

<sup>26</sup> Nei procedimenti inerenti l'avvio delle attività private, sconfinando dal piano propriamente economico, la liberalizzazione, è stata anche intesa come liberalizzazione "temperata" o "giuridica" (G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Diritto amministrativo*, nn. 01-02 (2016): 107 ss). In tale accezione, l'istituto si allontana dalla deregulation – caratterizzata da una totale eliminazione della disciplina pubblicistica – e determina, invece, semplicemente un "sistema più rispettoso della libertà d'impresa" che, in ordine

una vicinanza alla semplificazione nella misura in cui è finalizzata ad alleggerire gli adempimenti e gli oneri di cittadini e imprese nei confronti della pubblica amministrazione ma non ad escludere del tutto l'azione amministrativa che, come detto, diventa però più limitata e successiva<sup>27</sup>. Alla liberalizzazione *tout court*, intesa come esclusione dell'intervento pubblico nell'attività privata<sup>28</sup>, viene riservato uno spazio marginale. Sopravvive, quindi, nella maggior parte dei casi, l'esercizio di un potere amministrativo che tuttavia non è più riconnesso, per gli interventi in cui si può fare ricorso agli istituti di liberalizzazione temprata (che sono la maggior parte) alla valutazione preventiva da parte dell'amministrazione.

---

all'attività privata, infatti, "non condiziona ex ante il diritto d'intraprenderla" (perché viene meno l'assenso preventivo), pur conservando, però, sia il controllo pubblico ex post sulla stessa (comprensivo del potere di conformazione e/o repressione) sia la regolazione pubblicistica volta a garantire l'utilità sociale e a tutelare i beni costituzionalmente protetti. In tema di liberalizzazioni si rinvia a G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 241; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010; F. LIGUORI, C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015. Sul tema si veda anche M. C. D'ARIENZO, *La dichiarazione di inizio attività nell'elaborazione della giurisprudenza amministrativa e costituzionale prima e dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, pag. 113 e ss.). Per un approfondimento sulla natura della d.i.a., si rinvia al contributo di M. INTERLANDI, *Sull'incompatibilità tra d.i.a. e preavviso di rigetto. Nota a sentenza del Consiglio di Stato*, Sez. IV del 12 settembre 2007, n. 4828, in *Riv. giur. edil.*, n. 2/2008, ed. Giuffrè, p. 2384-2395.

<sup>27</sup> Attualmente, si distinguono due tipologie di SCIA, quella "semplice", residuale rispetto sia agli interventi rientranti nella "attività edilizia libera" che a quelli che presuppongono il permesso di costruire, per la quale si segue la procedura prevista dall'art. 19 della L.241/1990, con la riduzione, però, a 30 giorni del termine per l'esercizio del potere inibitorio e quella alternativa al permesso di costruire", che prevede la possibilità di intraprendere l'attività dopo 30 giorni dalla segnalazione. La "SCIA semplice" si differenzia dal provvedimento espresso su un piano sostanziale in quanto riesce ad incidere sulle posizioni soggettive, ampliandole, attraverso il riconoscimento di rilevanza specifica all'attività posta in essere dal privato che risulta legittimata in via diretta dalla legge. La "SCIA alternativa al permesso di costruire", opera, invece, su un piano meramente formale e procedurale, con uno scopo, esclusivamente acceleratorio, rimanendo gli interventi con essa realizzabili, subordinati al permesso di costruire. Sul punto E. BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività: tra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. giur. urban.*, 2010, 580; D. DE PRETIS, *Semplificazione, urbanistica ed edilizia*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 337; G. MORBIDELLI, *Modelli di semplificazione amministrativa nell'urbanistica, nell'edilizia, nei lavori pubblici (ovvero della strada verso una sostenibile leggerezza delle procedure)*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 304.

C. CUDIA, *S.c.i.a. e d.i.a. in edilizia (pensavo fosse liberalizzazione e invece era un calesse)*, intervento alla tavola rotonda del convegno "Le difficoltà di liberalizzare", Milano, Università L. Bocconi, 9 maggio 2014.

<sup>28</sup> Cfr. A. BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui "il termine 'liberalizzazione', da un punto di vista tecnico giuridico, significa soppressione di procedimenti ed interventi amministrativi, od ancora meglio, la soppressione di poteri amministrativi, liberando l'attività privata da conformazioni e controlli della pubblica amministrazione. In altri termini, la liberalizzazione è quel processo giuridico con cui una libertà, una situazione giuridica soggettiva del privato, precedentemente soggetta a conformazioni, regolazioni e controlli di carattere amministrativo, viene resa immune dal potere amministrativo (immunità dal potere)".



Tuttavia, anche prima della stagione delle riforme, la dottrina ha evidenziato come il controllo preventivo esercitato dall'amministrazione attraverso il consenso sull'attività del privato, non si esaurisse nell'attività vincolata o, al più connotata da discrezionalità tecnica di verifica di conformità alle norme ed ai piani ma fosse più ampia, qualificandosi, soprattutto in assenza di punti certi di riferimento, come vero e proprio esercizio di potere di tutela degli interessi, espressione di discrezionalità pura, come limite politico al consenso da prestare<sup>29</sup>. Carenza di punti di riferimento determinata innanzitutto, dalla insufficiente attuazione del sistema di pianificazione urbanistica, specie comunale delineato dalla legge 765 del 1967 con cui si intese, appunto, portare al centro del governo del territorio non più la legge, cui resta riservata la determinazione di standard essenziali al suo corretto assetto e a garantire livelli essenziali di qualità della vita, ma la pianificazione<sup>30</sup>.

Eppure si è passati in breve tempo da una disciplina che escludeva dal vaglio dell'amministrazione le sole attività minori (manutenzione ordinaria, abolizione delle barriere architettoniche ed indagini geotermiche) ad una che consente la gran parte degli interventi edilizi precedentemente sottoposti ad autorizzazione mediante comunicazioni (certificate e non), o SCIA.

A fronte del sacrificio imposto alla funzione amministrativa, però, l'insieme delle modifiche apportate al regime dei titoli edilizi non sembra idoneo ad ottenere i benefici sperati apparendo, come vedremo nei due casi che si prenderanno in esame, talvolta inutile a raggiungere il fine di semplificazione che si proponeva, (ci si riferisce alla ristrutturazione pesante) e talvolta frettoloso nella rinuncia ad una valutazione pubblica, in danno di interessi primari rilevanti, (come nel frazionamento con aumento del carico urbanistico).

## 2. *Ristrutturazione edilizia pesante e s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire: un caso di inutile semplificazione*

La scelta del legislatore di collocare la definizione degli interventi di ristrutturazione edilizia cosiddetta pesante all'interno dell'art. 10 del Testo Unico che elenca gli interventi per cui è richiesto il permesso di costruire, ne comporta l'assimilazione, quanto al titolo edilizio necessario, alla "nuova costruzione" (prevista dall'art. 3 comma 1 lettera e)) piuttosto che a quello della "ristrutturazione edilizia" (disciplinata alla lettera d) del medesimo articolo), subordinata a s.c.i.a.

---

<sup>29</sup> F. BENVENUTI, *l'edilizia e le funzioni locali nel territorio tutelato*, Atti del Convegno (Cortina d'Ampezzo, 1992), 1992, p.85

<sup>30</sup> In assenza di un piano urbanistico generale, invece, l'attività strettamente edilizia sarà regolata dalle fonti statali che prevedono indici e standard minimi a tutela dell'ordinato sviluppo del tessuto urbano (altezze, distanze, parcheggi pertinenziali) essendo rimessa all'amministrazione, entro i limiti stabiliti dall'articolo 9 del Testo Unico, la relativa verifica di conformità. Il riferimento è, al D.M. 1444/68.

Il discrimine fra le due categorie di interventi consiste nella possibilità, riconosciuta in caso di ristrutturazione pesante ed esclusa in quella ordinaria, di aumentare la volumetria dell'edificio anche mediante demolizione e ricostruzione e di modificare la sagoma degli immobili sottoposti a vincoli paesaggistici o culturali<sup>31</sup>.

La norma può essere considerata come elemento di chiusura di un articolato ed accelerato processo evolutivo attraverso cui il legislatore ha progressivamente esteso la categoria della ristrutturazione edilizia ordinaria, sottraendo al permesso di costruire una serie di interventi prima qualificati come nuova costruzione<sup>32</sup> e restringendo, conseguentemente, l'ambito degli illeciti edilizi penalmente rilevanti<sup>33</sup>.

Nel sistema normativo anteriore al D.P.R. n. 380/2001, gli interventi di ristrutturazione edilizia erano disciplinati dall'art. 31, lett. d), della legge 5.8.1978, n. 457, secondo cui essi erano *“rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti”*.

Il Testo Unico dell'Edilizia, nella sua versione originaria, qualificava come *“ristrutturazione”* gli interventi che non implicassero modifiche di sagoma, volume ed area di sedime del fabbricato: l'art. 3, co. 1, lett. d) del T.U. dell'Edilizia, infatti, prevedeva espressamente che gli interventi di ristrutturazione edilizia avessero ad oggetto *“... la demolizione e la successiva fedele ricostruzione di un fabbricato identico, quanto a sagoma, volumi, area di sedime e caratteristiche dei materiali, a quello preesistente”*<sup>34</sup>.

In seguito, l'art. 1 del Decreto Legislativo 27 dicembre 2002, n. 301 che, appe-

<sup>31</sup> Rientrano nella categoria della ristrutturazione cosiddetta pesante “gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni”.

<sup>32</sup> In generale, si è affermato che la ristrutturazione edilizia si caratterizza per la diversità dell'organismo edilizio prodotto dall'intervento di trasformazione rispetto al precedente (cfr. Cons. Stato, VI, 14 ottobre 2016 n. 4267; Cons. Stato, VI, 27 aprile 2016 n. 1619; Cons. Stato, V, 12 novembre 2015 n. 5184) e che essa si distingue dalla nuova costruzione perché mentre quest'ultima presuppone una trasformazione del territorio.

<sup>33</sup> Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza n. 1165/17 in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it).

<sup>34</sup> Tale prima formulazione recepiva il contenuto della Legge 21.12.2001, n. 443. Del resto, occorre segnalare che già antecedentemente all'entrata in vigore di quest'ultima si era venuto a formare un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui *“nel concetto di ristrutturazione edilizia devono annoverarsi anche gli interventi consistenti nella demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato”* (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 17.12.2013, n. 6042; Consiglio di Stato, sez. V, 28.3.1998, n. 369; Consiglio di Stato, sez. V, 5.3.2001, n. 1246).

na un anno dopo l'entrata in vigore del D.P.R. n. 380/2001, ne ha modificato l'art. 3, comma 1, lett. d) eliminando il richiamo alla "fedele ricostruzione" del fabbricato, nonché il limite del rispetto della precedente area di sedime, ha inteso estendere la nozione di ristrutturazione, ricomprendendovi la "demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma".<sup>35</sup>

Con il medesimo intervento veniva aggiunta, all'art. 10 comma 1, la lettera c) con la quale è stata introdotta, come ricordato, la categoria della ristrutturazione edilizia pesante, originariamente ricomprendente l'ipotesi di aumento di volumetria a parità di sagoma.

La ratio delle innovazioni apportate con le citate modifiche, come precisato nella Circolare del 7 agosto 2003, n. 4174 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, era quella di valorizzare gli interventi di recupero e riqualificazione del territorio urbanizzato e delle aree edificate esistenti da riutilizzare al fine di "... contenere il ricorso all'edificazione di nuovi ambiti territoriali".

Nell'assetto determinato dalla normativa vigente e dalla giurisprudenza si distinguono, quindi, nella rinnovata nozione di ristrutturazione, l'ipotesi in cui debbano essere rispettati la "stessa volumetria e sagoma di quella esistente" (art. 3, comma 1, lett. d) cit.), per cui è sufficiente la presentazione della D.I.A., da quella degli interventi di ristrutturazione edilizia c.d. "pesante" (art. 10, comma 1, lett. c) cit.), per i quali è invece indispensabile il permesso di costruire, non sussistendo, in entrambi i casi, un rigoroso vincolo di rispetto della superficie dell'edificio preesistente.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup>Tuttavia, il nuovo fabbricato, realizzato a seguito di ristrutturazione, pur potendo costituire un organismo edilizio anche in tutto diverso – nel senso che le opere programmate possono anche consistere nella demolizione e non fedele ricostruzione del fabbricato (cfr. T.A.R. Lazio-Latina, 5.1.2006, n. 2) – deve essere comunque materialmente riferibile a quello preesistente, mantenendone sagome e volumetria (cfr. T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 31.10.2007, n. 3493). Inoltre, l'art. 10, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 380/2001, così come modificato dal D. Lgs. 27.12.2002, n. 301, prevedeva che sono subordinati a permesso di costruire gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumenti di unità immobiliari, modifiche di volumi, della sagoma, dei prospetti o delle superfici (cfr. in tal senso T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 2.4.2007, n. 3050; T.A.R. Campania-Napoli, sez. IV, 27.3.2006, n. 3198).

<sup>36</sup>Cfr. in dottrina i rilievi espressi di N. ASSINI, P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, GIUFFRÈ, 2007, pp. 740 e 741 secondo i quali "possono ritenersi caratteristiche peculiari della ristrutturazione edilizia i seguenti elementi: l'uno, di tipo quantitativo, è dato dall'assenza di limiti alle modificazioni strutturali dell'organismo edilizio, sicché ben possono essere realizzati organismi edilizi in tutto diversi dal precedente (cosiddette ristrutturazioni profonde); l'altro, di tipo qualitativo è dato dalla natura stessa delle operazioni consentite che comprendono, a differenza delle altre categorie di interventi, anche la sostituzione degli elementi costitutivi dell'edificio".

Cfr. anche D. SBARBA, *Gli elementi distintivi della ristrutturazione edilizia*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 1, 348; S. ANTONIAZZI, *La nuova definizione di ristrutturazione edilizia prevista dal Testo Unico, nell'interpretazione della dottrina e della recente giurisprudenza: utili spunti ricostruttivi*, in *Riv. giur. urb.*, 1/2004; C.P. SANTACROCE, *Gli interventi di ristrutturazione*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2015, n. 1.

Inoltre, nel caso degli interventi di demolizione e ricostruzione, che hanno come connotato l'attitudine ad adeguare la nuova struttura alle sopravvenute esigenze, legate in primo luogo al migliore sfruttamento dello spazio esistente, viene ritenuta insita nella natura dell'intervento non solo la possibilità di aumentare la superficie, ma anche quella di derogare, quando incompatibile, *“alla normativa vigente che detta prescrizioni per quanto riguarda gli indici di edificabilità ed ogni ulteriore parametro di carattere quantitativo (altezze, distanze, distacchi, inclinate, ecc.) riferibile alle nuove costruzioni”*.<sup>37</sup>

In definitiva, si vengono a determinare due ipotesi di ristrutturazione edilizia: una ordinaria, che può portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che può comportare modifiche di superficie, volume e sagoma, qualificandosi in tal senso come “pesante” ed una ristrutturazione sostitutiva che, pur attuandosi mediante demolizione e ricostruzione del fabbricato, deve mantenere inalterata la sagoma dell'edificio preesistente.

Il rispetto della volumetria e della sagoma preesistenti, dunque, riguardano le ipotesi di ristrutturazione attuata attraverso demolizione e ricostruzione, mentre, per gli interventi di ristrutturazione che non comportino la previa demolizione non si pongono tali limiti<sup>38</sup>.

La giurisprudenza, in questo periodo, a sua volta, enfatizza la possibilità, consentita dalla norma, di realizzare attraverso la ristrutturazione il ripristino, la sostituzione, la eliminazione degli elementi originari e l'inserimento di nuove componenti<sup>39</sup> di un edificio, sottolineando come tale attività possa *“essere realizzata attraverso una serie di interventi caratterizzati dalla connessione finalistica delle opere eseguite, che non devono essere valutate analiticamente ma nel loro complesso al fine di verificare se esse siano o meno rivolte al recupero edilizio dello spazio, attraverso la realizzazione di un edificio totalmente o parzialmente nuovo”*.<sup>40</sup>

Ciò che rileva, quindi, nella definizione del limite fra le categorie di ristrutturazione edilizia (leggera o pesante) e di nuova costruzione è la circostanza che

Per una distinzione tra ristrutturazione c.d. “leggera” e ristrutturazione “pesante” e sulla relativa difficoltà di distinzione, si vedano, in dottrina, G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, 454; A. CASSATELLA, *Commento all'art. 10, Testo Unico Edilizia*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, 1172.

<sup>37</sup>Cfr. Circolare del 7 agosto 2003, n. 4174 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in cui viene, inoltre, precisato che *“stante la fondamentale ratio legislativa di favorire il rinnovo del patrimonio edilizio anche sotto un profilo tecnico-qualitativo che comporta il più delle volte, per la stessa praticabilità dell'intervento, un diverso dimensionamento della superficie utile”*.

<sup>38</sup>Cfr. al riguardo, T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. I, 2 novembre 2010 ; T.A.R. Puglia Lecce, Sez. III, 13 luglio 2010, n. 1700. Nello stesso senso anche Cass. Pen. 19 dicembre 2007, n. 47046.

<sup>39</sup>Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VIII n. 3042/2013; TAR Toscana, Firenze, sez. III n. 1290/2012; T.A.R. Cagliari, sez. II, n.181/2012. Nel medesimo solco, Cons. di Stato, sez. V, n.918/2008; Cons. di Stato, sez. IV, n. 6464/2006.

<sup>40</sup>Cfr. Cassazione Penale, sez. III, n. 3033/2011.

l'intervento venga realizzato al fine di riqualificare spazi precedentemente edificati o interessi aree libere a prescindere dal numero o dall'incidenza degli interventi realizzati attraverso cui, anche nell'ipotesi di ristrutturazione è possibile trasformare un preesistente organismo edilizio in altro nuovo e diverso.

Il D.L. n. 68/2013 convertito con Legge n. 98/2013 (c.d. Decreto del fare), fra l'altro, ha introdotto sostanziali e rilevanti modifiche all'art. 10 co. 1 lett. c) del Testo Unico dell'edilizia estendendo la fattispecie della ristrutturazione edilizia pesante agli interventi che comportino modifiche della volumetria contenute nella precedente area di sedime e la possibilità di modificare la sagoma per gli immobili vincolati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Sicché, da un lato nella ristrutturazione c.d. pesante è stata esclusa la modifica della sagoma, ammettendosi l'aumento di volumetria, dall'altro, per gli immobili sottoposti a vincolo è, invece, consentita la sola modificazione della sagoma.<sup>41</sup>

Vengono, inoltre, ricondotti alla categoria della ristrutturazione edilizia anche gli interventi straordinari di ampliamento fino al venti per cento della volumetria esistente per uso abitativo, previsti dalla legislazione statale e regionale sul cosiddetto "piano casa", attuabili in deroga agli strumenti urbanistici, che sono qualificati dal giudice amministrativo come ristrutturazione con aumento di volumetria, a differenza di quelli di demolizione e ricostruzione che comportano l'aumento fino al 35 per cento costituenti, invece, "nuova costruzione".<sup>42</sup> Più di recente la giurisprudenza, sul presupposto che sia venuto meno il limite del rispetto della sagoma, ha ulteriormente ampliato la categoria della ristrutturazione facendovi rientrare gli interventi di ricostruzione nei quali siano rispettate le superfici e la volumetria precedente ma risulti mutata l'area di sedime,<sup>43</sup> essendo state abbandonate, dal legislatore nella definizione degli interventi qualificabili come ristrutturazione, sia lo

---

<sup>41</sup> Ai fini dell'interpretazione che consenta di armonizzare le modifiche apportate alla disciplina recata dagli articoli 3 e 10 del testo Unico è utile richiamare la Circolare Ministeriale recante la "Guida alle semplificazioni del decreto legge del fare" che, a proposito della semplificazione degli interventi edilizi che alterano la sagoma degli edifici, così sintetizza il contenuto delle due norme: "Gli interventi edilizi che alterano la sagoma degli edifici, a parità di volumetria e nel rispetto dei vincoli, e quelli di ripristino totale o parziale di edifici eventualmente crollati o demoliti, sono ora effettuati mediante SCIA, mentre fino a ieri era necessario il permesso di costruire. Restano esclusi dalla semplificazione: gli edifici sottoposti a vincoli paesaggistici o culturali, per i quali gli interventi di demolizione e ricostruzione e di ripristino di edifici crollati o demoliti sono effettuati con SCIA, solo qualora sia rispettata la sagoma dell'edificio preesistente (...);".

<sup>42</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VII, 9.12.2013, 5641.

<sup>43</sup> Si è affermato che la ristrutturazione edilizia si caratterizza per la diversità dell'organismo edilizio prodotto dall'intervento di trasformazione rispetto al precedente (cfr. Cons. Stato, VI, 14 ottobre 2016 n. 4267; Cons. Stato, VI, 27 aprile 2016 n. 1619; Cons. Stato, V, 12 novembre 2015 n. 5184) e che essa si distingue dalla nuova costruzione perché mentre quest'ultima presuppone una trasformazione del territorio, la ristrutturazione è invece caratterizzata dalla preesistenza di un manufatto, in quanto tale trasformazione vi è in precedenza già stata (cfr. Cons. Stato, IV, 7 aprile 2015 n. 1763 Cons. Stato, IV, 12 maggio 2014 n. 2397).

specifico riferimento alla identità di area di sedime e di caratteristiche dei materiali, sia il più generale concetto di “fedele ricostruzione”.<sup>44</sup>

La breve ricostruzione appena operata dimostra come, attraverso le citate modifiche, si sia progressivamente assottigliata la portata della categoria residuale della nuova costruzione che la giurisprudenza amministrativa oggi individua nei casi di “indiscriminato aumento volumetrico e di mutamento del sedime”<sup>45</sup>.

D'altra parte, non viene disconosciuta dal legislatore la rilevanza urbanistica degli interventi edilizi di ristrutturazione cosiddetta pesante che, sebbene realizzati su immobili esistenti o su suoli già consumati<sup>46</sup>, si connotano per la loro capacità di incidere su indici di piano e richiedere il soddisfacimento di standard di urbanizzazione nella misura in cui comportino aumento di volumetria e di carico urbanistico o comunque un diverso esercizio dello *ius utendi* correlato all' immobile, inteso come sfruttamento del bene sul libero mercato<sup>47</sup> che può essere sensibilmente diverso rispetto a quello oggetto di verifica da parte dell'amministrazione al momento del rilascio del titolo abilitativo originario. Ciò comporta che nei casi di ristrutturazione pesante debba essere assicurata alla sfera dell'esercizio della funzione amministrativa la valutazione sul titolo abilitativo che non può essere soddisfatta attraverso lo strumento della s.c.i.a. semplice, prevista per la ristrutturazione ordinaria<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> cfr. Cons. Stato, IV, 20 aprile 2017, n. 1847.

<sup>45</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 12/06/2014, n. 2995 in cui si legge “L'art. 10 comma 1 lett. c), D.P.R. n. 380 del 2001 prevede la possibilità di ristrutturazioni che comportino modifiche di volume (cosiddetta “ristrutturazione pesante”), ciò non significa che qualsiasi demolizione e ricostruzione con ampliamento di edifici preesistenti debba essere automaticamente ascritto alla fattispecie della “ristrutturazione pesante”; in quanto in caso di indiscriminato aumento volumetrico e di mutamento del sedime dell'edificio originario viene meno la linea di distinzione tra “ristrutturazione edilizia “ e “nuova costruzione”. La nozione di “ristrutturazione” implica la conservazione o il consolidamento dell'edificio così come è definito nelle sue dimensioni: per cui che anche se viene demolito si deve far luogo alla sua tendenziale fedele ricostruzione.”

<sup>46</sup> È il caso della ricostruzione di immobili di cui è possibile provare la preesistenza

<sup>47</sup> Definisce In questi termini il diritto correlato alla proprietà nel rapporto fra amministrazione e privato P. MARZARO, Il contenuto economico del diritto di proprietà nel “sistema” della legislazione regionale, in *Riv. Giur. Urb.*, 2010, p. 160 e ss. Per una ricostruzione del contenuto minimo del diritto di proprietà come diritto fondamentale di natura economica che supera la visione liberale della proprietà come diritto inviolabile A. BALDASSARRE, voce proprietà, Cit., 10.

<sup>48</sup> Il Consiglio di Stato, nel parere 30 marzo 2016, n. 839, reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto SCIA-1, ha rilevato come le novità introdotte dalla legge n. 124 del 2015 confermino e rafforzino “*l'inquadramento della SCIA come istituto non provvedimentale, che si inserisce in un quadro informato ai principi di liberalizzazione e di semplificazione, nonché ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento legittimo*”. Il parere riconosce, inoltre, un triplice scopo perseguito dal legislatore con tale istituto: “a) favorire le attività – specie economiche – dei privati attraverso un generale rafforzamento degli istituti di soggetti liberalizzazione e semplificazione, con il correlato ridimensionamento sia della “regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva” (cfr., ex multis, C. Cost. n. 200 del 2012), sia dei poteri inibitori e di autotutela delle amministrazioni competenti, incidenti sulle iniziative già in atto e consolidate; b) assicurare, in ogni

Tuttavia, all'art. 23 del Testo Unico, viene previsto che i medesimi interventi possono essere realizzati, in alternativa al permesso di costruire, mediante una speciale tipologia di segnalazione certificata di inizio attività<sup>49</sup> che, sebbene la Corte Costituzionale abbia qualificato come strumento di semplificazione<sup>50</sup>, sottrae, di fatto l'intervento al procedimento amministrativo ed alle sue garanzie. Da un lato, dunque, si decide che l'amministrazione debba mantenere un controllo su questa particolare attività edilizia, subordinandola al permesso di costruire, dall'altro, si rimette al privato il compito di verificare i presupposti per la formazione del titolo, così autoresponsabilizzandolo.

Ciò è paradossale perché priva la funzione amministrativa della sua forma, costituita dal procedimento, snaturando il fine che è sotteso alla scelta di sottoporre l'attività del privato alla preventiva verifica da parte dell'amministrazione.

La s.c.i.a. alternativa al permesso, infatti, impedisce che si realizzi una tempestiva ponderazione degli interessi primari coinvolti, nella sede a ciò deputata che è quella dell'istruttoria procedimentale. Inoltre, l'adozione di un provvedimento espresso concede al Comune la possibilità di un *revirement* attraverso l'esercizio del potere di autotutela che sebbene sottoposto, oggi, a stringenti limiti temporali, costituisce una forma di garanzia per l'interesse pubblico ed al terzo controinteressato la possibilità di tutelarsi impugnando il provvedimento.

Diversamente, nel caso della s.c.i.a., il termine in cui si consuma il potere di controllo a fini inibitori del Comune è stringente<sup>51</sup>, a fronte della possibilità per

---

*caso, maggiore certezza a livello interpretativo per il funzionamento degli istituti di semplificazione, anche nell'interesse delle amministrazioni, mediante una migliore formulazione delle regole riguardanti la SCIA, l'annullamento di ufficio e la sospensione; c) garantire, con adeguate prescrizioni attuative, un migliore funzionamento 'in concreto' dei meccanismi di SCIA e silenzio assenso (ad es., in relazione alle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti di segnalazione)".*

<sup>49</sup> Sempre l'art. 23, co. 1, prevede, alle seguenti lettere b e c, che possano essere realizzati mediante SCIA anche gli interventi di nuova costruzione qualora già disciplinati da piani attuativi o da accordi negoziali, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive (lett. b) o che siano diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche (lett. c).

<sup>50</sup> In particolare, il Giudice delle leggi ha chiarito, nella sentenza del 21 dicembre 2016, n. 281 già a proposito della d.i.a. alternativa al permesso di costruire prevista all'art. 22 del D.lgs. n. 380/01, vigente fino all'introduzione della s.c.i.a. che l'ha sostituita, che *"la facoltà di scelta riconosciuta al privato con la s.c.i.a. alternativa al permesso esaurisce i propri effetti sul piano prettamente procedimentale, mentre su quello sostanziale (dei presupposti), penale e contributivo, resta ferma l'applicazione della disciplina dettata per gli interventi soggetti a permesso di costruire"*.

<sup>51</sup>V. nota n. 23; come osservato in precedenza, decorso il breve termine di trenta giorni senza che l'Amministrazione abbia esercitato il potere inibitorio, si può intervenire in autotutela, ove sussistano le condizioni di cui al riformato art. 21-*nonies*, entro il termine massimo di 18 mesi. La Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che tali previsioni *"debbono considerarsi il necessario completamento della disciplina dei titoli abilitativi, poiché la individuazione della loro consistenza e della loro efficacia non può prescindere dalla capacità di resistenza rispetto alle verifiche effettuate dall'Amministrazione successivamente alla maturazione degli stessi"*. Il rinvio all'autotutela *"si colloca*

il privato di autocertificare la sussistenza di requisiti su cui dovrebbero intervenire atti, pareri e verifiche preventive anche di altre amministrazioni preposte alla tutela di specifici interessi, benché la norma temperi tale trasferimento di responsabilità, prevedendo la non sostituibilità con dichiarazioni asseverate dei pareri di competenza di enti ed organi preposti alla tutela di interessi particolarmente rilevanti.<sup>52</sup>

Peraltro, sebbene sia assicurata all'amministrazione la possibilità di intervenire, anche successivamente alla formazione del titolo, attraverso un potere che la L. n. 124/2015 subordina all'esistenza dei presupposti di cui all'articolo 21 *nonies* della legge sul procedimento<sup>53</sup>, il relativo esercizio sarà certo più gravoso, rispetto all'annullamento di un provvedimento espresso. Ciò in quanto, rispetto all'autotutela esercitata sul permesso di costruire, non vi sono, nel caso della segnalazione, previe valutazioni compiute dall'ente, ricavabili dalla motivazione, che costituiscono un parametro di verifica, anche da parte del giudice, della legittimità del provvedimento con cui si espungono dal mondo giuridico gli effetti del titolo edilizio autoprodotta dal privato.

Inoltre, come ampiamente dibattuto in dottrina e rilevato dalla giurisprudenza, risulta fortemente affievolita la tutela della posizione del terzo il quale, nei

---

*allo snodo delicatissimo del rapporto fra il potere amministrativo ed il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra*", in questi termini Corte Cost. n. 49/2016, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 84bis, comma 2, lettera b) della legge della Regione Toscana del 3 gennaio 2005, n. 1 che dettava una diversa disciplina rispetto a quella statale in merito all'esercizio dei poteri inibitori e sanzionatori della SCIA.

<sup>52</sup>Sono i casi in cui sussistono vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria.

<sup>53</sup>In merito, è stato rilevato che nonostante l'art. 6 della legge Madia, intitolato "autotutela amministrativa", faccia riferimento alla SCIA, gli interventi successivi di tipo interdittivo dell'attività, oramai liberalizzata, che l'Amministrazione può porre in essere, non costituiscono, o quantomeno non dovrebbero costituire, manifestazioni di autotutela. Secondo l'opinione comune, l'art. 19 della l.n. 241/1990, al quarto comma, infatti, si limita a stabilire che l'amministrazione può intervenire con i medesimi poteri di cui al comma terzo (inibitori, sospensivi, conformativi) se ricorrono le condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, cioè entro diciotto mesi e per motivi di interesse pubblico, rimanendo così la SCIA un atto del privato. Così A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015*, in *Nuove Autonomie* n. 3/2016. Anche il Consiglio di Stato nel parere 30 marzo 2016 n. 839, ha sottolineato che la previsione costituisce un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazioni ma che: "Tale 'nuovo paradigma' si applica anche alla SCIA, ma in modo diverso. Difatti, per la SCIA non può parlarsi di 'autotutela' in senso tecnico, poiché l'autotutela costituisce un provvedimento 'di secondo grado' ed esso appare impossibile per la SCIA, dove il provvedimento iniziale manca del tutto. Si ribadisce, dunque, la natura non provvedimentale della SCIA e la sua essenza di atto privato, secondo quanto già affermato dalla Adunanza Plenaria". Cfr. Parere 30 marzo 2016 n. 839.



confronti dell'amministrazione, deve sollecitare l'intervento inibitorio riconosciuto in capo alla p.a.<sup>54</sup> e poi diffidare l'ente al più limitato intervento successivo, per poter attivare la tutela giurisdizionale rispetto ad un provvedimento o al silenzio del Comune.

L'effettiva utilità di tale strumento appare ancora più dubbia, infine, se si tiene conto dell'istituto del silenzio assenso nella formazione del permesso di costruire introdotto già con il D.L.69/2013 contemporaneamente alla d.i.a. alternativa al permesso di costruire, sostituita nel 2016, dalla s.c.i.a. di cui si tratta.<sup>55</sup> Attraverso il silenzio assenso, infatti, l'interessato ottiene la certezza del titolo edilizio in tempi brevi ma allo stesso tempo vi è una maggiore tutela sia degli interessi pubblici (in quanto rivive il più ampio potere di autotutela in capo all'amministrazione) sia della posizione giuridica del terzo (fornito di adeguati strumenti di reazione a tutela dei propri diritti ed interessi), indubbiamente compresi nell'ipotesi della s.c.i.a.<sup>56</sup> Certo, anche nell'ipotesi di silenzio vengono meno le garanzie offerte dall'insieme degli istituti che caratterizzano le fasi del procedimento e la mancanza di motivazione priva della possibilità di una immediata intellegibilità, anche a fini di tutela, delle ragioni giuridiche e dell'iter logico che ha portato alla formazione del titolo, ma ciò potrebbe non essere irragionevole, a fronte di benefici in termini di semplificazione che ne derivano.

Al contrario, è stato correttamente osservato, che la s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire non produce un effettivo snellimento – non solo in favore del privato ma neanche a beneficio della p. a. – dato che, quando viene attivata, si registra addirittura un aumento dei rapporti di consultazione preventiva tra cittadino e funzionario per cui da essa non derivano vantaggi in termini di economia procedimentale.<sup>57</sup> Tantomeno il ricorso alla s.c.i.a. fornisce certezze al titolare dell'inter-

---

<sup>54</sup> Il TAR Toscana, con ordinanza n. 667/2017, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, l. n. 241/90, nella parte in cui non contempla un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche sulla SCIA, per contrasto con gli artt. 3, 11, 97, 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU ed all'art. 6, paragrafo 3, del Trattato UE, e 117 comma 2 lett. m) Cost. Il TAR osserva che l'art. 19, co. 6-ter, non individua il termine entro il quale il terzo deve presentare la propria istanza di sollecitazione delle verifiche amministrative. Tale termine, peraltro, non è ricavabile dal sistema, con conseguente "apertura della possibilità interpretativa in base alla quale il terzo resterebbe sempre libero di presentare l'istanza sollecitatoria dei poteri amministrativi inibitori nonché di agire ex art. 31 c.p.a. avverso il silenzio eventualmente serbato dall'Amministrazione".

<sup>55</sup> Il soggetto interessato alla realizzazione di un intervento, infatti, potrà scegliere se presentare una s.c.i.a. ed attendere trenta giorni per l'avvio dell'attività oppure chiedere il precesso di costruire e lasciar decorrere il termine di novanta giorni per la tacita formazione dello stesso.

<sup>56</sup> C. CUDIA, *S.c.i.a. e d.i.a. in edilizia*, cit.

<sup>57</sup> All'assistenza preventiva al privato che, ai sensi del comma 23 bis, il Comune è tenuto a garantire attraverso lo sportello unico, si aggiunge, poi, come visto, la successiva attività di controllo a fini dell'esercizio dei poteri inibitori. R. FERRARA, Recensione, a E. BOSCOLO, Diritti soggettivi a regime amministrativo, in *Dir. pubbl.*, 2003, 290. la "SCIA alternativa al permesso di costruire" –

vento, esposto alla spada di Damocle della correttezza delle verifiche e delle valutazioni operate dal tecnico sottoscrittore delle dichiarazioni asseverate; né assicura adeguata tutela al terzo controsegnalato<sup>58</sup> che incontra ostacoli gravi all'esercizio del diritto costituzionalmente garantito di difesa dei propri diritti ed interessi.

### 3. *Frazionamento di unità immobiliari con modifica del carico urbanistico: un caso di inopportuna liberalizzazione*

L'intervento edilizio consistente nel frazionamento di unità immobiliari, è stato ricompreso nella categoria della manutenzione straordinaria, quando siano mantenute la volumetria, la superficie e la destinazione d'uso originarie<sup>59</sup> anche se lo stesso comporti aumento del carico urbanistico<sup>60</sup>.

La giurisprudenza, sulla base della qualificazione del frazionamento operata dal legislatore, ha sottolineato che, al pari degli altri interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, il frazionamento è da considerarsi forma di gestione finalizzata alla tutela della integrità ed alla conservazione funzionale del patrimonio edilizio esistente, e pertanto non può essere vietato, disponendo l'amministrazione del solo potere sanzionatorio da esercitarsi esclusivamente nel caso in cui lo stesso

---

attivata, peraltro, a scelta dell'interessato – opera su un piano meramente formale perché non incide sulla rilevanza degli interventi che, in questa ipotesi, non sono legittimati direttamente dalla legge ma avrebbero bisogno del permesso di costruire; la “SCIA alternativa al permesso di costruire”, quindi, mirando semplicemente ad accertare la conformità dell'intervento alla legge, ha rilievo solo in una dimensione procedurale.

<sup>58</sup>F. FRACCHIA, “*Il controsegnalato al cospetto della scia tra interesse a tutela differita e atipicità delle azioni*”. Relazione al convegno “*Tipicità ed atipicità delle tutele nel processo amministrativo*”, Università degli Studi di Teramo, 6 maggio 2016.

<sup>59</sup>Prima dell'intervento ad opera del d. l. n. 133/2014, convertito in l. n. 164/2014, c.d. “sblocca Italia”, il frazionamento o l'accorpamento delle unità immobiliari non trovavano una classificazione all'interno delle categorie di interventi edilizi contemplate nell'ambito dell'art. 3, d.P.R. n. 380 del 2001. Lì si contemplava solo per escluderli dalla manutenzione straordinaria ed erano ricondotti nella fattispecie della ristrutturazione edilizia ai sensi dell'art. 10, comma 1 del Testo Unico sull'edilizia (cfr. Tar Toscana n. 62/2007). Ora, invece, il frazionamento (o l'accorpamento delle unità immobiliari), se non incide su parti strutturali, comportando solo lo spostamento di pareti interne, è considerato alla stregua dell'attività libera e, come tale, assoggettata a CILA; b) se incide su parti strutturali, non essendo contemplata in alcun caso la manutenzione straordinaria tra gli interventi assoggettati a PdC, non può che considerarsi rientrante nelle ipotesi di cui all'art. 22 (notoriamente una categoria residuale). Sul punto si rinvia a D. ZONNO, *La “nuova” manutenzione straordinaria dopo il decreto sblocca-Italia*, in *Riv. giur. ed.*, 6, 2014, 53; Urbani P., *le novità del decreto sblocca Italia – le modifiche al tu n. 380/2001 dopo la l. n. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica*, in *Giur. It.*, 2015, 1, 234.

<sup>60</sup>Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 2567/2017, ha chiarito che il rilascio del permesso di costruire è necessario in presenza di un aumento della volumetria complessiva, poiché solo in tal caso si è in costanza di “*trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio*”.

venga realizzato in contrasto con la disciplina urbanistica o edilizia.<sup>61</sup> Nè la variazione del carico urbanistico, realizzata attraverso il frazionamento, determinerebbe rilevanti squilibri urbanistici, costituendo una forma di sfruttamento di volumetrie già precedentemente autorizzate e quindi, compatibili con gli strumenti urbanistici. Inoltre, il frazionamento non incide sull'aspetto esteriore dell'edificio e non chiama, quindi, in causa profili di tutela del paesaggio.

Senonché, la possibilità di modificare il carico urbanistico, attraverso il frazionamento, produce effetti che non incidono solo sull'aspetto strutturale e funzionale dell'immobile, come, invece accade per gli altri interventi di manutenzione straordinaria.

Nel caso di frazionamento di un appartamento in più unità abitative, infatti, benché restino immutate la volumetria complessiva e la destinazione, si realizza una modifica sostanziale dell'assetto non solo edilizio del territorio. Se, infatti, nella medesima superficie su cui è insediato un solo nucleo familiare vengono a stabilirsi due o, come frequentemente sta accadendo negli ultimi anni, un'attività di rilevanza economica compatibile con la destinazione residenziale come quella extralberghiera (bed and breakfast, case vacanze, etc.), si viene a determinare un mutamento, il cui impatto si dubita possa essere escluso da ogni valutazione ulteriore rispetto a quella relativa agli standard fissati dal D.M. 1444 del 1968<sup>62</sup> ed all'incidenza sulla tutela paesaggistica che costituiscono il parametro di valutazione della legittimità dell'intervento sanzionatorio della p.a. negli interventi di manutenzione.

La collocazione fra gli interventi di manutenzione straordinaria appare, plausibilmente, riduttiva della dimensione reale del frazionamento che non attiene esclusivamente alle modalità di uso del bene immobile ma investe, inevitabilmente, la dimensione pubblica della proprietà, costituita dai limiti al libero esercizio del diritto di godimento<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> T.A.R. Toscana, Firenze, Sezione III, sentenza n. 1625/2016. Secondo i giudici dunque "si tratta, in altre parole, di attività rientranti nel nucleo del diritto dominicale che deve ritenersi normalmente incompressibile da parte degli strumenti urbanistici e territoriali i quali possono disciplinarne il quo modo solo in funzione di specifiche esigenze che, solitamente, attengono alla tutela del paesaggio o del patrimonio storico artistico (Corte Cost. 529/1995). Non a caso, infatti, il loro svolgimento è ex lege ammesso anche nei comuni e nelle zone privi di disciplina urbanistica ed è sottratto al controllo paesaggistico nei casi in cui non comporti un'alterazione dell'aspetto esteriore degli edifici.

<sup>62</sup> In proposito, è stato, infatti, ritenuto che l'aggravio del carico urbanistico debba essere considerato in relazione agli indici della consistenza dell'insediamento edilizio, del numero dei nuclei familiari, della dotazione minima degli spazi essendo connesso alla domanda di strutture ed opere collettive, che comunque dipendono anche dal numero delle persone insediate in un determinato territorio.

Cfr., Cass. Sez. III n. 6599/2012.

<sup>63</sup> Cfr. P. STELLA RICHTER, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà, relazione al Convegno AIDU, Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Napoli 12 maggio 2006; Urbani P., *Il tema del contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, in sito web [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Ed invero, l'aumento di unità abitative incide sull'ordine e sulla tutela di una serie di interessi pubblici considerati primari, ulteriori rispetto a quello paesaggistico<sup>64</sup> quali la sicurezza, l'ambiente, il territorio, la salute<sup>65</sup> che andrebbero messi in relazione all'interesse privato di chi realizza l'intervento, mediante quella valutazione che si è detto, è propria della funzione autorizzatoria della pubblica amministrazione e che viene del tutto esclusa, invece dall'avvenuta liberalizzazione dell'intervento in questione<sup>66</sup>. Detti interessi, infatti, non sono tutti compresi fra quelli considerati nei parametri urbanistici (di legge o di piano) ma attengono ad una serie di elementi che sono da valutare ed organizzare autonomamente (gestione della raccolta e trasporto dei rifiuti; organizzazione della vigilanza sul territorio; organizzazione dei servizi scolastici o di spazi ricreativi e di aggregazione per fare alcuni esempi) e mutano sensibilmente in ragione della densità degli insediamenti, costituendo, nel loro insieme, indici di qualità della vita. Si pensi alla sicurezza<sup>67</sup> intesa come garanzia di una razionale e adeguata organizzazione dello spazio<sup>68</sup> o dell'assetto urbano di quartiere o di zona, o ancora, come certezza dell'esistenza di servizi.

Andrebbe, poi, considerata l'evoluzione degli interessi collegati a fattori ambientali, strumentali allo sviluppo economico e sociale della popolazione secondo il principio dello «sviluppo sostenibile»<sup>69</sup>, ormai assunto come riferimento nella legislazione regionale.<sup>70</sup> Rispetto a tali interessi, la disciplina del frazionamento pare

<sup>64</sup> Sul punto si rinvia al contributo di G. DUNI, *Silenzio assenso ed interessi pubblici primari*, in F. PUBUSA e D. MARONGIU (a cura di), *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende*, *Quaderni di Diritto e Processo Amministrativo*, 25, Napoli ESI, 2017, p. 9.

<sup>65</sup> Cfr. G. COFRANCESCO, F. SORRENTINO, *I principi fondamentali nella legislazione urbanistica*, in *Le Regioni*, 1981, 79 ss..

<sup>66</sup> Qui intesa come soppressione di ogni forma di intervento preventivo e successivo della P.A.

<sup>67</sup> Il carico urbanistico in determinate zone particolarmente pericolose come quella vesuviana, connessa a situazioni derivanti dal rischio vulcanico, è stato contenuto proprio per la stabile presenza delle persone (cfr. C.d.S., n. 4465/2018).

<sup>68</sup> Si rinvia sul punto all'interessante contributo di M. D'ALBERTI, P. URBANI, *La "sicurezza urbana": il ruolo della gestione territoriale delle città*, *Contributo per il Gruppo di lavoro di ASTRID sulla sicurezza*, 10 maggio 2009.

<sup>69</sup> *Ex multis* M. D'ALBERTI, G. SOLERA, V. TSETSI, *La città sostenibile*, Roma 1994; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile*, Piacenza, 2002; F. MATTASOGLIO, *Le funzioni amministrative ambientali tra sviluppo sostenibile ed esigenze del mercato*, Roma, Aracne, 2008. 11. G. DI FIORE, B. MERCURIO, *Creative participation and new tools of governance: strategic environmental assessment* in BDC – Bollettino del Dipartimento di Conservazione dei beni architettonici ed ambientali, n. 9/2009 2918. P. DELL'ANNO, *La ponderazione degli interessi ambientali nel procedimento amministrativo ed i riflessi di tutela processuale*, in *RTDP*, 1989, p. 92.

<sup>70</sup> La L.R. Campania n. 16/2004, la L.R. Lazio n. 38/199 e la L.R. Lombardia n. 12/2005, espressamente prevedono tra i propri fini, l'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile. Autorevole dottrina ha evidenziato che una delle nozioni di ambiente può essere ricondotta all'urbanistica, v. M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963; *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, p. 15. In tal senso la giurisprudenza della Corte Costituzionale

andare in direzione contraria per gli effetti che produce. Emblematica, in tal senso, è la questione degli oneri di costruzione che costituiscono uno speciale contributo di natura pubblica richiesto per le maggiori spese che la pubblica amministrazione deve accollarsi in dipendenza della trasformazione dell'immobile e del suo maggior utilizzo<sup>71</sup>. Tali oneri sono da corrispondere quando il frazionamento comporta l'aumento del carico urbanistico, e vanno calcolati in ragione dello stesso<sup>72</sup>. Non sempre, però, il contributo può essere calcolato in maniera sufficiente rispetto all'incidenza delle opere di urbanizzazione e non sempre è possibile individuare aree da destinare a ulteriori standard, con la conseguenza che quanto versato dal frazionante viene ad assumere la forma di una monetizzazione dell'aggravio di carico urbanistico che il territorio sopporta. Le somme derivanti dalla monetizzazione, peraltro, non sono più vincolate a finanziare opere di urbanizzazione, secondo una logica compensativa, potendo essere utilizzate dall'amministrazione anche ad altri fini<sup>73</sup>, così di fatto esaurendosi in una misura "risarcitoria" del danno prodotto alla comunità e non ripristinatoria delle condizioni precedenti, non dissimile da quelle riconducibili al principio "chi inquina paga" in materia ambientale<sup>74</sup>. In questo senso, viene pregiudicata la funzione sottesa alla pianificazione<sup>75</sup> potendosi giun-

---

definisce l'ambiente come valore trasversale che permea l'ordinamento (Cfr. Corte Costituzionale, sentenze n. 367 del 2007 n. 12, 30, 61 del 2009 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per una attenta ricostruzione P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in ambiente e Sviluppo, 2009, p.285.

<sup>71</sup> Tar Toscana, n. 496/2012.

<sup>72</sup> L'intervento normativo del 2014 che ha inciso sulla disciplina del frazionamento, ha previsto inizialmente la non onerosità dell'intervento, successivamente, con un correttivo, ha introdotto il pagamento degli oneri di urbanizzazione in ipotesi di aumento del carico urbanistico, e al contempo l'aumento della superficie calpestabile. Cfr. E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 17 del decreto "sblocca Italia" – il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 1, 26.

<sup>73</sup> Gli oneri di urbanizzazione possono, infatti essere utilizzati anche per le spese correnti dell'amministrazione grazie ad alcune previsioni legislative di favore previste in recenti leggi finanziarie, privando di efficacia la disposizione dell'art.12 della legge 10 /77 che tassativamente prevedeva che tali introiti dovessero essere utilizzati, tramite fondo vincolato presso la tesoreria del comune, alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria, secondaria, al risanamento dei centri storici, quartieri degradati, esproprio aree per edilizia popolare etc. La giurisprudenza in tema di monetizzazione degli standard in luogo della cessione, ha sottolineato che tale prassi a fronte di un immediato vantaggio economico a favore del Comune, comporta comunque la sottrazione di utilità ai residenti, essendo gli spazi collettivi destinati a connettersi direttamente con le aspettative dei fruitori dell'area interessata, C.d.S., n. 644/2013.

<sup>74</sup> Tale principio costituisce "l'affermazione sul piano giuridico di un principio economico", inteso non come sanzione ma come corrispettivo per il godimento di un bene cui è correlata una diminuzione della qualità della vita per la collettività. Sul principio, G. MOSCHELLA, A. M. CITRIGNO (a cura di) *Tutela dell'ambiente e principio «chi inquina paga»*, Giuffrè, 2014.

<sup>75</sup> Per la giurisprudenza tale funzione, andando ben oltre il tradizionale compito di coordinare le potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, si traduce oggi nell'interpretare e indirizzare i processi economico-sociali in corso all'interno di un determinato contesto territoriale, che deve tenere conto "sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, non in astratto, ma in relazione alle effettive

gere, com'è stato evidenziato, a compromettere l'assetto previsto negli strumenti di pianificazione e negli atti di programmazione, non solo urbanistici, del Comune<sup>76</sup>.

#### 4. *Tirando le fila del discorso: spunti conclusivi*

Le regole dettate per la forma della funzione, è stato scritto, non vengono poste per ragioni meramente esteriori ma per la tutela dei principi costituzionali che informano l'azione amministrativa<sup>77</sup>. Ridefinirle, pertanto, comporta l'assunzione di una grande responsabilità, nella misura in cui possa conseguirne una lesione di diritti fondamentali. Le vicende che hanno interessato il regime dei titoli edilizi ricostruite senza pretesa di esaustività, in questo contributo, con riferimento a due tipologie di intervento, la ristrutturazione edilizia pesante ed il frazionamento con aumento del carico urbanistico, sembrano dimostrarlo.

La ristrutturazione pesante richiede il permesso di costruire ma, ai sensi dell'art. 23 del Testo Unico, può essere realizzata mediante s.c.i.a. ad esso alternativa. Tale disciplina, si è visto, desta perplessità in ordine alla effettiva utilità di ricorrere al richiamato strumento per interventi che necessiterebbero una valutazione compiuta attraverso l'esercizio della specifica funzione amministrativa in materia edilizia e nell'ambito dei principi e delle regole che ne caratterizzano il procedimento. In questo senso, si è visto, la s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire, appare inidonea allo scopo e generatrice piuttosto di complicazione ed aggravio per tutti i soggetti coinvolti: interessato, amministrazione e terzo.

D'altra parte, la liberalizzazione del frazionamento di unità immobiliari che comporti la modifica del carico urbanistico, è stato qui sostenuto, comporta una diminuzione della tutela di molteplici interessi primari che incidono sulla qualità della vita dei cittadini, e possono pregiudicare l'effettività della pianificazione svolta a monte dall'amministrazione, limitando l'attuabilità dell'assetto degli

---

*esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio* V. TAR Toscana Sez. I n. 369 del 19 febbraio 2016 Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710. In termini, a seguire, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2012 n. 6656; id., 6 maggio 2013, n. 2427; id., 8 luglio 2013, n. 3606; id., 9 gennaio 2014, n. 36; id., 22 dicembre 2014 n. 6290.

<sup>76</sup> Autorevole dottrina ha rilevato che "la mutata definizione di manutenzione straordinaria, peraltro, ha l'effetto di consentire interventi di frazionamento e di accorpamento di unità immobiliari in tutte le zone in cui gli strumenti urbanistici vigenti consentono la manutenzione straordinaria, così rischiando di stravolgere la pianificazione territoriale programmata", M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. Giur. ed.*, 2013, 301 e ss..

<sup>77</sup> E. FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2000, 527 e ss..

interessi rappresentato negli strumenti urbanistici<sup>78</sup>. Il quadro delineato è di grande instabilità perché, a fronte della volontà di assicurare certezza nella formazione dei titoli abilitativi, sottesa alle modifiche legislative esaminate, attraverso un sistema liberalizzato per quei titoli necessari alla gran parte degli interventi edilizi, e semplificato per il procedimento di rilascio del permesso di costruire (nei casi in cui lo stesso è ancora richiesto), si è determinata, invece, una destabilizzante incertezza delle posizioni giuridiche<sup>79</sup>; un sistema più gravoso per l'amministrazione ed una irragionevole compressione di interessi pubblici primari compresenti sul territorio.

Ciò dovrebbe imporre al legislatore una riflessione sull'attuale regime dei titoli edilizi, riportando, ove necessario, sotto la sfera del controllo pubblico, gli interventi che richiedono, per essere attuati con il minore costo sociale possibile, la previa valutazione degli interessi coinvolti, e quindi, il permesso di costruire.

La soluzione alle rilevate criticità non può, tuttavia, consistere in un ritorno al passato dovendosi, piuttosto, rendere efficaci e ricondurre al sistema, anche per garantire il principio di effettività della tutela delle posizioni giuridiche<sup>80</sup>, le modalità di formazione dei titoli edilizi, funzionali al soddisfacimento di necessità avvertite sia da chi opera nell'amministrazione che dal cittadino. Tanto più che, l'evoluzione avvenuta, anche su spinta dell'inquadramento europeo del contenuto minimo della proprietà come *utilitas*<sup>81</sup>, impone di favorire l'iniziativa economica privata non condizionandola, ove possibile, all'intervento pubblico.

Ed allora, sarebbe auspicabile che il legislatore superi i tentennamenti mostrati con la ambigua disciplina attualmente vigente e valuti con decisione, se e quali interventi edilizi sia possibile liberalizzare<sup>82</sup>, sottraendoli, definitivamente, al con-

<sup>78</sup> Attività già fortemente insidiata dalla sanatoria degli abusi consentita per condono e dalle misure edilizie straordinarie che consentono premi di volumetria anche in deroga agli strumenti urbanistici.

<sup>79</sup> C'è, si è detto, quella dell'interessato alla formazione del titolo alla verifica della effettiva esistenza dei presupposti per esercitare l'attività, anziché restare esposto al rischio del successivo potere inibitorio; quella del terzo a reagire al titolo altrui che lo danneggia.

<sup>80</sup> M. RENNA. *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale* (a cura di D. DELLA CANANEA, M. DUGATO), ESI, Napoli, 2006, pp. 505 ss..

<sup>81</sup> M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in «*Europa e diritto privato*», rivista trimestrale a cura di BONELLI, CASTRONOVO, DI MAJO, MAZZAMUTO, 2002, n. 3, Giuffrè editore, p. 709. Per una riflessione sul tema nel periodo in cui il dibattito si svolgeva si veda S. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, A. BALDASSARRE, *voce proprietà*, cit. p.10. C. SALVI, *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale in ASTRID. La CEDU nella sentenza Maggio e altri c. Italia del 31 maggio 2011* ha chiarito che nella nozione di proprietà, intesa complessivamente come bene, possono rientrare tanto i «beni attuali» quanto i valori patrimoniali.

<sup>82</sup> Oggi infatti, il riferimento per l'individuazione di tali attività è il glossario delle attività liberalizzate pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 7 aprile 2018, che contiene un elenco espressamente definito "non esaustivo" delle principali opere che "possono essere eseguite senza alcun titolo abilitativo,

trollo pubblico in modo pieno e reale e quali, invece, è necessario mantenere in forma procedimentale.

Si, può, senz'altro affermare, infatti, che in aderenza al principio di ragionevolezza<sup>83</sup>, il legislatore avrebbe dovuto ponderare con più attenzione la scelta di sottrarre al controllo pubblico preventivo gli interventi che incidono su interessi di rango primario intesi a preservare la qualità della vita che in caso di liberalizzazione non trovano sede di composizione<sup>84</sup>. Bisognerebbe, perciò, prendere atto della peculiarità della materia edilizia, restringendo i casi di liberalizzazione a quelli in cui tale modello è sostenibile secondo ragionevolezza, riespandendo invece, negli altri casi, l'ambito del procedimento.

---

*nel rispetto delle prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali e di tutte le normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia (in particolare, delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, di quelle relative all'efficienza energetica, di tutela dal rischio idrogeologico, delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42/2004)*”. Tale glossario va poi integrato con le fattispecie ulteriori che le Regioni possono prevedere nell'esercizio della competenza legislativa concorrente in materia di governo del territorio. La giurisprudenza costituzionale ha, però, progressivamente ampliato, dettagliandolo, il novero dei principi fondamentali, sulla cui base ha risolto, quasi sempre in favore dello Stato, i conflitti di competenza fra legislazione statale e regionale, a prescindere che detta prevalenza sia stata fondata sulla violazione da parte del legislatore regionale di norme generali o di principi fondamentali. Secondo la Corte, sono da ricondurre ai principi fondamentali: a) le disposizioni riguardanti le categorie di interventi edilizi; b) il principio di semplificazione in materia di titoli abilitativi; c) il principio di onerosità del titolo abilitativo; d) l'utilizzabilità della DIA anche per interventi edilizi riguardanti aree o immobili sottoposti a vincolo; e) il principio secondo cui le infrastrutture di reti di comunicazione elettroniche sono opere di urbanizzazione primaria; f) l'obbligatorietà della trasmissione dei piani attuativi, che non richiedono approvazione regionale dai Comuni alla Regione o alla Provincia delegata; g) le distanze tra fabbricati e relative deroghe; h) la subordinazione degli interventi in zone sismiche alla valutazione degli organi competenti; i) il principio secondo cui le sanzioni per mancato o ritardato pagamento del contributo di costruzione devono avere carattere pecuniario ed essere determinate dentro valori massimi e minimi; l) la previsione del titolo abilitativo in sanatoria, determinazione delle volumetrie e limiti all'individuazione delle opere condonabili; m) i requisiti igienico-sanitari dei locali adibiti ad attività agrituristica; n) l'indennità di esproprio (commisurata al valore del bene); o) le numerose norme in materia di edilizia residenziale pubblica (cfr. Corte cost., sentenze, nn. 309 del 2011; 303 del 2003; 336 del 2005; 343 del 2005; 232 del 2005; 362 del 2003; 182 del 2006; 196 del 2004; 339 del 2007; 348 del 2007; 121 del 2010).

<sup>83</sup>La ragionevolezza consiste nel «potere-dovere dell'amministrazione di rappresentarsi fedelmente e completamente tutti i fatti e di tenere conto di tutti gli interessi coinvolti», Così, M. NIGRO (con la collaborazione di E. CARDI), *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO, A. BARBERA, Bologna, 1994, p. 32. Sul tema P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993, p. 152. Il principio di ragionevolezza, nella declinazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa, è molto più ampio della ragionevolezza – astratta – delle leggi, ed infatti presuppone una corretta individuazione dei presupposti di fatto e di diritto dell'azione amministrativa ed un'attenta valutazione di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda, poiché costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) (C.d.S. n. 746/2017).

<sup>84</sup> Così M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 9.



Ciò attraverso un sistema di formazione dei titoli edilizi aperto alla collaborazione con il privato in modo proporzionale e progressivo, in una scala che va restringendosi, via via che il tipo di intervento richieda la composizione di interessi più complessi, da riservare all'istruttoria esclusiva dell'amministrazione. Esistono già, in questo senso, istituti implementabili come lo sportello unico per l'edilizia (SUE) e quello per le attività produttive (SUAP), che fungono da recettori di comunicazioni e segnalazioni per le attività liberalizzate ma anche da collettori di istanze che per essere definite richiedono una pluralità di autorizzazioni. Tali ultime istanze, quando assumano la forma di segnalazione, come nel caso della s.c.i.a. cosiddetta "spuria" introdotta dal D.Lgs.n. 126/16, non dovrebbero costituire strumenti di liberalizzazione ma di semplificazione del procedimento, come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere sul decreto<sup>85</sup>.

Sarebbe, così, auspicabile superare la categoria delle attività liberalizzate in cui sulla segnalazione del privato l'amministrazione può esercitare un potere di controllo foriero di incertezza ed instabilità e pervenire ad una differenziazione fra attività libere in senso pieno, che sarebbero residuali e richiederebbero la semplice comunicazione, ed attività sottoposte ad autorizzazione mediante: procedimenti aperti alla cooperazione del privato, in cui parte dei presupposti per il rilascio possano essere oggetto di autocertificazione da parte dell'interessato e procedimenti veri e propri, oggetto di una istruttoria completamente condotta dall'amministrazione, anche in forma semplificata attraverso il ricorso all'acquisizione d'ufficio di pareri e nulla osta di altre amministrazioni.

In tale assetto, a fronte di un riaccrescimento della sfera di esercizio di funzione amministrativa, le esigenze di semplificazione sarebbero assicurate dagli anzidetti strumenti di semplificazione interni al procedimento e quelle di accelerazione dalla possibilità di formazione del permesso di costruire per silenzio assenso prevista dall'articolo 20 del Testo Unico. Tale silenzio, si è detto, pur non offrendo adeguata assicurazione della comparazione degli interessi da parte del Comune e privando gli interessati delle garanzie procedurali,<sup>86</sup> non comporta un sacrificio irragionevole dell'interesse pubblico e della posizione del terzo in quanto l'amministrazione

---

<sup>85</sup> Tale scia opera per i casi in cui sia necessario acquisire uno o più provvedimenti di autorizzazione. Tale segnalazione risponde alle finalità di semplificazione procedimentale in caso di attività complesse, necessitanti una pluralità di atti di assenso. Nel parere reso sul decreto (n.839/16) il Consiglio di Stato valutando positivamente la scelta di regolare la fattispecie di attività soggette a scia che, tuttavia, per il loro svolgimento, necessitano di "altre scia, comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche" (cd. scia 'plurima') aveva rilevato come tale importante previsione, fosse limitata ai soli casi della scia, mentre non veniva affrontato il silenzio assenso che, a rigore, costituisce l'unico vero caso di attività privata non soggetta ad autorizzazione espressa (riguardando la SCIA – come detto – solo attività private libere, ancorché conformate, e non sottoposte ad alcun regime autorizzatorio).

<sup>86</sup> V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P., 29 luglio 2011 n. 15*, in Foro amm. TAR, p. 2978;

dispone di un termine sufficiente (ma che il legislatore non farebbe male ad ampliare) per valutare l'istanza prima che si formi il titolo ed in ogni caso può intervenire successivamente in autotutela entro diciotto mesi; mentre al terzo è assicurata la medesima tutela giurisdizionale riconosciuta nei confronti del provvedimento espresso.

Al contrario, come dimostrato, la s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire non apportando reali benefici né per l'amministrazione né per il privato (sia interessato che controsegnalato) ben potrebbe essere abolita.

D'altra parte, l'intervento realizzato con semplice comunicazione che si rivelasse privo dei requisiti per essere inquadrato in una delle attività libere, sarebbe esposto *sine die* alle sanzioni stabilite per gli interventi privi di titoli ciò che costituirebbe una adeguata tutela dell'interesse pubblico e del terzo.

Sul piano sostanziale, la breve analisi dei due interventi edilizi presi in considerazione ha fatto emergere la considerazione che il legislatore ha liberalizzato il frazionamento di unità immobiliari che, quando resti invariata la volumetria complessiva dell'edificio e non muti la sua destinazione, viene ricompreso nella categoria della manutenzione straordinaria, anche se comporta aumento del carico urbanistico, mentre ritiene indispensabile, sempre, il permesso di costruire per la ristrutturazione pesante che comporti aumento di volumetria.

Dall'aumento di volumetria, pare, dunque discendere, oggi, la necessità del permesso di costruire per gli interventi che riguardino edifici già esistenti, essendo venuti meno, nel tempo come ricostruito, tutti gli altri limiti che rappresentavano la linea di confine fra ristrutturazione e nuova costruzione (variazione di sagoma; di superficie; di area di sedime). La proposta è di superare tale visione, risalente alla legge ponte del 1967 ed al successivo decreto attuativo n. 1444 del 1968 che reca una presunzione di assoluta rilevanza urbanistica dell'aumento volumetrico.

Prendendo come riferimento i richiamati criteri elaborati dalla dottrina e recepiti dalla più recente legislazione regionale in materia urbanistica<sup>87</sup>, si evincono parametri da considerare ed eventualmente sostituire a quello dell'aumento volumetrico nella decisione su quali interventi subordinare ad autorizzazione e quali, no.

Rispetto alla propensione a commisurare l'incidenza di fabbisogni da soddisfare attraverso la realizzazione di standard urbanistici e la programmazione generale di servizi<sup>88</sup> all'insediamento, inteso come rapporto vani/abitanti o a quella di tutelare il suolo come bene esauribile, l'aumento volumetrico che mantenga invariato il carico urbanistico (come in alcune ipotesi di ristrutturazione pesante) potrebbe, infatti, risultare irrilevante, mentre, invece, sarebbe rilevante l'ipotesi contraria del frazionamento con aumento del carico. Adottando siffatti criteri per la ristruttura-

<sup>87</sup> Si vedano note n.n. 66 e 67.

<sup>88</sup> A. CONTIERI, B. MERCURIO, *Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici. Commento all'art.21 del D.lgs. 56/16 in G.M., Esposito (a cura di), Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, UTET GIURIDICA, 2017 p. 175 – 190.

zione che pur comportando un aumento di volumetria, avvenga all'interno della medesima area di sedime precedentemente occupata, senza aggravio del carico urbanistico né modifica di superficie o di destinazione d'uso, la valutazione circa la funzione legittimante l'intervento potrebbe essere, considerata implicita nella norma che lo ammette, soprattutto se contenuta in un piano.<sup>89</sup> Pertanto, ricorrendo tali presupposti, anche taluni interventi di ristrutturazione pesante potrebbero essere fatti rientrare fra le attività libere in senso puro. Ciò, non esclude affatto l'efficacia dell'impianto sanzionatorio attuabile dall'amministrazione, potendo la stessa ordinare la demolizione ed il ripristino dello stato precedente nei casi di non conformità delle opere realizzate alle disposizioni di legge o di piano che consentono la liberalizzazione. Paradossalmente, in questo caso, l'interesse pubblico al corretto assetto edilizio ed urbanistico, risulterebbe maggiormente tutelato rispetto all'efficacia delle spuntate armi utilizzabili nei confronti della s.c.i.a., come visto in precedenza.

Al contrario, una valutazione si imporrebbe in alcune ipotesi di frazionamento con aumento del carico urbanistico per consentire le quali potrebbe essere utile far rivivere l'esercizio della finzione amministrativa, anche mediante il ricorso ad un procedimento semplificato ed aperto alla collaborazione attiva da parte del privato, secondo lo schema di autorizzazioni a partecipazione aperta e progressiva sopra proposto.

---

<sup>89</sup> P. MAZZONI, *diritto urbanistico*, Milano 1990, p. 185

**Abstract**

Rule of building permits and form of administrative function. Some comments

by Bruno Mercurio

The rules of building permits has changed profoundly in recent years. Today, only the interventions intended to transform the territory through the construction of a new building are subject to authorization by the administration, through a specific permit; the renovation of a pre-existing building, modifying volume and shape, or urban renovation. In all other cases, for interventions on existing buildings, the building permit or is not required, like in the free building activity, which requires simple communication, or can be self-produced by the private, through reports and certified communications. This limitation to the administrative function, however does not seem to be able to obtain the expected benefits, as we see in the two cases examined, sometimes useless to reach the end of simplification that is proposed, (refers to the heavy restructuring) and sometimes hasty in the renunciation of a public assessment, to the detriment of relevant primary interests, (as in the fractionation with increase of the urban density).

*Keywords:* rule of building permits; simplification; liberalization; administrative function.

*Hanno collaborato a questo numero:*

Salvatore Cimini

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Teramo*

Guido Corso

*Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università di Roma Tre*

Loredana Giani

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università Europea di Roma*

Piera Guglielmini

*Dottoranda di ricerca presso la Seconda Università degli studi di Napoli*

Maria Immordino

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo e componente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*

Vanessa Manzetti

*Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università di Pisa*

Bruno Mercurio

*Avvocato nel Foro di Napoli*

Giovanna Pizzanelli

*Professore associato di diritto amministrativo nell'Università di Pisa*

Alberto Zito

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Teramo*

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI DICEMBRE 2018  
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI