

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIV – Nuova serie
N. 3/2015 (settembre–dicembre)

INDICE

DOTTRINA

MARIA IMMORDINO E MARCO RAGUSA

Brevi note sulla qualificazione giuridica dei beni costituenti la rete ferroviaria 309

ARISTIDE POLICE

Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario 321

ANNA SIMONATI

La parità di genere in Italia: la giuridificazione dell'uguaglianza sostanziale, fra tutela di diritti individuali e interesse della collettività 361

ANTONIO SENATORE

L'acquisizione gratuita degli abusi edilizi al patrimonio comunale: evoluzione normativa ed approdi giurisprudenziali 383

| | | |
|-----------------|---|-----|
| OLIVIA PINI | <i>Le nuove frontiere del servizio pubblico locale: la vicenda UBER tra regolazione, giurisprudenza e ruolo delle autonomie</i> | 401 |
| SIMONA POLIMENI | <i>Il welfare generativo tra dimensione teorica e applicazioni pratiche: cenni sul ruolo degli enti locali</i> | 429 |
| GIULIA SILVIA | <i>I servizi museali come servizi pubblici essenziali: ratio e conseguenze dell'intervento normativo</i> | 451 |

Dottrina

Brevi note sulla qualificazione giuridica dei beni costituenti la rete ferroviaria*

di Maria Immordino e Marco Ragusa

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La tesi dei beni pubblici in senso oggettivo: la “destinazione pubblica”. 3. Beni pubblici, servizi pubblici, interesse pubblico. 4. Reti, imprese e interesse economico generale. Brevi conclusioni.

1. Premessa

Una questione ancora oggi aperta, non essendo dato al riguardo riscontrare unanimità di vedute, concerne la qualificazione giuridica dei beni strumentali all'erogazione del servizio di trasporto ferroviario, ossia di quei beni dei quali si compone l'infrastruttura ferroviaria, o meglio la rete¹.

Si tratta, invero, di una questione ormai risalente, essendosi già posta al momento della trasformazione, con delibera CIPE n. 60/1992, dell'ente pubblico economico Ferrovie dello Stato² in soggetto privato: innovazione che, secondo una tesi maggioritaria, deve ritenersi soltanto “formale” (essendo le imprese del gruppo Ferrovie dello Stato, inclusa Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.³, ancora oggi a totale partecipazione pubblica⁴ e, dunque, sostanzialmente pubbliche nella loro soggettività giuridica⁵) ma che ha fatto venire meno, proprio a livello “formale”

* Il lavoro è frutto di una riflessione comune. I § 1, 2 e 3 sono di M. Immordino, il 4 di M. Ragusa. L'articolo è destinato agli studi in onore di Ernesto Sticchi Damiani.

¹ Sul rapporto di continenza tra la nozione di rete e quella di infrastruttura, anche al fine della dimostrazione della disomogeneità concettuale dei termini, cfr. fra tutti F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in E. Picozza - E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, VI, Padova 2008, 127 ss. e *passim*.

² Con la l. n. 210 del 1985, il servizio ferroviario, prima gestito dallo Stato in via diretta attraverso un'azienda autonoma (L. n. 259 del 1905), è stato attribuito all'Ente pubblico economico Ferrovie dello Stato.

³ RFI è l'ente gestore dell'infrastruttura in forza della concessione rilasciata nel 2000 e contenuta nel D.M. n. 138T del 2000, che disciplina, oltre al contratto di programma, i rapporti tra lo Stato e RFI.

⁴ RFI è una società totalmente controllata dalla *holding* Ferrovie dello Stato, il cui capitale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. In argomento, N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2007, Tomo III, 2274, ss.

⁵ Si tratta di una tesi confortata anche dalla giurisprudenza (Cons. St. n. 4711/2002, e n. 1303/2002; Corte cost., n. 466/1996 e n. 363/2003), su cui G. BAVETTA, *La trasformazione delle F. S. da ente pubblico in s.p.a.: profili giuridici e problematiche normative*, in *Il trasporto ferroviario nell'Europa del 2000*, 30 agosto - 4 settembre 1998, Ispica - Ragusa; G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 221 s.s.; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009;

(e, aggiungerebbero, obiettivo) un presupposto al quale il codice civile subordinava la ricomprensione dell'infrastruttura ferroviaria nell'ambito dei beni pubblici, cioè la natura di ente pubblico del soggetto proprietario.

Assodato, insomma, che l'infrastruttura è oggi un bene in proprietà di Rete ferroviaria italiana s.p.a., attuale gestore della rete ferroviaria, il dibattito ha riguardato e riguarda la qualificazione (privatistica o pubblicistica) di tale proprietà. Tramontata l'epoca in cui le ferrovie erano ricomprese nel demanio eventuale dello Stato (art. 822 c.c.) e quella, successiva, in cui esse erano qualificabili come patrimonio indisponibile dell'ente pubblico Ferrovie dello Stato (*ex artt.* 828, c. II e 830 c.c. e art. 15 della legge n. 210/1985⁶), ci si è infatti domandati a quale regime giuridico sia oggi soggetta la rete ferroviaria, una volta transitata nel patrimonio di una società commerciale. La questione, non definitivamente risolta, è ancora attuale, costituendo la rete una risorsa strumentale all'erogazione di un servizio di pubblica utilità, qual è per l'appunto il servizio di trasporto ferroviario, il cui processo di liberalizzazione è tutt'oggi in corso.

M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica - Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende statali*, Torino, 1997, 228. Diversamente, per la soggettività di diritto privato, sia pure sottoposta ad un regime speciale di tipo settoriale, v. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015, 389 ss.; L. V. MOSCARINI, *Categorie dogmatiche e riparto di responsabilità nel trasporto ferroviario*, in *Dir. Trasp.*, 2005, 829; si consentito altresì rinviare a M. RAGUSA, *Reti e servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. soc.*, 2/2007, segn. 325 ss. e ID, *Interesse pubblico e modelli organizzativi dei servizi a rete*, in A. Contieri - F. Francario - M. Immordino - A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, I, 273 ss. Per una posizione mediana, assunta sulla scorta di una ricca analisi della disciplina di settore, cfr. A. ANGIULI, *La società in mano pubblica come organizzazione*, *ibid.*, I, 157. Sulla questione - che non può essere affrontata in questa sede in modo esaustivo e la cui soluzione non ha comunque, come illustrato *infra* nel testo, rilievo diretto nell'analisi del tema oggetto del presente scritto - basti qui sottolineare che la soggezione, in determinate materie, delle s.p.a. derivate dalla trasformazione dei vecchi enti di servizio pubblico alla disciplina applicabile alle pubbliche amministrazioni, non sembra elemento sufficiente a superare il dato formale e oggettivo della loro natura giuridica privata. Ad esempio, se RFI s.p.a. è tenuta al rispetto delle regole dettate in materia di accesso ai documenti amministrativi (*ex art.* 23 l. proc., su cui G. MASTRANDREA, *In tema di accesso alla documentazione relativa alla sicurezza dei trasporti ferroviari*, *Dir. Trasp.*, 1999, I, 922 - nota a Cons. St. n.1683/1998) da tale dato non può ricavarsi alcun indice intorno alla pretesa "soggettività pubblica" *de facto*, né può interpretarsi la citata norma speciale in modo tale da ritenere la società tenuta in via generale al rispetto dei principi di cui alla l. 241/90 sul procedimento amministrativo *ex art.* 1, c. 1 *ter*, non potendo l'ente essere assimilato ai "soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative".

⁶ Ai sensi del quale "i beni destinati al pubblico servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione, senza il consenso dell'ente". Sui termini del dibattito aperto dalla trasformazione dell'Azienda di Stato in Ente Ferrovie, in materia di qualificazione dei beni destinati al trasporto ferroviario v. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 119 ss., segn. nota n. 9.

2. *La tesi dei beni pubblici in senso oggettivo: la “destinazione pubblica”*

Così delineati i termini del problema, occorre prendere le mosse dalla tesi, che dalla manualistica contemporanea ci pare sia oggi divenuta dominante, secondo la quale la natura pubblica della rete può ancora oggi essere predicata sulla base di una lettura “oggettivizzante”.

Secondo questa dottrina, così come (soltanto) formale è stata la privatizzazione dell'ente pubblico Ferrovie dello Stato, altrettanto formale sarebbe stata la privatizzazione dei beni costituenti la rete ferroviaria⁷.

La trasformazione del soggetto proprietario, infatti, non inciderebbe sul vincolo di destinazione all'interesse pubblico che un tempo era imposto ai beni pubblici dalle disposizioni codicistiche: la permanenza di questo vincolo sarebbe attestata dalla disciplina della moderna *rete ferroviaria*, caratterizzata dalle limitazioni alle facoltà di godimento e di disposizione del proprietario su cui era imperniato il regime delle vecchie *strade ferrate-beni pubblici*.

Il bene-rete, in quest'ottica, sarebbe “oggettivamente” pubblico, a prescindere dalla riserva di proprietà o dall'assetto dominicale, pubblico o privato, insistente sul bene stesso.

La tesi della continuità del regime giuridico dei beni ferroviari (e del vincolo di destinazione che lo caratterizza) è stata accolta anche dal Consiglio di Stato, che in una sentenza del 2003, proprio con riferimento agli effetti prodotti dalla devoluzione della rete al patrimonio di un soggetto privato, ha affermato che il nuovo assetto normativo “non ha determinato un mutamento della natura giuridica dei beni strettamente serventi l'esercizio ferroviario”. Beni che, seppure non più qualificabili come demaniali, essendo venuto meno il presupposto dell'appartenenza allo Stato, “rimangono comunque nella piena disponibilità di Ferrovie dello Stato per gli specifici e strumentali usi previsti dalla legge”; e che - sottolinea il Giudice amministrativo - costituiscono oggetto di una “proprietà speciale”, con ciò adombrando la configurazione di una “demanialità *de facto*”⁸.

⁷ M. RENNA, *La regolazione amministrativa*, cit., 109, ss; ID. *Le società per azioni in mano pubblica - Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende statali*, cit.; ID., *Beni “pubblici” degli enti “privatizzati”*, AIPDA, *Annuario*, 2003, cit., 2955, ss.

⁸ Cons. St., V, n. 3074/2003; IV, n. 6923/2002 (su cui D. CASALINI, *La natura giuridica dei beni appartenenti alla Ferrovie dello Stato s.p.a.*, *Foro amm. CdS*, n. 2/2003): “se l'accezione di formale e rigida “demanialità” può ritenersi superata (ma sul punto, complice la confusione normativa, la riflessione è ancora aperta), è indubbio che trattasi di una proprietà speciale finalizzata all'esclusivo esercizio ferroviario, con tutte le cautele e le garanzie che tali finalità comportano”. Nonostante alcune oscillazioni (vedi ad es. Cons. St., V, n. 5902/2003, in *Foro amm. CdS*, n. 3/2004, con nota di L. R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso di Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, 870 ss.), la tesi di una demanialità “adespota” e *de facto* sembra avere trovato conferma anche nelle più recenti pronunce del Giudice amministrativo (fra le quali v. T.A.R. Calabria, I, n. 1864/2014; T.A.R. Abruzzo, I, n. 250/2014) e, in parte, del Giudice ordinario (v. Cass. civ., II, n. 9460/2012 e Cass. civ., II, n. 11402/2011), salvo l'espreso riconoscimento, da

Questa impostazione del problema, tanto suggestiva quanto ben argomentata, presuppone, in qualche modo, una sostanziale affinità tra il vecchio interesse pubblico, al quale la ferrovia-bene pubblico era destinata, e l'insieme degli interessi la cui tutela costituisce oggi la *ratio* del diritto (speciale) delle reti.

Per valutarne la fondatezza, dunque, bisogna provare a definire il rapporto di continuità o discontinuità tra la nozione di “interesse pubblico”, connaturale alla tradizione giuridica del diritto amministrativo italiano, e quella di “interesse economico generale”⁹ che, nel diritto europeo, identifica i servizi a rete come il trasporto ferroviario (art. 106 Tr.f.Ue).

3. Beni pubblici, servizi pubblici, interesse pubblico

Nel “sistema del servizio pubblico”¹⁰, il percorso ricostruttivo della relazione tra bene e interesse pubblico era semplice, schematico, diretto: l'interesse pubblico coincideva con la nozione di servizio pubblico; e quest'ultima, a sua volta, coincideva con l'intero complesso dell'attività svolta da un soggetto, titolare della rete e gestore del servizio in regime di monopolio legale.

Dalla qualificazione pubblica attribuita all'interesse soddisfatto dall'erogazione del servizio discendeva, a sua volta, la pubblicità del soggetto erogatore, la riserva a pubblici poteri dell'attività di organizzazione e di prestazione del servizio, la natura pubblica, infine, delle reti e, in genere, dei beni destinati all'attività di prestazione. Secondo uno schema in qualche modo auto-referenziale della pubblicità (vale a dire della protezione dell'interesse pubblico mediante l'apprestamento di un corpo di regole esorbitanti dal diritto comune)¹¹.

Il bene ricavava, insomma, la natura pubblica da un fine, individuato *de relato* nell'interesse perseguito dal soggetto pubblico-erogatore: un fine che finiva col coincidere, a sua volta, semplicemente e genericamente con il complesso dell'attività da questi svolta, sulla base di una sorta di proprietà transitiva della pubblicità.

parte di quest'ultimo, di un “mutamento di regime” dei beni, in sede di soluzione di controversie in materia di locazione di immobili “già facenti parte del demanio ferroviario” (Cass. civ., III, n. 17026/2015 e Cass. civ., III, n. 2961/2013).

⁹ Per alcune riflessioni sul rapporto tra interesse generale e liberalizzazioni, con riferimento specifico al servizio idrico integrato, E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato, Analisi giuridica dell'economia*, 2010, 143 ss.; G. PIPERATA, *Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in Liguori e C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni*, cit. 354, ss.

¹⁰ Nozione, questa di servizio pubblico, ritenuta estranea al diritto comunitario (G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, Riv. giur. quadr. Pubbl. serv., n. 1/2000, 7 ss.) essendo stata infatti la stessa menzionata solo all'art. 73 del Trattato di Roma (già art. 77, oggi art. 93 Tr.f.Ue).

¹¹ G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in AIPDA, *Annuario 2003*, 29 ss.; M. RAGUSA, *Reti e servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, cit., 317 ss.

Questa complessa interdipendenza fra natura pubblica dell'interesse da soddisfare, natura pubblica del soggetto erogatore dell'attività e natura pubblica del bene strumentale per la prestazione del servizio entra in crisi agli inizi degli anni Novanta dello scorso secolo.

L'impatto comunitario è stato infatti tale da determinare la rottura del nesso tra l'interesse pubblico allo svolgimento di una determinata attività e la previsione di un quadro di "regole amministrative esorbitanti" per la sua disciplina derogatoria rispetto al diritto comune.

Se, come accennato, la trasformazione in s.p.a. dell'ente pubblico economico F. S. ha spezzato (almeno sul piano formale) quella che costituiva l'originaria "cifra" identificativa del titolo dominicale sull'infrastruttura ferroviaria e della sua qualificazione come bene pubblico, riconducibile alle categorie codicistiche del demanio statale eventuale e del patrimonio indisponibile, non pare dubbio, d'altronde, che le più vistose trasformazioni (formali e sostanziali) siano derivate dalle politiche di liberalizzazione¹².

È noto a tutti, infatti, che il mutamento di soggettività (da pubblica a privata) dell'originario gestore (così della rete, come del servizio di trasporto) è un correlato storico proprio del processo di apertura del settore alla concorrenza (avviato con la direttiva del Consiglio 91/440/CEE, relativa allo sviluppo ed all'accrescimento dell'efficienza delle ferrovie comunitarie ed al loro adeguamento alle esigenze del mercato).

In quest'ottica, la legislazione europea ha posto alcuni principi generali idonei ad assicurare la promozione e la tutela della competizione economica in un mercato, quale quello del trasporto ferroviario, tradizionalmente caratterizzato in Italia, così come in gran parte dei paesi occidentali, da un monopolio legale.

L'apertura alla concorrenza del settore, tuttavia, non avrebbe potuto arrestarsi al riconoscimento di una indiscriminata libertà di impresa in luogo della riserva disposta, dal vecchio regime, per l'attività di trasporto ferroviario: alla liberalizzazione era sì indispensabile un processo di integrazione negativa (l'abolizione delle regole che, negli ordinamenti nazionali, istituivano e proteggevano il monopolio legale, effetto perseguibile già in forza degli artt. 85, 86 e 90 - prima numerazione - del Trattato di Roma), ma anche un processo di integrazione positiva (l'approntamento di nuove regole capaci di creare un mercato concorrenziale in un settore economico che, abolito il monopolio legale, avrebbe altrimenti mantenuto, spontaneamente, un assetto

¹² Sulla polisemia della nozione di liberalizzazione e sul profilo della stessa in funzione di tutela o promozione della concorrenza nei servizi pubblici, F. G. SCOCA, *Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni*, in F. Liguori e C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni*, Ed. Sc., Napoli, 2015, 244. Sul tema delle liberalizzazioni si rinvia ai contributi presenti in F. LIGUORI e C. ACOCCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni*, cit., ove ampi riferimenti bibliografici; nonché, E. STICCHI DAMIANI (a cura di) *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008.

monopolistico, derivante proprio dalla titolarità della rete in capo a una sola impresa di trasporto).

Il principio di separazione tra gestione della rete e gestione del servizio ha così determinato un'artificiale distinzione tra due mercati: contenendo il monopolio alla sola attività di gestione dell'infrastruttura ferroviaria (mercato a monte), esso mira ad assicurare la concorrenza sul mercato dell'erogazione dei servizi di trasporto (mercato a valle).

A tal fine è stato imposto, originariamente, un regime di separazione contabile tra l'attività, riservata, di gestione della rete e quella, non riservata, di erogazione del servizio¹³. Regime pensato in funzione dell'apertura alla concorrenza¹⁴, poiché solo la neutralità nella gestione della rete consente di assicurare l'accesso delle imprese di trasporto, in condizioni di parità, alle infrastrutture di cui quella si compone e, dunque, in ultima analisi, al mercato a valle¹⁵.

Un più efficace presidio al principio di neutralità è poi rappresentato, rispetto alla separazione contabile, dalla separazione soggettiva tra l'impresa che gestisce la rete e quelle che operano sul mercato del trasporto.

In particolare, solo se realmente "indipendente da un'impresa ferroviaria sul piano giuridico, organizzativo e gestionale" il gestore di rete può esercitare, ai sensi delle direttive emanate successivamente al 1991 (rifuse nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2012/34/UE), alcune funzioni "essenziali", consistenti nell'assegnazione delle tracce ferroviarie e nell'imposizione dei canoni dovuti per l'utilizzazione della rete.

Le finalità perseguite dal legislatore europeo e fatte proprie dal legislatore nazionale in sede di recepimento delle direttive¹⁶ sono dunque, essenzialmente, quelle di promuovere un'effettiva liberalizzazione attraverso l'apertura alla concorrenza dei servizi di trasporto merci e passeggeri internazionale¹⁷, di rafforzare

¹³ Salva la possibilità per gli Stati membri di attuare una separazione anche organica o istituzionale, artt. 1 e 6 della direttiva.

¹⁴ Sulla concorrenza nel settore dei servizi sanitari, dove è prevista dalla stessa Costituzione una compresenza di pubblico e privato, oggi confermata in termini generali dal nuovo art. 118, Cost., E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private, in Sanità pubblica e privata*, 2003, 929 ss.

¹⁵ Per un inquadramento teorico dell'istituto dell'accesso alla rete, fra tutti, M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, *Merc. Conc. Reg.*, n. 2/2001, 373, ss.; L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, 2008; F. DI PORTO, *op. cit.*, 218 ss.

¹⁶ D.lgs. n. 188/2003, con le successive modificazioni introdotte dal d.lgs. n. 15 del 2010, prima, e da ultimo con d.lgs. n. 112/2015.

¹⁷ Quanto al trasporto passeggeri nazionale la disciplina è stata attribuita ai singoli Stati membri, trattandosi di materia di competenza concorrente ex art. 4 del Tr.f.Ue, con conseguente disomogeneità del grado di liberalizzazione del mercato, dipendendo dalle scelte dei singoli Stati, E. ZAMPETTI, *Liberalizzazione e trasporto ferroviario: questioni ancora aperte*, in F. Liguori e C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni*, cit., 375.

l'indipendenza degli organismi di regolamentazione¹⁸, nonché la trasparenza della gestione dell'infrastruttura e l'accesso non discriminatorio a quest'ultima.

Orbene, la dottrina che sostiene la tesi dei "beni (privati) a destinazione pubblica" vede dimostrato il permanere della "destinazione" anche da quell'insieme di obblighi che le direttive comunitarie di liberalizzazione hanno disposto a carico del titolare della rete ferroviaria, e dai correlativi diritti di accesso riconosciuti in favore delle imprese aspiranti a operare sul mercato del trasporto.

Dovendo, infatti, il gestore della rete assicurare la concorrenza all'ingresso del mercato del trasporto ferroviario e dei servizi ad esso collegati, garantendo l'accesso a tutti gli imprenditori che vi aspirano¹⁹, il titolo dominicale da questi vantato sul complesso dei beni aziendali non sarebbe riconducibile alla proprietà di diritto comune, ma a una signoria regolata da un diritto speciale, che imprime ai beni una destinazione pubblica e che si impone, limitandole, alle facoltà di godimento e disposizione del proprietario, attestando la permanenza del vincolo già proprio dei beni del patrimonio indisponibile.

4. Reti, imprese e interesse economico generale. Brevi conclusioni.

Non v'è dubbio che in effetti, sul piano pre-giuridico, possa cogliersi una continuità tra gli interessi alla cui cura era (genericamente) diretto il vecchio servizio pubblico, da una parte, e alcuni di quelli tutelati dalla normativa vigente, dall'altra: la finalità economico-sociale che originariamente giustificava la riserva

¹⁸ L'indipendenza dell'organismo di regolazione URSF (Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari) nel mercato dei servizi ferroviari in Italia è stata messa in dubbio dalla Commissione per conflitto di interessi tra i componenti di tale organismo, funzionari ministeriali, e Trenitalia s.p.a., il principale operatore ferroviario sul mercato italiano, società di proprietà statale sulla quale, secondo la Commissione, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti avrebbe esercitato comunque una penetrante influenza. Censura non accolta dalla Corte di giustizia (causa C-369/11 del 3 ottobre 2013), su cui, per la relativa motivazione, M. DELSIGNORE, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, Riv. it. dir. pubbl. com., fasc. 2, 2014, 449 ss.; R. JR. FLACCO, *La garanzia di imparzialità del gestore della rete ferroviaria nel procedimento di determinazione dei diritti per l'accesso all'infrastruttura di rete*, F. amm. (II), fasc. 3, 2014, 738 ss.. L'URSF è stato sostituito dall'Autorità di regolazione dei trasporti, istituita nel 2012, con la legge n. 27 di conversione del d. l. n. 1 del 2012, su cui A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, Gior. dir. amm., 2012, 589 ss.; L. TORCHIA (a cura di), *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, Astrid, Roma, 2013. L'altra contestazione da parte della Commissione riguardava i meccanismi di imposizione e quantificazione dei diritti per l'uso della rete ferroviaria, su cui, oltre ai lavori già citati di DELSIGNORE e FLACCO, si veda anche, I. L. NOCERA, *Italia condannata perché non garantisce l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura ferroviaria*, Diritto e giustizia, fasc. 0/2013, 1258 s.

¹⁹ Purché in possesso della prescritta licenza ministeriale, non discrezionale, diretta ad accertarne la capacità tecnica all'esercizio del trasporto ferroviario, e di un certificato di sicurezza, oggi rilasciato dall'Agenzia italiana per la sicurezza delle ferrovie, a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti (art. 6, d.lgs. n. 112/2015).

in mano pubblica del servizio ferroviario è, naturalmente, la medesima a cui tendono gli obblighi (specifici) imposti agli operatori gravati dall'erogazione del servizio universale. Ma è d'altronde evidente, già sotto questo profilo, che ricostruire il sistema degli obblighi di servizio universale ricorrendo all'idea di uno stabile vincolo di destinazione del bene a un interesse pubblico lascerebbe in ombra uno dei principali tratti che contraddistinguono il *proprium* del diritto dei servizi d'interesse economico generale: vale a dire l'assoggettamento degli strumenti di compensazione degli "oneri iniqui" imposti all'operatore universale a un rigoroso principio di proporzionalità.

D'altro canto, la tesi secondo cui le (nuove) limitazioni alle facoltà di godimento e disposizione del proprietario sarebbero spiegabili con il permanere di un vincolo di destinazione dei beni all'interesse pubblico convince ancor meno quando si riconducono al novero di queste limitazioni gli obblighi di accesso da cui è gravato in via diretta il gestore dell'infrastruttura in quanto tale: gestore soggettivamente distinto, peraltro, nel nostro caso, dalle imprese operanti sul mercato del servizio di trasporto ferroviario.

Sotto questo profilo, infatti, ci sembra che, anche sul piano pre-giuridico, non corra analogia tra l'attuale regime giuridico dei servizi d'interesse economico generale e quello, codicistico, volto a tutelare la vecchia destinazione pubblica.

E ciò, innanzitutto, con riferimento ai settori a rete in cui il principio di separazione tra rete e servizio non si traduce nella radicale opzione della separazione soggettiva tra gestore della rete e imprese erogatrici del servizio: in questi casi - è quanto mai evidente nelle comunicazioni elettroniche²⁰ - gli obblighi di accesso alla rete del gestore sono riconosciuti ai concorrenti con una variabilità tale da richiamare, più che la nostra dottrina tradizionale dei beni pubblici, la dottrina nordamericana delle risorse essenziali (*l'essential facility doctrine*), che ammette la limitazione del potere di mercato che a un operatore economico deriva dall'essere titolare di una risorsa scarsa, in favore di altri imprenditori operanti nel medesimo settore o, comunque, esercenti un'attività economica connessa e bisognosa di quel bene o servizio per la propria realizzazione, nonché i *test* di indispensabilità e praticabilità che da sempre ne condizionano l'applicazione caso per caso²¹.

Con riferimento, poi, ai settori - come quello in esame - in cui la separazione tra rete e servizio si è invece tradotta nella distinzione soggettiva tra l'impresa che opera sul mercato a monte (RFI, S.p.a.) e le imprese operanti sul mercato a valle (tra cui Trenitalia S.p.a.), ugualmente ci sembra che non sia possibile considerare

²⁰ V. *supra*, note n. 16 e 11.

²¹ Sull'affinità tra i presupposti e le soluzioni apprestate dall'*essential facility doctrine* e lo schema regolatorio predisposto dagli organismi dell'Unione per i servizi di interesse economico generale si rinvia a G. CORSO, *I beni pubblici come strumento*, cit., 41 ss.; ID., *Esiste una rete postale europea?*, in *Serv. pubbl. e App.*, 1/2005, 29; F. DI PORTO, op. cit., 259 ss.; in particolare, per l'applicazione della dottrina delle risorse essenziali al mercato del *localloop* (ossia allo 'zoccolo duro' del monopolio naturale) nella disciplina delle comunicazioni elettroniche v. M. RAGUSA, *Reti e servizi*, cit., 360 s.

l'accesso alla rete come un obbligo gravante sul monopolista e attestante uno stabile vincolo di destinazione tra la rete e l'interesse pubblico.

Una volta disposta normativamente la separazione dell'impresa proprietaria della rete (e che la rete gestisce) dagli operatori del mercato a valle, infatti, consentire l'accesso alla rete è, molto prima che un obbligo, l'oggetto precipuo dell'attività commerciale esercitata da una s.p.a., il naturale modo di svolgersi dell'iniziativa economica di un soggetto privato: e in questo senso sono le univoche indicazioni provenienti dal diritto comunitario²².

Che, poi, la legge provveda a disciplinare le condizioni di accesso con obblighi di trasparenza e non discriminazione e con una regolazione tariffaria (dal 2015, peraltro, meno "invasiva" rispetto a quella contemplata dalla legislazione previgente) è una circostanza che, per essere spiegata, non necessita dell'attribuzione di una qualificazione giuridica speciale al bene-rete; essa può essere illustrata, più semplicemente, dalla necessità di garantire l'efficienza del mercato a valle, contenendo le possibilità di abuso da parte del monopolista che, per definizione, detiene un diritto esclusivo (e dunque una posizione dominante) sul mercato a monte²³.

La disciplina dei rapporti giuridici intersoggettivi tra operatori economici, in altri termini, offre la chiave di lettura anche del sistema di obblighi che consente un uso comune della rete sul mercato, senza che questo rilievo debba tradursi nell'individuazione di una 'pubblicità' del bene, derivante dalla sua destinazione ad uno scopo e implicante un regime di asservimento necessario allo stesso. La rete è una risorsa essenziale, la cui negoziazione è regolata affinché non venga adibita, dal titolare, a strumento offensivo nei confronti dei concorrenti.

Non intendiamo, con questa conclusione, ignorare che anche la dottrina dei beni (oggettivamente) pubblici per destinazione sia ben consapevole del mutamento di scenario economico e giuridico all'interno del quale l'ipotizzata continuità di regime della proprietà 'speciale' sarebbe destinata a trovare applicazione. Crediamo però che questo cambiamento produca una tale trasformazione qualitativa nella selezione degli interessi rilevanti e nel metodo della loro individuazione, da non potere essere considerata un "più" comprendente, al proprio interno, un "meno", cioè un nucleo di disciplina corrispondente al regime dei beni già destinati al pubblico servizio ferroviario come componenti del patrimonio indisponibile²⁴.

La trasformazione di origine comunitaria, in altri termini, impone anche all'interprete la consapevolezza di essere un momento del processo di integrazio-

²² B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in AIPDA, *Annuario 2003*, cit. 350 s. e nota 25.

²³ A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, 2015, Torino, 2015, 540.

²⁴ V. M. RENNA, *La regolazione*, cit., 150 ss.

ne del sistema giuridico europeo: “[non] sarebbe corretto sottovalutare la portata precettiva delle norme [...] come non sarebbe corretto ignorare le istanze di metodo che esse impongono”²⁵.

Dunque, ove il metodo espresso dalla disciplina comunitaria sia da sé solo sufficiente a inquadrare sistematicamente il diritto positivo, allora il ricorso a dogmatiche altre, proprie della tradizione di un ordinamento (e di una comunità scientifica) nazionale dovrà essere evitato, pena il rischio di pericolose duplicazioni di approcci di analisi.

Svanito il presupposto formale che consentiva la qualificazione della rete ferroviaria come bene pubblico, espunti dall’ordinamento i fini di servizio pubblico (almeno nella monolitica fisionomia che essi hanno assunto per un secolo) pare insomma che l’interprete non possa che rassegnarsi ad abbandonare anche la vecchia idea di “destinazione” e lo *status* di specialità che a quella si saldava.

Un’ultima notazione, a questo punto, è necessaria: non v’è dubbio che il diritto delle reti - e segnatamente la disciplina delle relazioni intersoggettive prodotte dal principio di separazione tra regolazione e gestione - la cui *ratio* di fondo è stata sopra ricercata nell’analogia con istituti del diritto comune della concorrenza, costituisca un diritto *speciale*: lo è nel tipo, nell’intensità e nella distribuzione dei poteri amministrativi che esso impiega (un’attività di regolazione utilizzata in luogo - o più spesso in concorrenza - del diritto *antitrust*) e lo è perché all’efficienza e allo sviluppo delle reti si legano obiettivi politici che trascendono la dimensione individualistica del profitto di impresa, dalla quale invece, nei settori comuni, discendono le scelte inerenti all’allocazione del prodotto e del servizio, alla fissazione del prezzo o alla dotazione aziendale di un operatore economico.

Ma queste *specialità* sono tutt’affatto diverse da quelle che, riferite a *res*, soggetti e attività, caratterizzavano con immanenza il diritto dei servizi pubblici e dei beni destinati alla loro erogazione: per mettere a sistema le norme che interessano la rete ferroviaria come componente del *TEN-T*, quelle in materia di accesso all’infrastruttura da parte delle imprese e quelle sull’accesso al servizio da parte dell’utenza, occorre un radicale mutamento del metodo di indagine²⁶; ben venga, allora, sottolineare le specialità del settore mediante l’impiego di formule riferite ai beni, anziché ai rapporti, a condizione che ciò avvenga nella consapevolezza che tali formule hanno una ottima idoneità descrittiva ma non un solido riscontro né una proficua idoneità d’impiego sul piano tecnico giuridico²⁷.

Una rinnovata prospettiva, per di più, potrebbe aiutare a comprendere e

²⁵ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1/1998, 17.

²⁶ F. DI PORTO, *op. cit.*, *passim* e 281 ss.

²⁷ E in questo senso ci sembra corretta e ben illustrata la definizione di B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune*, cit.

a inquadrare in uno schema stabile anche la radicale trasformazione registrata dalla disciplina di infrastrutture di servizi a rete che, a differenza delle ferrovie, mantengono ancora un formale *status* di beni pubblici (pensiamo ai porti o agli aeroporti): nuova disciplina per la quale questa qualificazione non garantisce più all'interprete (se mai lo ha fatto) alcuna utilità ricostruttiva²⁸.

BRIEF NOTES ON RAILWAY INFRASTRUCTURE COMPONENTS' LAW FRAMING

by Maria Immordino and Marco Ragusa

Abstract

The paper synthetically describes how Italian courts and scholars interpreted the legal transformations occurred to the railway market, and notably to the rail-network's infrastructure components property regulation, since the end of the twentieth century. The authors refute the (prevailing) opinion assuming a substantial continuity between the current stage of regulation and the regime of public property provided by the 1942 civil code; they show the reasons why, on the contrary, the rail-network components have to be considered as goods subject to private property law both on the formal and the substantial floor. For this purpose, the paper emphasizes how the public interests aimed by the previously in force law scheme are radically different from the interests at present representing *rationes* of the services of general economic interest's special regulation.

²⁸ Su tali aspetti B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, *passim*.

Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario

di Aristide Police

SOMMARIO: 1. Una premessa sul servizio pubblico di trasporto. - 1.1. (Segue): l'evoluzione nella gestione del servizio di trasporto ferroviario in Italia. - 2. Le liberalizzazioni europee e la politica ferroviaria europea. - 2.1. La politica comune dei trasporti: tra liberalizzazione e politiche nazionali. - 2.1.1. I trasporti per ferrovia. - 2.2. Il quadro normativo comunitario. - 2.3. Gli ostacoli al processo di liberalizzazione. - 2.4. Le liberalizzazioni europee in materia. - 2.4.1. Il primo pacchetto ferroviario. - 2.4.2. Il secondo pacchetto ferroviario. - 2.4.3. Il terzo pacchetto ferroviario. - 2.4.4. Verso il quarto pacchetto ferroviario. - 2.5. Il recepimento in Italia della normativa europea. - 2.5.1. Il primo pacchetto ferroviario. - 2.5.2. Il secondo pacchetto ferroviario. - 2.5.3. Il terzo pacchetto ferroviario. - 3. Dalla liberalizzazione alla privatizzazione: una nuova stagione per il trasporto ferroviario nel nostro Paese? - 3.1. Il servizio pubblico privatizzato: le ragioni del processo di privatizzazione in Italia. - 3.2. Le Ferrovie dello Stato: il lungo treno della privatizzazione. - 3.2.1. Brevi cenni sulle trasformazioni dell'impresa pubblica Ferrovie dello Stato: dall'Azienda all'Ente (pubblico economico). - 3.2.2. (Segue): il processo di privatizzazione "formale" del 1992: dall'Ente (pubblico economico) alla Società per azioni in mano pubblica. - 3.2.3. (Segue): il processo di privatizzazione "sostanziale" del 2016. Dalla Società per azioni in mano pubblica al mercato: verso la quotazione in borsa. - 4. I limiti e le opportunità dell'esperienza di un processo di privatizzazione recente: liberalizzazione e privatizzazione in Gran Bretagna. - 5. Conclusioni

1. *Una premessa sul servizio pubblico di trasporto*

Comincia a farsi strada la consapevolezza che l'uscita dalla crisi, che ancora condiziona lo scenario dell'economia italiana, dipende anche dal rilancio dei servizi pubblici. Sono diverse le analisi che ci consentono di leggere lo stato di questo settore, offrendo gli elementi opportuni di conoscenza per comprendere quale possa essere una direzione di marcia per superare le attuali difficoltà.

Si è giustamente sottolineato come "quello dei servizi pubblici rimane un ambito articolato e a tratti inedito, che intreccia situazioni di eccellenza a inefficienze profonde, modalità di gestione evolute a situazioni di critica instabilità, con il susseguirsi di riforme frequenti e spesso discontinue, non sempre coerenti con il perseguimento del reale obiettivo di salvaguardia del carattere di universalità dei servizi"¹.

In una società postindustriale nella quale la gran parte della ricchezza prodot-

¹ Il riferimento è alle parole di P. MODIANO nella introduzione al Rapporto Nomisma. Il riferimento è al recente *Rapporto Nomisma 2012* sui "Servizi pubblici locali". Sul punto si vedano già le riflessioni di G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova, 2001.

ta deriva dal settore dei servizi, il recupero di competitività e di produttività che è necessario al rilancio dell'economia, inevitabilmente deve vedere protagonista il sistema dei servizi pubblici, che costituisce un pilastro rilevante della ricchezza prodotta nelle comunità territoriali, ed una componente primaria di quello che Robert Solow definiva "residuo", vale a dire tutto ciò che non è produttività del lavoro e che contribuisce alla produttività totale dei fattori².

Si può sostenere, però, che da una prospettiva economica, laddove si sia in presenza di una domanda che resti insoddisfatta o nei casi in cui vi siano "fallimenti di mercato", i pubblici poteri tendono a farsi carico dell'erogazione di quei servizi che i privati non offrirebbero spontaneamente. Tale impostazione fa emergere sin da subito l'importanza del soggetto erogatore del servizio, specialmente nei casi in cui la qualificazione del servizio sia, oltre che di tipo soggettivo, anche oggettivo. Difatti, la soddisfazione di interessi pubblici generali che l'attività dei pubblici poteri intende fronteggiare contribuisce a spostare l'accento della questione dall'analisi del soggetto erogatore a quella dell'oggetto del servizio pubblico.

A questo proposito è la Costituzione stessa a sottolineare un'impostazione che supera la mera visione soggettiva laddove, all'art. 43, enfatizza l'importanza della natura dei servizi, stabilendo che anche i soggetti privati hanno la possibilità di erogare "servizi pubblici essenziali".

L'articolo 43 della Costituzione recita come segue: "Ai fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato ad Enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

Sulla base di ciò, anche il diritto dell'Unione Europea, all'art. 86 del Trattato CE, inserendo nell'ambito della disciplina della concorrenza le imprese che si occupano di "servizi di interesse economico generale", riconosce che di servizi pubblici possano occuparsi anche le imprese private.

In questo saggio ci si soffermerà in particolare sul servizio di trasporto ferroviario in quanto, fra i servizi di trasporto di rilievo non locale, il trasporto ferroviario nel nostro Paese è forse l'unico che ancora si colloca in un'interessante fase di passaggio tra la decostruzione del monopolio pubblico statale e l'affermazione significativa di modelli di mercato e di autorevole regolazione pubblica del medesimo. Senza evocare il decostruttivismo né poter aspirare alla fantasia delle forme dei suoi più apprezzati esponenti³, in questo lavoro si cercherà quindi di illustrare la via italiana alla regolazione e al mercato nel trasporto ferroviario.

² Il riferimento è all'ormai classico del premio nobel R. SOLOW, *Capital theory and the rate of return*, Amsterdam, North-Holland, 1963.

³ E' noto che per decostruttivismo (o decostruzionismo) si intende quella corrente

1.1. (Segue): l'evoluzione nella gestione del servizio di trasporto ferroviario in Italia

In Italia, la storia del trasporto ferroviario ha inizio nel 1839, quando venne costruita, ai piedi del Vesuvio, la prima tratta ferroviaria Napoli-Portici, lunga sette chilometri⁴, che diede l'esempio e lo stimolo per la progettazione e la realizzazione di altre linee più o meno sparse in tutto il territorio nazionale. Ad oggi la più importante società che opera nel settore del trasporto ferroviario è rappresentata dalle Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A.

Di seguito, anche a beneficio dei lettori non italiani ed in particolare degli amici spagnoli con i quali ci si è confrontati su questi temi in occasione delle Giornate di Studio Italo-Spagnolo, si ripercorrerà brevemente l'evoluzione del modello di gestione in Italia, così da poterne comprendere al meglio il processo italiano di "restituzione al mercato" del settore del trasporto ferroviario⁵.

In quel continuo pendolo tra pubblico e privato che contraddistingue le forme di intervento pubblico dello Stato in economia⁶, le Ferrovie dello Stato italiane nacquero agli inizi del Ventesimo secolo in seguito alla statalizzazione che

architettonica impostasi all'attenzione internazionale alla fine degli anni Ottanta del XX secolo. Il decostruttivismo si ricollega alle sperimentazioni del costruttivismo russo nel rifiuto netto della purezza formale della tradizione modernista: si disegnano allora edifici dalle geometrie instabili, scomponendo e disarticolando le forme e gli spazi, compenetrando interno ed esterno degli ambienti, sfruttando tutte le potenzialità di torsione e piegamento di materiali edili tecnologicamente avanzati come vetro, acciaio, cemento armato. Gli esponenti di punta sono Coop Himmelb(l)au, P. Eisenman, F. Gehry, Z. Hadid, R. Koolhaas, D. Libeskind e B. Tschumi. Sul punto brevemente la voce della *Enciclopedia on line*, Istituto della Enc. Italiana G. Treccani.

⁴ L. VILLARI, *Nove minuti che fecero una storia - 1839-1989: I centocinquantanni delle Ferrovie Italiane*, in *Voci della rotaia*, numero speciale 8/9, Ferrovie dello Stato, Roma, 1989.

⁵ Il riferimento è al XX Congresso Italo Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo organizzato dalla omonima Associazione sul tema «Servizi pubblici economici tra mercato e regolazione», presso il Consiglio di Stato e la *Università degli Studi di Roma Tre* (marzo, 2014), convegno in occasione del quale è stata presentata la relazione che ha occasionato questo lavoro.

⁶ Il riferimento è a G(iampaolo) ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, Relazione al IX Congresso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Santiago de Compostela, febbraio 2014), nella evoluzione del suo pensiero sin da G(iampaolo) ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, nel volume a cura dello stesso Autore e di S. Amorosino, *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1995.

investì diverse Imprese che su tutto il territorio italiano gestivano tratte ferroviarie realizzate in concessione (la legge 22 aprile 1905, n. 137, recante “*Provvedimenti per l'esercizio di Stato delle ferrovie non concesse ad imprese private*”). La prima struttura organizzativa si ebbe grazie al regio decreto 15 giugno 1905, n. 259, per poi essere modificata due anni dopo con la legge 7 luglio 1907, n. 429. Si trattava di una Direzione generale di un Ministero, con una particolare forma di *Governance*.

Sino al 1907, operò un Comitato d'amministrazione che era presieduto dal Direttore generale. Successivamente fu istituito il Consiglio di amministrazione, composto da otto membri. La struttura restò inalterata sino all'introduzione del regio decreto-legge 2 febbraio 1920, n. 130, mediante il quale fu deciso che il Consiglio di amministrazione dovesse passare da otto a sedici membri, cinque dei quali erano rappresentanti del personale dell'azienda. Inoltre, fu stabilito che il Presidente dovesse essere nominato dal Governo e la carica di Direttore generale fu trasformata in quella di Amministratore generale. Altri cambiamenti nella *Governance* amministrativa si ebbero in seguito all'avvento del fascismo. In particolare, il Consiglio di amministrazione fu sciolto alla fine del 1922 e si decise di sopprimere la figura del Direttore generale. Poco dopo fu nominato Edoardo Torre come Commissario straordinario (con decreto del 4 gennaio 1923). L'anno seguente, con la legge n. 596 del 1924 fu istituito il Ministero delle Comunicazioni in cui furono ricondotte oltre a quelle delle Poste e telegrafi e della Marina mercantile, anche la Direzione generale delle Ferrovie dello Stato, mentre veniva ricostituito -sia pure con sole funzioni consultive- il Consiglio di amministrazione (regio decreto del 22 maggio 1924 n. 863). Con la fine del regime corporativo, sul finire del 1944 si ebbe una riorganizzazione dei Ministeri e la istituzione del Ministero dei Trasporti, al cui interno era compresa anche la Direzione generale delle Ferrovie dello Stato.

Nell'agosto del 1945, la Direzione generale venne trasformata in Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, fu nuovamente istituito un Consiglio di amministrazione (composto da dodici membri) e si seguì l'assetto organizzativo proprio del modello delle Aziende autonome che nascevano in quegli anni all'interno della organizzazione ministeriale. Così il modello gestionale dell'amministrazione diretta a mezzo di una Direzione generale di un Ministero, anche il modello dell'Azienda autonoma, sempre riconducibile ad un Ministero, ebbe vita lunga oltre quarant'anni. Seguendo un modello di amministrazione diretta che era ormai diventato desueto negli altri settori di intervento pubblico in economia dove oramai da decenni si faceva ricorso al modello organizzativo dell'Ente pubblico economico⁷.

⁷ Per una ricostruzione di quegli strumenti e di quei modelli si ricordano gli scritti di M.S. GIANNINI, sin dal suo *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 232 ss. e da ultimo nel suo *Diritto pubblico dell'economia*, 5^a ed., Il Mulino, Bologna, 1995, 59 ss. Ma si veda anche F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*,

Fu solo a metà degli anni Ottanta dello scorso secolo che, con la legge 17 maggio 1985, n. 210, recante la “*Istituzione dell’ente Ferrovie dello Stato*”, si abbandonò per la gestione del trasporto ferroviario il modello dell’Azienda autonoma in favore di quello dell’Ente pubblico economico, anche se la legge con una formulazione anodina si limitava a qualificare tale soggetto meramente come ente pubblico⁸. E questa scelta dell’Ente pubblico economico fu soltanto una breve tappa del passaggio di questa importante impresa pubblica al modello della Società per azioni ad integrale partecipazione pubblica. Così disponeva l’art. 18 del D.L. 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, a mezzo di apposita deliberazione del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (C.I.P.E.) 12 agosto 1992, recante la “*Trasformazione dell’Ente Ferrovie dello Stato in Società per Azioni*”.

Ma questi mutamenti della forma e della soggettività giuridica delle Ferrovie dello Stato poco avevano inciso quanto al regime giuridico che regolava il mercato del servizio di trasporto ferroviario nel nostro paese, improntato ad un sostanziale monopolio non soltanto della infrastruttura ferroviaria, la rete ferroviaria appunto, ma anche della gestione della stessa rete e dell’esercizio del servizio di trasporto su di essa. E’ per questa ragione che assumono una significativa importanza nel nostro approfondimento le politiche di liberalizzazione di questo mercato introdotte dalla legislazione della Comunità Europea e successivamente dall’Unione Europea.

2. *Le liberalizzazioni europee e la politica ferroviaria europea*

2.1. *La politica comune dei trasporti: tra liberalizzazione e politiche nazionali*

Secondo le previsioni dell’art. 3 del Trattato di Roma, istitutivo della Comu-

nel volume collettaneo *La Costituzione economica*, vol. I del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* (diretto da F. Galgano), Cedam, Padova, 1977, 105 ss. E sotto il profilo storico si veda per tutti V. CASTRONOVO, *Storia economica d’Italia*, nuova ed., Torino, Einaudi, 2006.

⁸ Per una ricostruzione della evoluzione legislativa in materia si rinvia a S. CASSESE, *La trasformazione delle ferrovie statali*, in *La testimonianza del giurista nell’Impresa. Scritti in memoria di M. D’Antona*, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss.; G.M. SARACCO, *Ferrovie*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, 333 ss.; G. CORREALE, *Ferrovie dello Stato*, in *Enc. Giur.*, Istituto della Enc. Italiana G. Treccani, vol. XIV, Roma, 1989, *ad vocem*; M.R. MORELLI, *L’ente ferrovie dello Stato. Natura e disciplina fra pubblico e privato: alla luce della nuova l. 210/85 e delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1989, I, 111 ss.; e, ancor prima ad A. MOCCI, *Ferrovie dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 219 ss.

nità Economica Europea, il settore dei trasporti, insieme alla politica commerciale e alla politica in materia di agricoltura e pesca, costituiva uno dei tre settori per cui era stata prevista l'instaurazione di una politica comune, volta ad istituire un mercato comune⁹. La rilevanza di tale politica è stata sottolineata ancora di più dalla riserva, all'interno del Trattato, di un apposito titolo, il titolo IV (poi titolo V, artt. da 70 a 80 CE, ora Titolo VI del TFUE).

Come è stato osservato, infatti, quello dei trasporti rappresenta un settore dotato di un'importante particolarità, quella di fungere, contemporaneamente, da strumento per il raggiungimento del mercato comune, nonché da oggetto dello stesso¹⁰. Difatti, da una parte, solamente i trasporti possono rendere possibile l'instaurazione del “mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”, di cui al primo comma, lett. c) dell'art. 3 del Trattato CE; le normative nazionali che disciplinano i trasporti e la concorrenza in questo settore possono avere l'effetto di produrre restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita che potrebbero produrre lo stesso effetto derivante dall'imposizione di dazi doganali. Dall'altra parte, invece, si deve evidenziare che il settore dei trasporti è un'attività commerciale dotata di propria autonomia e di particolari strutture di mercato e, in quanto tale, è oggetto della politica comune dei trasporti prevista dal Trattato.

Una attività che ha un giro complessivo di affari pari a circa mille miliardi di Euro e, come si può intuire, si tratta di un comparto che incide significativamente sul prodotto interno lordo, fornendo lavoro a più di dieci milioni di lavoratori¹¹. Ecco perché il Trattato di Roma ha voluto occuparsi sin da subito di tale settore, anche in virtù della sua importanza sul piano strettamente commerciale. Tuttavia, al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Roma, le normative nazionali in vigore in materia di trasporti accordavano una netta preferenza ai vettori nazionali rispetto a quelli stranieri; di conseguenza, il mercato dei trasporti risultava suddiviso su base nazionale. A fronte di tale situazione, fu ben chiara, per il legislatore comunitario, la necessità di occuparsi, in primo luogo, dello smantellamento di quel sistema di “barriere normative” all'ingresso, che aveva l'effetto di alterare le condizioni concorrenziali esistenti nei diversi Stati membri, determi-

⁹ Per un approfondimento G. CONETTI, *Politiche comunitaria. Politica dei trasporti*, in *Enc. Giur.*, Istituto della Enc. Italiana G. Treccani, vol. XIV, Roma, 1989, *ad vocem*; M. DI PACE, *Manuale di diritto comunitario dell'economia*, Cedam, Padova, 2000, 458 ss.

¹⁰ Così D.U. GALETTA e M. GAVAZZI, *Trasporti terrestri*, nel volume a cura di M.P. Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte Speciale, t. IV, Giuffrè, Milano, 2007, 2174.

¹¹ Sul punto si veda il Libro Bianco, *La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte*, Lussemburgo, 2001, 11. Ma già F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Giuffrè, Milano, 1996, 7 ss.

nando oggettive disomogeneità fra i differenti mercati nazionali. I poteri pubblici, oltre ad accordare un'indubbia protezione ai vettori nazionali, hanno cercato di prevenire o limitare la concorrenza interna tra le varie modalità di trasporto attraverso diverse disposizioni sia di carattere restrittivo che discriminatorio, allo scopo di evitare fra di essi forme di concorrenza.

Non si ignora certo che in ragione delle caratteristiche strutturali di tale mercato si potessero giustificare “aspetti speciali” della disciplina dei trasporti. In particolare, con tale espressione ci si riferiva alle caratteristiche economiche particolari di questo settore, tali da differenziarlo rispetto agli altri settori economici e tali da giustificare un trattamento particolare, specialmente in relazione all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie¹². Si evidenziava, in particolare, l'entità degli investimenti e delle spese di infrastruttura, che incidono in modo diverso a seconda delle varie tipologie di trasporto ed inoltre, la notevole fungibilità dell'offerta di trasporto e rischi di una concorrenza rovinosa fra le imprese che offrono differenti tipologie; si sottolineavano poi i caratteri strutturali del mercato dei trasporti, caratterizzato dalla coesistenza di imprese di struttura e dimensioni difficilmente paragonabili, con riguardo alle diverse tipologie di trasporto ed ancora l'imposizione di oneri di pubblico servizio ad alcune imprese di trasporto, con conseguenti effetti distorsivi della concorrenza.

Peraltro, al momento della nascita della Comunità Europea, le politiche dei trasporti perseguite dai diversi Stati membri erano molto diverse tra loro e, nella maggior parte dei casi, risentivano il peso di fattori contingenti¹³. Proprio per questa ragione, la Comunità si è trovata a fare i conti con la coesistenza di mercati nazionali dei trasporti estremamente differenti e difficilmente inquadrabili nel contesto di quella politica comune indicata dal Trattato. Ed è per questo che indipendentemente dalla previsione dei principi generali, non sono state previste norme specifiche di disciplina per il settore, che, tra l'altro, risulta sottratto all'ambito di operatività dei principi in materia di libera prestazione dei servizi a norma dell'art. 61 del Trattato (art. 51 CE, ora art. 58 TFUE)¹⁴.

L'attuazione della politica comunitaria dei trasporti è stata, quindi, demandata dal Trattato alla successiva attività normativa delle istituzioni comunitarie, che hanno elaborato la politica in tre diverse fasi storiche. Una prima che va dalla formulazione del *Memorandum* della Commissione nel 1961 sino all'allargamento della Comunità a Gran Bretagna, Danimarca e Irlanda nel 1973; una seconda

¹² Sul punto si veda il Libro Bianco, *La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte*, Lussemburgo, 2001, 11. Così M.L. TUFANO, *I trasporti terrestri nella CEE*, Giuffrè, Milano, 1990, 29.

¹³ Sul punto C. DEGLI ABBATI, *I trasporti nel quadro dell'integrazione europea*, ECIG, Genova, 1984.

¹⁴ Così D.U. GALETTA, *La politica comunitaria dei trasporti*, in *Quaderni della rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, n. 1, 2002, 8 ss.

fase che dal 1973 arriva sino alla sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 1985, che decide sul ricorso in carenza proposto dal Parlamento Europeo contro il Consiglio proprio in questa materia¹⁵; ed infine la terza prende il via con quella sentenza ed è tuttora in pieno svolgimento¹⁶.

Bisognerà attendere la prima metà degli anni Ottanta del secolo scorso per vedere un impulso decisivo all'attuazione di una politica comunitaria dei trasporti, che coinciderà, tra l'altro, con l'adozione dell'Atto unico europeo. Difatti, in quello stesso periodo, la Commissione predispone un nuovo *Memorandum*, dal titolo "Evoluzione verso una politica comune dei trasporti"¹⁷ e, subito dopo, invia al Consiglio il suo primo Libro Bianco sul completamento del mercato interno¹⁸. Allo stesso tempo, si ha anche un intervento della Corte di Giustizia comunitaria, che con due note sentenze la citata *Parlamento c. Consiglio* del 1985 e la *Nouvelles Frontières* del 1986¹⁹ ha offerto un'importante accelerazione al processo di adozione di norme attuative della politica comune dei trasporti da parte del Consiglio, dando il via alla c.d terza fase.

Come è ben noto, le due pronunce appena richiamate hanno dato il via ad un'opera di liberalizzazione e deregolamentazione del settore dei trasporti, rispetto alla quale il nuovo termine temporale è stato fissato al 31 dicembre 1992, termine indicato dall'art. 7A del Trattato CEE (art. 14 CE, ora art. 26 TFUE) quale termine per il completamento del mercato interno.

2.1.1. I trasporti per ferrovia

L'armonizzazione in materia di trasporto ferroviario negli Stati membri è stata, sin da subito, irta di difficoltà. La particolarità delle problematiche riguardanti il trasporto ferroviario discende, da un lato, dalla tradizionale natura giuridica delle imprese che esercitavano tale attività²⁰, dall'altro, dalla notevole quantità

¹⁵ Così Corte di Giustizia, 22 maggio 1985, causa C -13/83, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1985, 1513 ss.

¹⁶ Sul punto M.L. TUFANO, *I trasporti terrestri nella CEE*, cit., 57 ss; D.U. GALETTA, *La politica comunitaria dei trasporti*, cit., 9 ss.

¹⁷ Si veda il Documento della Commissione COM(83)58 def. del 9 febbraio 1983.

¹⁸ Si veda il Documento della Commissione COM (85)310 def. del 14 giugno 1985; B. HAMENDE, *La politica comunitaria dei trasporti stradali e marittimi: aspetti interni e relazioni con i paesi dell'Est europeo*, in *Est Ovest*, 1992, 33 ss..

¹⁹ Così Corte di Giustizia, 30 aprile 1986, cause riunite C - 209-213/84, *Ministere public c. Lucas Asejes e.a.*, in *Raccolta*, 1986, 1425 ss.

²⁰ Così COMMISSIONE EUROPEA, *La rete dei cittadini. Realizzare le potenzialità del trasporto pubblico di viaggiatori in Europa (libro verde)*, in *Bollettino dell'Unione europea*, supplemento n. 4, 1995, 45 ss.

di obiettivi extra-economici di cui queste imprese erano state tradizionalmente caricate, con la conseguente necessità di coprirne gli squilibri di bilancio con finanziamenti statali a vario titolo.

Tutto ciò aveva, tra l'altro, dato vita ad una mancanza di trasparenza nell'attività e nei conti delle ferrovie e ad un'insensibilità crescente delle stesse rispetto ad obiettivi di economicità ed efficienza della gestione²¹. Oltre a ciò, vi erano anche le problematiche riguardanti il costo delle infrastrutture: mentre nei trasporti ferroviari la costruzione e la manutenzione della via di comunicazione è a carico dell'impresa ferroviaria, nei trasporti stradali questi costi fanno capo agli Stati, con tutte le conseguenze che ciò comporta per le imprese ferroviarie, sotto il profilo dell'aumento crescente dei costi e della costante impossibilità di raggiungere il pareggio di bilancio.

In tale contesto si colloca, in primo luogo, il regolamento CEE n. 1192/69²², che conteneva norme comuni per la normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie e che si pone come il primo tentativo concreto, a livello comunitario, di realizzare uno degli obiettivi più ambiziosi della politica comune dei trasporti, vale a dire l'avvio di una concorrenza efficace fra i diversi tipi di trasporto terrestre e, in particolare, fra quelli su strada e quelli su ferrovia.

A questo tentativo, ha fatto seguito l'adozione di numerose misure finalizzate, da un lato, a garantire l'adozione di criteri uniformi di contabilità e per il calcolo dei costi delle imprese ferroviarie, dall'altro finalizzate ad avviare il risanamento della situazione delle aziende ferroviarie.

Tuttavia, il primo vero ed importante intervento normativo è stato la direttiva CEE n. 440/91²³, che ha abrogato la decisione 75/327/CEE, recependone comunque i contenuti in buona parte. L'aspetto più importante della direttiva CEE n. 440/91 riguardava l'affermazione della esigenza di assicurare la separazione tra la gestione dell'infrastruttura, da un lato, e l'esercizio dell'attività di trasporto, dall'altro. Tale intervento costituiva un importante passo in avanti verso la deregolamentazione generale del settore: difatti, fatti salvi gli obblighi di servizio pubblico previsti dal regolamento CEE n. 1191/69 e la concessione di aiuti per contribuire alla riduzione dell'indebitamento delle imprese, l'obiettivo perseguito era il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario e il distacco tra pubblici poteri e trasporto ferroviario. In merito, si deve sottolineare che la direttiva non escludeva soluzioni di effettiva privatizzazione. In particolare, nella sua ver-

²¹ Così F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, cit., 105 ss.

²² Regolamento (CEE) N. 1192/69 del Consiglio del 26 giugno 1969 relativo alle norme comuni per la normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 28 giugno 1969, n. L 156/8.

²³ Direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 24 agosto 1991, n. L 237.

sione originaria la direttiva ipotizzava la permanenza a carico degli Stati membri degli oneri di creazione e gestione delle infrastrutture e il pagamento di un canone per l'utilizzo delle stesse da parte delle imprese ferroviarie. Queste ultime, indipendentemente da se fossero a statuto privato o pubblico, avrebbero dovuto esercitare l'attività di trasporto ferroviario secondo i principi validi per le società commerciali. Si prevedeva, inoltre, la facoltà per gli Stati membri di affidare loro anche la gestione delle infrastrutture. In quest'ultimo caso era però fatto obbligo alle imprese di mantenere una gestione rigorosamente separata, anche sul piano contabile, fra l'attività di gestione e quella di trasporto. La direttiva in questione è stata attuata in Italia sette anni dopo, con il d.p.r. 277/1998²⁴.

Il legislatore comunitario è poi intervenuto nuovamente sulla materia, apportando non poche modifiche alla direttiva in questione con due successivi interventi: il primo è rappresentato dalla direttiva CE n. 12/2001²⁵ e il secondo dalla direttiva CE n. 51/2004²⁶. Queste due direttive si pongono su una linea di continuità rispetto alla direttiva CEE n. 440/91, imponendo, però, al fine di garantire l'accesso equo e non discriminatorio alla infrastruttura ferroviaria, una separazione ancora più marcata fra le funzioni. In merito, nella sezione III, rubricata “*Separazione fra la gestione dell'infrastruttura e l'attività di trasporto*”, l'art. 6 della direttiva CEE n. 440/91, come novellato dalla direttiva CE n. 12/2001, prevedeva l'esistenza di bilanci separati ed un divieto di trasferimento, da uno di questi due settori all'altro, di eventuali finanziamenti pubblici concessi ad uno di questi due settori di attività.

L'art. 3 della direttiva CEE n. 440/91, così come modificato dalla direttiva CE n. 12/2001, forniva una nuova e più estesa nozione di “impresa ferroviaria”, che ora era “qualsiasi impresa pubblica o privata titolare di una licenza ai sensi delle vigenti disposizioni comunitarie e la cui attività principale consiste nella prestazione di servizi per il trasporto di merci e/o di persone per ferrovia e che garantisce obbligatoriamente la trazione; sono comprese anche le imprese che forniscono solo la trazione”. La seconda parte della direttiva CEE n. 440/91,

²⁴ Decreto del Presidente della Repubblica 8 luglio 1998, n. 277, “*Regolamento recante norme di attuazione della direttiva 94/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie*”, in *Gazzetta Ufficiale* del 12 agosto 1998, n. 187. Al riguardo si veda M. CASANOVA e M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, Giuffrè, Milano, 2004, 199 ss.

²⁵ Direttiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001 che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 15 marzo 2001, n. L 75/1.

²⁶ Direttiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che modifica la direttiva 91/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 21 giugno 2004, n. L 220/58.

interamente modificata dalle due direttive sopra citate, era dedicata alla disciplina degli aspetti necessari a garantire l'accesso all'infrastruttura ferroviaria da parte delle imprese ferroviarie di tutti gli Stati membri, comprese le associazioni internazionali fra queste imprese, soprattutto per ciò che concerne il trasporto di merci.

Secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 10, così come modificato dalla Direttiva n. 51/2004, "le imprese ferroviarie che prestano servizi di trasporto ferroviario concludono, in base al diritto pubblico o privato, gli accordi necessari con i gestori dell'infrastruttura ferroviaria utilizzata".

Un'altra direttiva comunitaria importante è la direttiva CE n. 18/95²⁷, che stabiliva i principi validi per il rilascio alle imprese ferroviarie di licenze valide in tutta la Comunità, che era vincolato ai requisiti di onorabilità, capacità professionale e capacità finanziaria, nonché all'esistenza di un adeguato sistema di copertura per la responsabilità civile. Alla luce delle nuove esigenze di garantire maggiore uniformità e trasparenza, tale direttiva è stata modificata con la direttiva CE n. 13/2001²⁸, che ha apportato un importante ampliamento dell'ambito di applicazione della direttiva stessa²⁹. Difatti, il regime delle licenze è stato esteso anche alle imprese che offrono servizi di trasporto di persone, mentre è stata fatta salva la possibilità di escludere le imprese ferroviarie che si occupano unicamente di servizi di trasporto urbani, extraurbani o regionali, di interesse locale. Particolarmente rilevante è l'articolo 3 della direttiva CEE n. 18/95, a norma del quale se compete agli Stati membri di designare gli enti preposti al rilascio delle licenze e all'adempimento degli obblighi previsti dalla direttiva, il vincolo è che "L'ente che rilascia le licenze non presta direttamente i servizi di trasporto ed è indipendente dagli organismi o dalle imprese che prestano tali servizi". In Italia, tale Autorità è stata individuata, dall'art. 7 del decreto legislativo 188 del 2003³⁰, nel Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il quale rilascia una licenza con validità temporale illimitata, ma che può essere revocata dal Ministero nella ricorrenza di particolari circostanze.

²⁷ Direttiva 95/18/CEE del Consiglio del 19 giugno 1995 relativa alle licenze delle imprese ferroviarie, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 27 giugno 1995, n. L. 143.

²⁸ Direttiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001 che modifica la direttiva 95/18/CE del Consiglio relativa alle licenze delle imprese ferroviarie, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 15 marzo 2001, n. L 75/26.

²⁹ Sul punto S. BUSTI, *Profili innovativi della disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, in *Dir. Trasporti*, 2003, 32 ss.

³⁰ Decreto Legislativo 8 luglio 2003, n. 188, "Attuazione delle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE in materia ferroviaria".

La direttiva CE n. 19/95³¹ è stata la prima direttiva ad occuparsi del problema dell'accesso alle infrastrutture ferroviarie da parte di imprese di altri Stati membri, prevedendo che la ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria dovesse essere tale da permettere un impiego efficace ed ottimale di tale infrastruttura. Successivamente, tale direttiva è stata sostituita dalla direttiva CE n. 14/2001³², modificata ad opera delle successive direttive CE n. 49/2004³³, che insiste sulla necessità di prevedere sistemi di imposizione dei diritti di utilizzo e di assegnazione della capacità volti a consentire un accesso equo e non discriminatorio a tutte le imprese e cercare di soddisfare le esigenze di tutti i tipi di utenti e di traffico in maniera equa e non discriminatoria.

Particolarmente rilevante è l'articolo 6 della direttiva, inerente al "Costo dell'infrastruttura e contabilità". In esso, al secondo comma, infatti, è stato previsto che "Tenendo debito conto della sicurezza, della manutenzione e del miglioramento della qualità del servizio di infrastruttura, devono essere concessi incentivi ai gestori per ridurre i costi di fornitura dell'infrastruttura e il livello dei diritti di accesso". E gli Stati membri devono provvedere a ciò alla luce del successivo comma 3, "attraverso un contratto concluso tra l'autorità competente e il gestore dell'infrastruttura, per un periodo minimo di tre anni, che contempli contributi statali oppure mediante l'istituzione di un opportuno sistema di regolamentazione con adeguati poteri".

A questa previsione deve essere affiancata quella dell'art. 10 della direttiva CE n. 14/2001, che autorizza gli Stati membri ad introdurre un sistema di compensazione di durata limitata per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria al fine di coprire "i costi ambientali, i costi connessi ad incidenti e i costi di infrastruttura non imputati in modi di trasporto concorrenti, ove la mancata copertura sia comprovabile e nella misura in cui tali costi superino i costi equivalenti della ferro-

³¹ Direttiva 95/19/CE del Consiglio del 19 giugno 1995 riguardante la ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 27 giugno 1995, n. 143.

³² Direttiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001 relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 15 marzo 2001, n. L 75/29.

³³ Direttiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie e recante modifica della direttiva 95/18/CE del Consiglio relativa alle licenze delle imprese ferroviarie e della direttiva 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 21 giugno 2004, n. L 220/16.

via". Si prevede, però, al comma 4 della stessa disposizione che gli Stati membri debbano garantire la compatibilità di detto sistema con le norme del Trattato in tema di aiuti di stato.

Infine, importante è anche quanto stabilito nell'art. 30 della medesima direttiva, che prevede l'istituzione da parte degli Stati membri di un apposito organismo di regolamentazione che potrà essere adito da chi ritenga di essere stato vittima di "un trattamento ingiusto di discriminazioni o di qualsiasi altro pregiudizio, in particolare avverso decisioni prese dal gestore dell'infrastruttura o eventualmente dall'impresa ferroviaria", in particolare per ciò che concerne l'assegnazione di diritti di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e le relative procedure.

Per il nostro Paese, questo organismo era stato originariamente individuato nell'art. 37 del d.lgs. 2003/188, nel Ministero delle infrastrutture e dei trasporti o sue articolazioni. In particolare, con il d.P.R. n. 184/2004, si attribuivano tali compiti all'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari del Ministero, posto alle dirette dipendenze del Ministro al fine di garantire indipendenza ed autonomia di carattere organizzativo e decisionale. Su questo assetto della regolazione in Italia, la Commissione Europea avviava nel 2008 la procedura di infrazione n. 2008/2097 ritenendo che l'ordinamento italiano non avesse proceduto alla "corretta trasposizione dell'art. 30 della direttiva CE n. 14/2001 in base al quale l'organismo di regolamentazione è indipendente sul piano organizzativo, giuridico e decisionale". Dopo molti tentativi in sede parlamentare, si pose rimedio a tale situazione solo grazie alla istituzione di una nuova amministrazione indipendente, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti, prevista dall'art. 37 del decreto legge n.201/2011, convertito in legge n. 214/2011³⁴. Era quindi l'Autorità dei trasporti il soggetto preposto a garantire e regolare l'accesso alla e la gestione della infrastruttura ferroviaria.

Quanto, invece, alla direttiva CE n. 49/2004 come emerge dal suo primo considerando, essa si prefigge l'obiettivo di porre in essere un quadro normativo comune per la sicurezza ferroviaria, per dar seguito all'impegno assunto con la direttiva CEE n. 440/91 e finalizzato alla creazione di un mercato unico dei servizi di trasporto su rotaia. Essa detta gli standard di sicurezza delle ferrovie comuni-

³⁴ Sul punto si veda fra i molti, A. FRIGNANI, *L'Autorità dei Trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppi pochi poteri?*, in *Riv. it. di Antitrust*, n. 2(2014) e, più ampiamente il volume collettaneo a cura di F. Bassan, *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Giappichelli, 2015 ed ivi, in particolare, M. BRIGNARDELLO ed E.G. ROSAFIO, *Il settore ferroviario*.

Occorre tuttavia rilevare come non basta la istituzione di una Autorità indipendente perché sia effettivamente assicurata una regolazione adeguata di un mercato concorrenziale. Si veda sul punto L. LORENZONI, *La regolazione del settore ferroviario nazionale: l'istituzione dell'Autorità indipendente dei trasporti, la mancata indipendenza del gestore della rete e la sanzione della Corte di Giustizia*, in *Aperta Contrada*, 2013.

tarie necessari per migliorare l'accesso al mercato per la prestazione dei servizi ferroviari. Sono previsti indicatori comuni di sicurezza (art. 5) e obiettivi comuni di sicurezza (art. 6), così come delle norme comuni in tema di certificazione e autorizzazione di sicurezza e l'istituzione di un'autorità preposta alla sicurezza.

Il nostro Paese, con il d.P.R. n. 277/1998 aveva provveduto a trasporre la direttiva CE n. 440/1991. Con tale provvedimento si superava il modello della separazione contabile finalizzata alla trasparenza dei conti delle società ferroviarie, contemplata dall'atto concessorio fra la F.S. Spa e lo Stato del 1993³⁵, optando, invece, per una separazione più incisiva, consistente nella istituzione di distinte divisioni organiche all'interno della società concessionaria per la gestione, da un lato, dell'infrastruttura ferroviaria e, dall'altro, dei servizi di trasporto (c.d. separazione organica). Per dare attuazione a queste previsioni, due anni dopo, attraverso il d.m. 138T/2000³⁶ è stata siglata una nuova concessione fra la F.S. Spa e lo Stato, che ancora oggi è in vigore. Tale nuova concessione sembra propedeutico al successivo passaggio dal modello della separazione organica ad un modello di vera e propria separazione istituzionale: essa disciplina solamente la gestione dell'infrastruttura ferroviaria e prevede l'obbligo per la F.S. Spa, non soltanto di svolgere questa attività per il tramite di una divisione autonoma e distinta, anche dal punto di vista contabile, dalle altre divisioni dedicate all'espletamento dei servizi di trasporto.

Inoltre, si è previsto l'obbligo di costituire un'apposita società a cui demandare la gestione dell'infrastruttura. Il superamento dell'opzione per il modello della separazione organica è stato confermato dall'art. 131 della legge finanziaria 2001³⁷, che ha sancito l'applicazione della disciplina concessoria solo per quel che concerne l'infrastruttura ferroviaria, imponendo alla F.S. Spa l'obbligo di adottare le necessarie modifiche statutarie. Ed è così che la F.S. Spa ha deliberato la costituzione di due distinte persone giuridiche in forma societaria: "Rete Ferroviaria Italiana" (R.F.I. Spa) per la gestione dell'infrastruttura a rete e per l'assolvimento degli altri compiti indicati nella concessione e "Trenitalia Spa" cui è stata invece demandata la sola gestione del servizio di trasporto ferroviario.

All'esito di questo processo veniva poi abrogato il citato d.P.R. n. 277/1988 ad opera del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, che racchiude tutte le misure

³⁵ Così M. CASANOVA e M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 193 ss.

³⁶ Decreto Ministeriale 31 ottobre 2000, n. 138T, consultabile sul sito internet <http://www.rfi.it/cms-file/allegati/rfi/DM138T.pdf>. Per un commento, si veda il lavoro di A. BONFORTI, *Il nuovo atto di concessione per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria*, in *Ammini. Ferrov.*, n. 3, 2001, 1 ss.

³⁷ Il riferimento è alla legge 23 dicembre 2000, n. 388, "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2001)*".

di adeguamento dell'Italia al complesso di obblighi delineato dalle nuove direttive comunitarie in materia ferroviaria³⁸.

In particolare, tale intervento legislativo disciplina:

l'utilizzo e la gestione dell'infrastruttura ferroviaria adibita a servizi di trasporto ferroviario nazionali e internazionali, nonché i principi e le procedure da applicare nella determinazione e nella imposizione dei diritti dovuti per il suo utilizzo;

l'attività di trasporto per ferrovia effettuata da imprese ferroviarie operanti in Italia e i criteri relativi al rilascio, alla proroga ed alla modifica delle licenze per la prestazione di servizi di trasporto ferroviario da parte delle imprese ferroviarie e delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie;

il diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria per le associazioni internazionali di imprese ferroviarie e per le imprese ferroviarie;

i principi e le procedure da seguire nella ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e nella riscossione dei diritti dovuti per l'utilizzo della infrastruttura (art. 1, comma 1).

Il decreto non è tuttavia applicabile: alle reti ferroviarie locali e regionali isolate, adibite al trasporto passeggeri; alle reti ferroviarie adibite unicamente alla prestazione di servizi passeggeri urbani e suburbani; alle reti ferroviarie regionali adibite unicamente alla prestazione di servizi merci regionali da parte di un'impresa ferroviaria la cui attività si limita all'esercizio di servizi di trasporto di interesse regionale, locale e interregionale di interesse locale.

Questo processo di liberalizzazione di matrice europea, cui si è adeguata la legislazione nazionale, è poi proseguito con la istituzione di appositi Organi che potessero assicurare il *public enforcement* delle disposizioni normative in questo settore. Come si ricorderà, con il Regolamento CE 881/2004³⁹, preso atto del fatto che “perseguire simultaneamente obiettivi di sicurezza e di interoperabilità richiede un notevole lavoro tecnico che deve essere posto sotto la direzione di un organismo specializzato” (così il sesto *considerando*), si prevede l'istituzione di un'Agenzia ferroviaria europea per la sicurezza e l'interoperabilità, con il compito di contribuire anche al rilancio del settore ferroviario, nonché per realizzare gli obiettivi generali della politica comune in tema di trasporti.

³⁸ Sul punto si veda il bel lavoro di S. TORRICELLI, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Il Mulino, Bologna, 2003, 74.

³⁹ Regolamento (CE) N. 881/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che istituisce un'Agenzia ferroviaria europea, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 30 aprile 2004, n. L 164.

2.2. *Il quadro normativo comunitario*

Il legislatore dell'Unione Europea nel regolare la materia in oggetto ha fatto riferimento, in particolar modo, a quattro categorie di condotte tipiche poste in essere dalle imprese che operano nel settore ferroviario, vale a dire: il controllo delle concentrazioni tra imprese; la repressione di abusi di posizione dominante; la liberalizzazione dei settori economici soggetti a monopolio; il controllo sugli aiuti di Stato⁴⁰.

Nel far fronte a ciò, la Commissione Europea ha ritenuto opportuno chiarire che i diritti speciali di cui le imprese pubbliche o private che svolgono una missione di interesse economico generale sono titolari rappresentano una contropartita agli oneri relativi all'espletamento dell'offerta del servizio. Pertanto, nel momento in cui questi diritti oltrepassano la soglia di quanto è necessario per l'adempimento di tale missione, è ben possibile che si inneschino delle situazioni restrittive della concorrenza. Questa posizione da parte della Commissione Europea trova conferma e giustificazione soprattutto nel momento in cui si analizza quanto accade nelle situazioni di monopoli non giustificati da una missione di interesse economico generale, ossia prezzi elevati, servizi poco efficienti e ritardi in termini di innovazione e di investimenti⁴¹.

Del resto era inevitabile, per il normale corso delle dinamiche economiche che i regimi di monopolio (naturale e/o legale) si sviluppavano in particolar modo in quei settori caratterizzati da una struttura a rete, vale a dire una struttura composta da due elementi ciascuno in funzione dell'altro. Si pensi proprio al settore del trasporto ferroviario, nell'ambito del quale, a causa di costi altissimi e di vincoli strutturali di natura tecnica e geografica, non è possibile creare una seconda infrastruttura concorrente.

Ed è proprio per questa ragione che l'unico rimedio possibile in settori come quello ferroviario sia possibile creare delle condizioni di concorrenza soltanto nel mercato dei servizi offerti a mezzo della infrastruttura. E' per questa ragione, come si è visto nel paragrafo che precede, che il legislatore europeo ha inteso adottare il criterio di separazione tra la struttura e la mera attività commerciale. In tale prospettiva, quindi, l'infrastruttura resta oggetto di un diritto di proprietà esclusivo nelle mani dell'impresa monopolista, ma, al contempo, l'impresa è obbligata a consentire l'accesso a terzi intenzionati ad esercitare in concorrenza i servizi offerti sulla propria rete.

Al fine di realizzare l'apertura di mercati soggetti a monopolio, la Commissione europea ha operato seguendo tre criteri diversi: in primo luogo, la totale eli-

⁴⁰ Sul punto si veda S. AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche, mercati, imprese*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁴¹ Così D.U. GALETTA e M. GAVAZZI, *Trasporti terrestri*, nel volume a cura di M.P.Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. e loc. cit.

minazione dei diritti considerati come speciali o esclusivi che permettono all'impresa monopolista di sfruttare abusivamente la propria posizione dominante; in secondo luogo, il perseguimento della "liberalizzazione amministrativa", a mezzo di norme destinate a semplificare le regole relative agli adempimenti amministrativi e contabili che sono di ostacolo all'accesso al mercato da parte di nuovi operatori; in terzo luogo, attraverso strumenti di "regolazione asimmetrica", prevedendo regole non omogenee per i diversi operatori muovendo dal presupposto dell'esistenza di una situazione di disparità nelle condizioni di partenza fra tali operatori nello stesso mercato⁴².

Non pare si debbano spendere parole per rilevare come le aspettative sperate dai Libri bianchi dell'Unione in materia non abbiano ancora trovato soddisfacente e pieno riscontro per ciò che concerne il settore del trasporto ferroviario.

2.3. *Gli ostacoli al processo di liberalizzazione*

La normativa sinora passata in rassegna ha senza dubbio costituito un importante punto di partenza per un cambio di direzione nel settore del trasporto ferroviario; tuttavia, essa ha incontrato non pochi ostacoli che hanno rallentata e reso vischiosa la marcia verso il raggiungimento degli obiettivi inizialmente prefissati.

In primo luogo, vi sono stati ostacoli causati da ritardi cronici nel recepimento delle direttive nei singoli ordinamenti degli Stati membri generati dalle diverse organizzazioni logistiche e gestionali.

In secondo luogo, la disomogeneità dei modelli organizzativi nei diversi Paesi dell'Unione ha reso più complesso il quadro. Alcuni Paesi infatti seguivano un modello che si è detto francese (ma che in realtà non è dissimile dal modello Italiano, richiamato al precedente paragrafo 1.1), e che prevede una presenza Statale molto forte nel settore: l'unico imprenditore presente è controllato direttamente dallo Stato che gestisce sia la rete ferroviaria che l'operatore monopolista; in tale contesto, lo Stato investe importanti somme di denaro pubblico. Dall'altro lato abbiamo Paesi che seguono un modello più simile a quello inglese, che prevede una grande liberalizzazione del mercato in cui vi sono diversi operatori in concorrenza tra loro senza la presenza di un soggetto monopolista. In questo caso, la spesa statale è molto ridotta rispetto al modello francese.

Vi sono, infine, altri ostacoli che si frappongono sulla strada del raggiungimento degli obiettivi prefissati e che sono riconducibili alla stessa normativa europea che – come si è correttamente notato in dottrina – pare caratterizzata da una

⁴² Sul punto L. PETTINARI, *La liberalizzazione del trasporto Ferroviario*, Giappichelli, Torino, 2007. e, ancor prima sia A. BATTAGLIA, *Verso la liberalizzazione del trasporto ferroviario?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2000, 964 ss., sia A. BOITANI, *Liberalizzazione e regolazione dei servizi ferroviari*, in *Economia Pubblica*, volume 32, fascicolo 4, 2002.

“eccessiva ampiezza concessa a talune forbici di opzione e l’eccessiva prudenza in relazione a scelte fondamentali”⁴³.

2.4. *Le liberalizzazioni europee in materia*

2.4.1. *Il primo pacchetto ferroviario*

Come si è accennato, la politica di liberalizzazione del settore si avvia nel 2001 in seguito all’emanazione di un pacchetto di provvedimenti che ha innovato radicalmente il quadro normativo, a partire dall’introduzione del Libro Bianco che ha dettato indirizzi e linee guida per il processo di liberalizzazione⁴⁴. In particolare, la citata Direttiva 2001/12/CE si è preoccupata di definire l’insieme delle linee che fanno parte delle reti *Trans European Rail Freight Network* (TERFN), sancendo, al contempo, il diritto di accesso a tali reti per ciascuna impresa ferroviaria titolare di licenza per il trasporto internazionale di merci, estendendo questo diritto, tra l’altro, a tutta le rete ferroviaria europea nell’arco temporale di sette anni. Inoltre, nella Direttiva è stato anche disposto che gli Stati membri sono tenuti a garantire che le funzioni essenziali per la gestione equa, trasparente e non discriminatoria dell’accesso all’infrastruttura vengano affidati a soggetti che non operano nel settore dei servizi di trasporto ferroviario e garantiscano la presenza di un organo regolatore che vigili sull’assenza di distorsioni o abusi nel contesto concorrenziale di mercato generato dalle riforme di liberalizzazione. Da tale direttiva discende quindi l’obbligo per le imprese ferroviarie di tenere e pubblicare separatamente i conti profitti e perdite ed i bilanci per le attività merci e viaggiatori. Inoltre, è stato posto il divieto di trasferire ad altre attività dei finanziamenti ricevuti per i servizi di trasporto passeggeri riconosciuti come servizio pubblico.

Con la citata Direttiva 2001/13/CE, invece, si è previsto che il rilascio delle licenze venga attribuito dagli Stati ad un ente che non esercita attività di servizio ferroviario; che la licenza diviene un requisito indispensabile per qualsiasi operatore che effettui trasporto (nazionale o internazionale); ed infine che gli Stati possono escludere dall’applicazione della Direttiva gli operatori che svolgono esclusivamente servizi: passeggeri, su infrastruttura locale e regionale autonoma; passeggeri, urbani e suburbani; ferroviari regionali di trasporto merci; di trasporto su infrastruttura privata, utilizzata dal proprietario per il trasporto delle proprie merci.

Con la richiamata Direttiva 2001/14/CE, poi, si è prevista la presenza di un organismo di regolazione presente in ogni Stato membro, nonché l’introduzione del requisito della terzietà del soggetto responsabile del processo di ripartizione

⁴³ Così S. ZUNARELLI, *Il diritto del mercato del trasporto*, Giuffrè, Milano, 2008, 67.

⁴⁴ Per un approfondimento L. PETTINARI, *La liberalizzazione del trasporto Ferroviario*, Giappichelli, Torino, 2007.

della capacità di infrastruttura e di allocazione delle tracce orarie, richiedendo, tra l'altro, per esso l'indipendenza giuridica, organizzativa o decisionale dai soggetti richiedenti l'assegnazione.

Infine, con la Direttiva 2001/16/CE⁴⁵ si è affrontato il problema dell'interoperabilità dell'infrastruttura convenzionale.

2.4.2. *Il secondo pacchetto ferroviario*

Il Secondo Pacchetto Ferroviario è stato adottato nel 2004, ed era composto da tre Direttive ed un Regolamento, volti ad individuare alcune disposizioni e raccomandazioni finalizzate alla realizzazione di un mercato sempre più aperto e concorrenziale per il trasporto ferroviario.

Con la Direttiva 2004/51/CE, i diritti di accesso ai servizi di trasporto ferroviario internazionale delle merci vennero estesi e si rese obbligatoria l'applicazione della interoperabilità a tutta la rete ferroviaria nazionale. Tra l'altro, tale Direttiva ha imposto, a partire dal 2007, l'apertura dei singoli mercati nazionali del trasporto merci di cabotaggio, così da garantire che i trasporti nazionali di merci nell'ambito di uno Stato membro possano essere effettuati anche da imprese ferroviarie non residenti nello stesso Stato membro.

La Direttiva 2004/49/CE, invece, ha previsto la istituzione in ciascun Paese membro di una *Safety Authority* (alla quale sono state affidate le funzioni in materia di sicurezza) e di un organismo indipendente di investigazione in merito agli incidenti ferroviari; inoltre, essa impone che gli standard in materia di sicurezza per i trasporti e le reti infrastrutturali siano basati su norme e principi di regolazione armonizzati a livello europeo e definiti da soggetti indipendenti, definendo chiaramente le responsabilità di ciascun soggetto che opera nel sistema ferroviario.

La Direttiva 2004/50/CE⁴⁶ invece ha aggiornato le precedenti direttive in materia di interoperabilità, allo scopo di armonizzazione dei requisiti tecnici dei sistemi ferroviari ad alta velocità e convenzionali.

Infine, il Regolamento CE 2004/881, come anticipato, è volto ad istituire l'Agenzia Ferroviaria Europea, intesa come organismo comunitario per la sicu-

⁴⁵ Direttiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2001 relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale, in *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea* del 20 aprile 2001, n. L 110.

⁴⁶ Direttiva 2004/50/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che modifica la direttiva 96/48/CE del Consiglio relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo ad alta velocità e la direttiva 2001/16/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 21 giugno 2004, n. L 220/40.

rezza e l'interoperabilità, attribuendole il ruolo di coordinamento e sviluppo della sicurezza e dell'interoperabilità dei diversi sistemi ferroviari nazionali.

2.4.3. *Il terzo pacchetto ferroviario*

Il Terzo Pacchetto Ferroviario rappresenta il proseguimento di quanto intrapreso con i Pacchetti precedenti⁴⁷, soffermandosi, in primo luogo, sull'apertura alla concorrenza del trasporto internazionale di passeggeri all'interno dell'Unione europea: nello specifico, a partire dal 2010 le imprese ferroviarie titolari di licenza e di certificato di sicurezza hanno la possibilità di operare servizi di trasporto internazionale passeggeri all'interno del territorio comunitario (così la Direttiva 2007/59/CE); in secondo luogo, sulla istituzione della certificazione a livello europeo dei macchinisti mediante l'istituzione di un meccanismo armonizzato a livello europeo avente lo scopo di definire al meglio le competenze e le responsabilità in materia di formazione, valutazione e riconoscimento delle qualifiche dei macchinisti e del personale di scorta (così la Direttiva 2007/59/CE); in terzo luogo, sull'affermazione e tutela dei diritti dei passeggeri dei servizi di trasporto internazionale: in particolare, sono state individuate le regole minime per l'informazione dei passeggeri, prima e durante il viaggio, quelle da rispettare in caso di ritardo, il trattamento dei reclami e l'assistenza alle persone a mobilità ridotta; infine, sul miglioramento della qualità del trasporto ferroviario delle merci, mediante l'introduzione di clausole minime di qualità nei contratti tra le imprese ferroviarie e i clienti.

Sempre in questo ambito vanno ricondotte le Direttive 2008/57/CE e 2009/131/CE, sulla interoperabilità del sistema ferroviario e la direttiva 2008/110/CE relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie.

2.4.4. *Verso il quarto pacchetto ferroviario*

Successivamente la politica europea in materia si è sviluppata lungo due direttrici.

Una prima linea di azione si è concretata nella Direttiva 2012/34/UE del 21 novembre 2012⁴⁸, volta all'aggiornamento e codificazione unitaria della disciplina varata con il Primo Pacchetto Ferroviario, rinforzando le garanzie ed i presidi giuridici alla istituzione dello Spazio Ferroviario Europeo Unico.

Una seconda linea di azione volta al potenziamento di tali norme nel contesto della più generale politica europea dei trasporti, in sostanza un Quarto Pac-

⁴⁷ Sul punto R. STAGNARO, *Indice delle liberalizzazioni 2014*, Giuffrè, Milano, 2014.

⁴⁸ Direttiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio europeo unico (rifusione), *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 14 dicembre 2012, n. L 343/32.

chetto Ferroviario. Dopo un lungo ed ulteriore lavoro di approfondimento culminato con la pubblicazione del Libro bianco recante la *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti* (COM(2011)144, infatti, il 30 gennaio 2013 la Commissione Europea ha presentato il Quarto Pacchetto Ferroviario che propone un approccio integrato volto a rivitalizzare il trasporto ferroviario dell'Unione Europea per favorire la creazione di uno spazio ferroviario unico europeo. Il pacchetto comprende la Comunicazione COM(2013)25, una proposta di Regolamento relativa alla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie COM(2013)26, una proposta di Regolamento relativa alla Agenzia europea per le ferrovie COM(2013)27, una proposta di Regolamento relativa all'apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale dei passeggeri per ferrovia COM(2013)28, una proposta di Direttiva sullo spazio ferroviario europeo COM(2013)29, una sulla interoperabilità del sistema ferroviario europeo COM(2013)30, ed una sulla sicurezza delle ferrovie COM(2013)31.

Le proposte del quarto pacchetto ferroviario saranno negoziate e adottate secondo la procedura legislativa ordinaria delle istituzioni europee che coinvolge sia il Consiglio sia il Parlamento Europeo. Il 10 dicembre 2015 il Consiglio ha già adottato la sua posizione in prima lettura, e si è in attesa dell'approvazione in seconda lettura da parte del Parlamento Europeo.

2.5. *Recepimento in Italia della normativa europea*

2.5.1. *Il primo pacchetto ferroviario*

Il Primo Pacchetto Ferroviario comunitario è stato attuato nell'ordinamento italiano attraverso il decreto legislativo, con il quale sono stati definiti alcuni aspetti significativi della materia del trasporto ferroviario, in relazione alle licenze alle imprese ferroviarie e ai diritti di utilizzo e accesso all'infrastruttura. Inoltre, il Decreto Legislativo in questione ha meglio chiarito le caratteristiche ed i compiti del gestore dell'infrastruttura, individuando quale Autorità nazionale di regolazione del settore il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Oltre a ciò, il decreto chiarisce che in presenza di imprese estere, il titolo autorizzatorio potrà essere concesso solamente a condizione di reciprocità, vale a dire solamente se negli Stati membri di stabilimento delle imprese ferroviarie venga individuata la presenza di un livello di liberalizzazione simile.

Il recepimento del Primo Pacchetto Ferroviario è stato poi completato con il decreto legislativo n.268/2004⁴⁹, che ha attuato, anche in Italia, la Direttiva 2001/16/CE sull'interoperabilità ferroviaria, finalizzata a stabilire le condizioni

⁴⁹ Decreto Legislativo 30 settembre 2004, n. 268, “Attuazione della direttiva 2001/16/CE in materia di interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale”.

che consentono di realizzare l'interoperabilità del sistema ferroviario nazionale convenzionale con il sistema ferroviario transeuropeo convenzionale.

2.5.2. *Il secondo pacchetto ferroviario*

Il Secondo Pacchetto Ferroviario comunitario è stato recepito in Italia nel 2007.

In particolare, con il decreto legislativo n. 162/2007⁵⁰ sono state regolate le condizioni di sicurezza per l'accesso al mercato dei servizi ferroviari, affidando le competenze in materia a un organismo autonomo di nuova istituzione, ossia l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie. Tra l'altro, il decreto legislativo n.162/2007, in relazione ai gestori dell'infrastruttura e alle imprese ferroviarie, ha affermato la responsabilità di ciascuno per la propria parte, compresa la fornitura di materiale e l'appalto di servizi, nei confronti di utenti, clienti, lavoratori interessati e terzi.

Per quanto concerne il tema relativo alla sicurezza, è stato istituito presso il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti l'Organismo investigativo permanente, responsabile di svolgere indagini a seguito di incidenti gravi o potenzialmente tali.

Il completamento del recepimento in Italia del Secondo Pacchetto Ferroviario comunitario si è avuto con il decreto legislativo n.63/2007⁵¹, mediante il quale sono state definite le condizioni necessarie a realizzare l'interoperabilità dei sistemi ferroviari transeuropei nazionali ad alta velocità e convenzionali con i corrispondenti sistemi ferroviari transeuropei.

2.5.3. *Il terzo pacchetto ferroviario*

Il decreto legislativo n.15/2010⁵² ha, infine, recepito il Terzo Pacchetto Ferroviario comunitario.

In particolare, attraverso tale intervento legislativo sono stati introdotti, nel

⁵⁰ Decreto Legislativo 10 agosto 2007, n. 162, “Attuazione delle direttive 2004/49/CE e 2004/51/CE relative alla sicurezza e allo sviluppo delle ferrovie comunitarie”.

⁵¹ Decreto Legislativo 10 agosto 2007, n. 163, “Attuazione della direttiva 2004/50/CE che modifica le direttive 96/48/CE e 2001/16/CE relative all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo”.

⁵² Decreto Legislativo 25 gennaio 2010, n. 15, “Attuazione della direttiva 2007/58/CE, che modifica le direttive 91/440/CEE, relativa allo sviluppo delle Ferrovie Comunitarie, e 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria”.

nostro ordinamento, alcuni criteri previsti nella Direttiva 2007/58/CE⁵³, stabilendo che a partire dal 1° gennaio 2010 le imprese ferroviarie che forniscono servizi di trasporto internazionale di passeggeri avessero il diritto di trasportare passeggeri tra stazioni nazionali situate lungo il percorso del servizio internazionale.

Successivamente, con decreto legislativo n. 191/2010⁵⁴, sono state recepite le direttive 2008/57/CE⁵⁵ e 2009/131/CE⁵⁶, relative all'interoperabilità del sistema ferroviario comunitario.

In sostanza, si può sostenere che con tale decreto sono state definite le condizioni necessarie a realizzare l'interoperabilità del sistema ferroviario nazionale con il corrispondente sistema ferroviario transeuropeo, stabilite dalla direttiva 2008/57/CE, così come modificata dai successivi interventi. Infine, è stato emanato il decreto legislativo n. 247/2010⁵⁷, volto a dare attuazione alla direttiva 2007/59/CE⁵⁸.

Tale Decreto stabilisce le condizioni e le procedure necessarie per la certificazione dei macchinisti addetti alla condotta dei locomotori e dei treni nel sistema ferroviario nazionale, nonché stabilisce i compiti svolti dalle amministrazioni nazionali competenti, dai macchinisti e dagli altri soggetti operanti nel settore, con particolare riferimento alle imprese ferroviarie, dai gestori delle infrastrutture e dai centri di formazione.

Da ultimo, sulla base della delega contenuta nella legge di delegazione euro-

⁵³ Direttiva 2007/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 che modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 3 dicembre 2007, n. L 315/44.

⁵⁴ Decreto Legislativo 8 ottobre 2010, n. 191, "Attuazione della direttiva 2008/57/CE e 2009/131/CE relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario comunitario".

⁵⁵ Direttiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario comunitario, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 18 luglio 2008, n. L 191/1.

⁵⁶ Direttiva 2009/131/CE della Commissione del 16 ottobre 2009 che modifica l'allegato VII della direttiva 2008/57/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario comunitario, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 17 ottobre 2009, n. L 273/12.

⁵⁷ Decreto Legislativo 30 dicembre 2010, n. 247, "Attuazione della direttiva 2007/59/CE relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità", in *Gazzetta Ufficiale* del 21 gennaio 2011, n. 16.

⁵⁸ Direttiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 3 dicembre 2007, n. L 315/51.

pea 2013 (legge n. 96/2013), il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ha approvato, in esame definitivo dopo aver acquisito il parere della Conferenza Stato – Regioni e delle Commissioni parlamentari competenti, un decreto legislativo di attuazione della direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio europeo del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico abrogando, contestualmente, il decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, che recava l'attuazione della direttiva 2001/12/CE, della direttiva 2001/13/CE e della direttiva 2001/14/CE in materia ferroviaria.

Il decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112, in linea con l'obiettivo comunitario di agevolare il trasporto ferroviario tra gli Stati membri dell'Unione europea, ha promosso lo sviluppo della competizione e la libera circolazione di persone e merci. In sostanza, con tale decreto sono stati declinati e resi più incisivi nel nostro ordinamento i principi di: autonomia e indipendenza gestionale, amministrativa e contabile delle imprese ferroviarie; indipendenza delle funzioni essenziali del gestore dell'infrastruttura relative alla determinazione e riscossione dei canoni e all'assegnazione di capacità dell'infrastruttura; libertà di accesso al mercato dei trasporti di merci e di passeggeri per ferrovia da parte delle imprese ferroviarie a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti e tali da garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario, ponendo particolare riguardo alla tutela degli investimenti pubblici ed alla necessità di garantire una maggiore partecipazione degli *stakeholders* circa l'uso, la disponibilità e lo sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria.

3. *Dalla liberalizzazione alla privatizzazione: una nuova stagione per il trasporto ferroviario nel nostro Paese?*

3.1. *Il servizio pubblico privatizzato: le ragioni del processo di privatizzazione in Italia*

Il processo di liberalizzazione appena richiamato contribuì non poco a far emergere le criticità dell'assetto organizzativo che nel nostro Paese era stato pre-scritto per la titolarità, la gestione e la regolazione della infrastruttura ferroviaria e del relativo servizio di trasporto. Un modello che, come si è ricordato si fondava su uno Stato imprenditore e regolatore al contempo.

Se, come si è accennato, sul piano della regolazione il problema venne in qualche modo risolto con la istituzione della Autorità di Regolazione dei Trasporti, sul piano della titolarità e gestione della infrastruttura di rete, così come di erogazione del servizio di trasporto ferroviario, il modello organizzativo pubblicistico dell'Azienda autonoma prima, dell'ente pubblico (economico) poi ed infine delle due Società in mano pubblica non è risultato pienamente soddisfacente.

Ma le criticità connesse con il processo di demolizione dei monopoli di quel mercato, si accompagnavano a criticità di ordine industriale vero e proprio, connesso alla scarsa o comunque insoddisfacente economicità della gestione pubblica ed alla del pari insoddisfacente efficacia degli *standard* di servizio pubblico assicurato all'utenza.

Difatti, sia il modo in cui opera la pubblica amministrazione, sempre più volta ad elargire prestazioni nell'ambito dei servizi pubblici attraverso autorità indipendenti con compiti di controllo, indirizzo e vigilanza, e con attribuzione della gestione, e a volte della titolarità stessa dell'attività, a soggetti privati, sia i processi di privatizzazione dei servizi pubblici locali che interessano le ex municipalizzate e le aziende speciali, hanno fatto sì che si propendesse verso un'impostazione oggettiva.

Si pensi che già la legge n. 474/1994⁵⁹ prevedeva, circa le "privatizzazioni" riguardanti servizi pubblici, la riserva di titolarità, in capo ai pubblici poteri, di specifici strumenti di tutela volti a garantire il permanere del controllo pubblico in settori particolarmente interessanti per la collettività.

Tuttavia, il processo di privatizzazione, con la conseguente modifica della natura giuridica dell'ente, che passava da pubblica a privata, non ha dato luogo ad un decadimento della connotazione pubblicistica dell'attività, la quale, infatti, continua a configurarsi come servizio pubblico, comportando il permanere in capo alla Pubblica Amministrazione di ampi poteri di intervento e di controllo.

Analogo discorso può essere svolto anche in relazione alle società che gestiscono servizi pubblici locali le quali, totalmente privatizzate da un punto di vista giuridico, gestiscono e, molto spesso, assumono la titolarità del servizio pubblico, senza che si possa ricondurre la titolarità del servizio stesso ai poteri pubblici.

Tenendo in considerazione, da una parte, il dettato costituzionale e, dall'altra, il diritto comunitario, è possibile notare l'acuirsi della crisi dell'impostazione soggettiva quando si riconosce la possibilità del trasferimento della titolarità dei servizi pubblici essenziali in capo a soggetti privati, con la conseguente privatizzazione di tali servizi⁶⁰.

Nel corso degli ultimi anni, la consapevolezza del fallimento del tradizionale modello dell'impresa pubblica, sia in relazione alla qualità dei servizi erogati che al basso livello di redditività degli stessi, ha dato luogo ad un graduale smantellamento delle partecipazioni pubbliche nelle imprese economiche e, allo stesso tempo, ha avviato un intenso processo di trasformazione degli enti e delle imprese pubbliche.

⁵⁹ Legge 30 luglio 1994, n. 474, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni".

⁶⁰ Si veda sul punto, fra gli altri, L. DE GRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2004.

Tuttavia, ciò che ha ispirato una simile rivoluzione lungi dal concretarsi in un disinteressamento dello Stato per il settore economico, dato che si estrinseca nel passaggio da un modello di gestione diretta ad uno incentrato sul controllo pubblico dell'economia. In altre parole, il settore pubblico, sebbene continui ad avere un ruolo fondamentale e centrale nella dinamica delle interazioni economiche, non è più operatore di mercato in prima persona, bensì diviene l'autorità deputata, mediante la formulazione di regole e l'enucleazione di meccanismi di controllo, all'assicurazione della regolarità e della correttezza dei rapporti economici⁶¹, ciò in particolar modo con riguardo al settore dei servizi pubblici o di interesse generale⁶².

Dal punto di vista storico, le principali motivazioni che hanno spinto verso tale direzione trovano il loro fondamento sia nell'inadeguatezza strutturale ed organizzativa dei modelli prescelti in passato, che nella necessità di reprimere gli abusi perpetrati dai vertici politici ai danni di una gestione trasparente, efficiente ed economica dei servizi. Un ruolo non meno importante è stato quello del fallimento della gestione delle imprese pubbliche secondo risultati rispettosi del principio di economicità di quelle gestioni, fallimento che ha coinvolto –pur in diversa misura– quasi tutte le imprese pubbliche⁶³.

Non è questa la sede né per riprendere la narrazione della storia delle privatizzazioni italiane⁶⁴, né per soffermarsi sulla loro complessiva incidenza sotto il

⁶¹ Non è certo questa la sede per dilungarsi sul tema del ruolo, e più propriamente delle modalità di esercizio, della regolazione nel mercato, o più correttamente nei diversi mercati, è di estremo interesse ed è stato oggetto di straordinaria attenzione da parte degli studiosi sia della scienza economica, sia della scienza giuridica in tutto il mondo. Ne è significativa testimonianza, per limitarsi ai più rilevanti studi nella dottrina italiana, oltre al volume a cura di G. TESAURO e M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, in chiave sociologica, A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000 e, con una prospettiva giuridica, L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Giuffré, Milano, 2001; S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999. Per una iniziale bibliografia, attenta anche ad alcuni studi di matrice anglosassone, si segnala la voce di E. RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffré, Milano, 2006, 5057 ss. e più di recente A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. III, Giuffré, Milano, 2010, 805 ss.

⁶² Su cui, fra i molti, P. ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2003, 19 e, con riguardo ai servizi locali, G. CAIA, *I servizi pubblici locali, Evoluzione e prospettive*, Maggioli, Rimini, 1995.

⁶³ Pur non dimenticando le ragioni sociali che hanno talvolta giustificato (almeno in parte) tali inefficienze. Si veda sul punto P. PIRAS, *Le privatizzazioni: tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁶⁴ Si veda per tutti il lavoro di A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia*

profilo economico⁶⁵ o sotto quello giuridico⁶⁶, o sotto quello non meno rilevante dell'impatto sociale.

Qui interessa solo segnalare come in Italia, accanto al processo di liberalizzazione avviatosi sulla spinta del diritto dell'Unione Europea si è assistito ad un contestuale processo di privatizzazione delle Imprese pubbliche monopolistiche (talvolta anche a mezzo di loro doloroso fallimenti all'interno dei mercati liberalizzati).

E' infatti all'interno di questa linea che si innesta anche la nuova e seconda stagione di privatizzazioni italiane, avviate nel secondo decennio del nuovo secolo ed all'interno del quale si iscrive anche la privatizzazione delle Ferrovie dello Stato S.p.a.

3.2. *Le Ferrovie dello Stato: il lungo binario della privatizzazione*

3.2.1 *Brevi cenni sulle trasformazioni dell'impresa pubblica Ferrovie dello Stato: dall'Azienda all'Ente (pubblico economico)*

Dagli anni Settanta dello scorso secolo e per tutto il decennio successivo, l'impresa pubblica Ferrovie dello Stato, ancora azienda autonoma (come si è visto al §. 1.1) non presentava significative innovazioni rispetto al pregresso modello organizzativo riconducibile alla omonima Direzione generale del Ministero dei trasporti dell'epoca. I luoghi di lavoro richiama ancora gli ambienti militari, la forza lavoro era caratterizzata da un numero enorme di addetti in divisa, il cui

(1992- 1999), in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, 477 e ss.

⁶⁵ Fra i molti, P. BIANCHI, *Denazionalizzazioni e privatizzazione dell'impresa pubblica in Italia*, in *Scritti in onore di A. Mortara* (a cura di G. Bognetti e altri), Milano 1990; Id., *The restructuring of the Italian State holding companies' portfolios*, in "Annals of public and cooperative economics", 1990, n. 1, 35 ss.; P. BIANCHI, S. CASSESE, V. DELLA SALA, *Privatization in Italy*, in *The politics of privatization in Western Europe* (a cura di J. Vickers e V. Wright), London 1989, 87 ss.; P. BIANCHI e G. GUALTIERI, *Mergers and acquisitions in Italy and the debate on competition policy*, in *The antitrust bulletin*, 1989, XXXIV, 3, 601-624; F. CAVAZZUTI, *Privatizzazioni, imprenditori e mercati*, Il Mulino, Bologna 1996; F. CAVAZZUTI e G. MOGLIA, *Regolazione, controllo e privatizzazione nei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *Economia italiana*, 1994, n. 1, 9-30.

⁶⁶ Fra i tanti che hanno scritto delle privatizzazioni degli anni Novanta dello scorso secolo, M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato: in Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579 ss.; M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Privatizzazioni*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV Agg., Torino, 2000, 432 ss.; F. BONELLI e A. RICO, *Privatizzazioni*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Giuffé, Milano, 2000; E. FRENI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Giornale di dir. amm.*, 2004, 263 ss.

rapporto di lavoro era ancora improntato alle dinamiche ed alla disciplina dell'impiego pubblico⁶⁷.

La descrizione della “vecchia” azienda autonoma derivante dagli studi sulla percezione che di essa avevano i contemporanei confermava tuttavia –al di là dei limiti organizzativi- una vocazione industriale delle Ferrovie dello Stato, richiamando il modello di organizzazione economica fordista-taylorista affermatosi nel secondo dopoguerra, basato su imprese di grandi dimensioni, verticalmente integrate, e con una divisione del lavoro molto spinta.

Molteplici fattori indicavano già negli anni Sessanta dello scorso secolo la necessità di riformare l'Azienda autonoma tanto che il progetto di Programma di sviluppo economico per il quinquennio 1966-1970, partendo dalla constatazione dell'aggravato disavanzo in cui versavano le Ferrovie dello Stato, proponeva la radicale riorganizzazione per poter conseguire il necessario risanamento finanziario e la modernizzazione tecnica della rete e del servizio⁶⁸.

E tale spinta fu ancora più decisa a seguito della Decisione CEE n. 427 del 20 maggio 1975, che imponeva il risanamento finanziario delle ferrovie nazionali, si poneva come obiettivo principale l'allentamento dei vincoli che legavano l'azienda all'apparato statale per poterla rendere uno strumento in grado di adeguarsi alle mutevoli condizioni del mercato, mantenendo un giusto equilibrio tra i due aspetti caratterizzanti di servizio pubblico da un lato e di azienda industriale soggetta alle leggi economiche della produzione dall'altro.

Della necessità di riformare l'azienda erano ben consapevoli anche i lavoratori (i cd. ferrovieri) e le loro organizzazioni sindacali che, per la maggior parte, mal sopportavano l'immobilismo della politica di fronte alla progressiva ed inarrestabile perdita di competitività della trasporto ferroviario nel sistema generale della mobilità nel Paese. Si fece così strada l'idea che fosse necessario modificare il regime pubblicistico dell'Azienda autonoma nella speranza (o forse nella illusione) che un modello giuridico privatistico per l'impresa pubblica Ferrovie dello Stato potesse come di incanto superare i limiti appena richiamati della gestione burocratica a forte condizionamento politico.

In realtà, la reale motivazione che spingeva le organizzazioni sindacali era fondata sulla disparità di trattamento retributivo venutasi a creare tra gli addetti delle Ferrovie dello Stato, dove anche le retribuzioni dei lavoratori erano determinate per legge, e gli addetti degli altri settori del trasporto pubblico, per i quali la contrattazione era più snella e meno vincolata. Questa situazione si traduceva in una disparità dei livelli retributivi che vedeva i lavoratori delle Ferrovie godere di un trattamento peggiore rispetto a quello riservato alle altre categorie di lavora-

⁶⁷ Per un approfondimento, si veda il citato lavoro di A. CONFORTI, *L'Ente Ferrovie dello Stato*, CAFI, Roma, 1986, 88.

⁶⁸ Sul punto si vedano gli approfondimenti di S. MAGGI, *Le ferrovie*, Il Mulino, Bologna, 2003.

tori. In sostanza, ben lungi da ragioni di maggiore efficienza ed autonomia gestionale e di impresa, la riforma della veste giuridica della vecchia Azienda autonoma era vista dalle organizzazioni sindacali come l'agognata via d'uscita opportuna per i lavoratori del settore dal regime del pubblico impiego, come un mezzo per poter conquistare e garantire livelli salariali più elevati.

La richiamata legge n. 210 del 17 maggio 1985⁶⁹, dopo un decennio, approvò l'attesa riforma, traducendosi nella trasformazione dell'Azienda autonoma in Ente Ferroviario dello Stato, dotato di personalità giuridica, autonomia patrimoniale, contabile e finanziaria, soggetto alla disciplina stabilita dal titolo V del Codice civile (art. 1). Il rapporto di lavoro del personale dipendente venne privatizzato e perciò regolato su base contrattuale collettiva ed individuale; la nuova legge prevedeva inoltre che le relazioni sindacali fossero improntate a correttezza e imparzialità, nel rispetto dello Statuto dei lavoratori, la legge n. 300/1970⁷⁰, ed in coerenza con i principi dell'autoregolamentazione della conflittualità⁷¹.

3.2.2. *(Segue): il processo di privatizzazione "formale" del 1992: dall'Ente (pubblico economico) alla Società per azioni in mano pubblica*

Come già in passato, la spinta verso una nuova trasformazione venne dalla necessità di rendere l'azienda più indipendente e più svincolata dai legami con il mondo politico. Ma, solo alla fine degli anni Novanta si manifestarono gli effetti di questo cambiamento, con l'operatività della cosiddetta divisionalizzazione, la ripartizione, in base alle diverse aree di *business*, in due distinte società formate nell'ambito della suddivisione ai fini contabili: rete infrastrutturale e società di trasporto.

Fra i lavoratori, subentrò una certa rassegnazione, forse anche disorientati dal susseguirsi di cambiamenti più spesso fittizi e annunciati che reali, frutto della particolare contingenza storica che coinvolse in processi di privatizzazione più o meno spinta i vari "colossi" pubblici italiani. Tale atteggiamento rivela un significativo indebolimento culturale anche rispetto al ruolo esercitato dai ferrovieri, sminuito dal graduale declino di quell'idea complessiva di società che aveva animato le rivendicazioni sociali degli anni Settanta, e che comprendeva fra i punti fondamentali la necessità di mantenere pubblici i servizi di utilità collettiva⁷².

⁶⁹ La citata legge 17 maggio 1985, n. 210, "Istituzione dell'ente Ferrovie dello Stato".

⁷⁰ Legge 20 maggio 1970, n. 300, "Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento".

⁷¹ Fra i tanti, L. CICI, *Le proposte di riforma dell'azienda delle ferrovie dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 1980.

⁷² Per una rassegna A. GOLDSTEIN e G. NICOLETTI, *Le privatizzazioni in Italia 1992-1995: motivi, metodi, risultati*, in *La finanza pubblica italiana dopo la svolta del 1992*, Il Mulino, Bologna, 1996.

Il raggiungimento della forma di società per azioni esigeva questa trasformazione culturale e venne preparato in maniera parallela dal punto di vista organizzativo e gestionale, con gradualità. La struttura interna, già nel 1990, nel momento in cui le Ferrovie erano ancora un ente pubblico, venne riorganizzata in Funzioni centrali, Divisioni operative e Direzioni compartimentali; si trattava di “una fase di passaggio verso un modello fondato sull’autonomia organizzativa ed anche finanziaria delle singole strutture, che si coniuga con il decentramento di attività verso società controllate”. Quindi, soli due anni dopo, come si è ricordato, venne istituita la Società per azioni, dando avvio ad una nuova fase organizzativa. Così disponeva l’art. 18 del D.L. 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, a mezzo di apposita deliberazione del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (C.I.P.E.) 12 agosto 1992, recante la “*Trasformazione dell’Ente Ferrovie dello Stato in Società per Azioni?*”.

E soli cinque anni dopo il governo presieduto da Romano Prodi aveva emanato una direttiva⁷³ che, andando incontro alle indicazioni comunitarie, imponeva la separazione societaria fra l’infrastruttura di rete e gli esercizi di trasporto, prevedendo per questi ultimi la possibilità di ulteriori ripartizioni in società distinte. In tal modo, il governo cercava di recuperare in fretta il tempo perduto.

Le organizzazioni sindacali dei lavori, confederali ed autonomi, di fronte a queste prospettive, proclamarono uno sciopero generale che ottenne una adesione superiore al novanta per cento. A questo punto la Direttiva venne sospesa e congelato il processo di “spacchettamento” delle ferrovie. Una nuova direttiva approvata il 16 marzo 1999, la Direttiva D’Alema, porrà nuove scadenze e nuovi obiettivi ai fini del risanamento aziendale, soprattutto sarà caratterizzata da una “societarizzazione limitata”. Si prevedeva la costituzione di due sole società, al posto delle cinque previste inizialmente, mentre sul fronte contrattuale non si parlava più del superamento del contratto unico dei ferrovieri, ma di un contratto unico articolato in base alle specifiche aree di attività.

Il nuovo assetto richiesto dal diritto dell’Unione Europea era oramai avviato. Restava però un assetto caratterizzato dalla presenza di un’integrale partecipazione pubblica del capitale delle due società ed una conseguente “dominanza pubblica” nella scelta del *management* aziendale se non direttamente delle scelte di impresa. Un assetto ritenuto peraltro insufficiente ad assicurare i principi e le regole dello spazio ferroviario europeo così come definito nella richiamata disciplina europea (*supra* §. 2.4.3).

E del resto l’Italia per tale ragione era andata incontro ad una procedura avviata dalla Commissione Europea innanzi alla Corte di Giustizia. Nell’ambito di tale procedura, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con sentenza dell’otto-

⁷³ Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 gennaio 1997, *Linee guida per il risanamento dell’azienda FS*.

bre 2013 nella causa C-369/11⁷⁴, ha condannato l'Italia per non aver garantito al Gestore dell'infrastruttura ferroviaria (RFI) sufficiente indipendenza gestionale, dal momento che, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo n. 188 del 2003, i canoni per l'accesso all'infrastruttura, seppure proposti dal Gestore stesso, acquisiscono valore legale solo dopo che l'Autorità di regolazione dei trasporti definisce i criteri per la determinazione del canone per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e dei corrispettivi dei servizi, dopo aver sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministero dell'economia, che devono esprimersi entro il termine di trenta giorni dalla richiesta.

Per porre rimedio a tale inadempimento agli obblighi derivanti dal diritto europeo, si è intervenuti anche con una puntuale previsione legislativa, il decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112, che (come si è sopra ricordato, §. 2.5.3) ha inteso rafforzare sia l'autonomia e indipendenza gestionale, amministrativa e contabile delle imprese ferroviarie; sia l'indipendenza delle funzioni essenziali del gestore dell'infrastruttura relative alla determinazione e riscossione dei canoni e all'assegnazione di capacità dell'infrastruttura; sia la libertà di accesso al mercato dei trasporti n. di merci e di passeggeri per ferrovia da parte delle imprese ferroviarie a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti e tali da garantire lo sviluppo della concorrenza nel settore ferroviario.

3.2.3. *(Segue): il processo di privatizzazione “sostanziale” del 2016. Dalla Società per azioni in mano pubblica al mercato: verso la quotazione in borsa*

Ed è proprio in questo contesto che sovviene la scelta del Governo di avviare la privatizzazione “sostanziale” di Ferrovie dello Stato S.p.a.

Questo disegno, com'è noto, non si fonda soltanto (e neppure principalmente) in esigenze connesse alla liberalizzazione del settore⁷⁵, ma appare indubbio

⁷⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte (Prima Sezione) del 3 ottobre 2013 nella causa C-369/11, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C-344/9 del 23 novembre 2013. Per un commento si rinvia al citato lavoro di L. LORENZONI, *La regolazione del settore ferroviario nazionale: l'istituzione dell'Autorità indipendente dei trasporti, la mancata indipendenza del gestore della rete e la sanzione della Corte di Giustizia*.

⁷⁵ Tale scelta infatti si colloca all'interno di un più ampio programma di privatizzazioni reso noto a partire dalla nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza 2013, nella quale è stata prevista una riduzione del debito pubblico nel periodo 2014-2017 di 0,5 punti percentuali di Pil all'anno derivante dagli introiti delle privatizzazioni e delle dismissioni immobiliari. Nell'ambito del piano destinazione Italia, presentato il 13 dicembre 2013, il Governo ha poi specificato che “il Ministero dell'economia e delle finanze ha individuato le prime partecipazioni per le quali si intende procedere all'avvio delle operazioni di dismissione: ENI (per le quote eccedenti il 30%), STM, ENAV per le partecipazioni dirette, SACE,

che il suo effetto più rilevante sarà proprio quello, ben più che il positivo effetto sulla finanza pubblica che potrà assicurare la dismissione di parte delle azioni sul mercato⁷⁶.

La scelta del Governo, nel rispetto delle disposizioni normative che regolano i processi di dismissione di quote azionarie pubbliche⁷⁷, è stata avviata con uno Schema di Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante appunto *Definizione dei criteri di privatizzazione e delle modalità di dismissione della partecipazione detenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nel capitale di ferrovie dello Stato S.p.a.*, trasmesso il 2 dicembre 2015 alla Presidenza della Camera dei Deputati per il prescritto parere parlamentare.

Nell'attuale versione dello schema, il primo comma dell'articolo unico prevede l'alienazione di una quota della partecipazione detenuta dal Ministero dell'economia e delle finanze in Ferrovie dello Stato S.p.A., in modo tale da consentire comunque il mantenimento di una partecipazione dello Stato al capitale di Ferrovie dello Stato non inferiore al 60 per cento. La norma fa espressamente salva l'assegnazione dell'infrastruttura delle rete ferroviaria nazionale, gestita da Rete Ferroviaria italiana S.p.A. (RFI), che opera in base alla concessione quarantennale di cui al decreto ministeriale n. 138T del 31 ottobre 2000. Come evidenziato nella Relazione illustrativa, in sostanza, la scelta è pertanto quella del collocamento sul mercato di una quota di minoranza, fino ad un massimo del 40%, del capitale della Capogruppo Ferrovie dello Stato S.p.a.

In base al comma 2, l'alienazione della quota di partecipazione potrà essere effettuata, anche in più fasi, con due possibili modalità: una offerta pubblica di

Fincantieri, CDP Reti, TAG (Trans Austria Gasleitung) e Grandi Stazioni/Cento Stazioni per quelle indirette.

Una seconda fase di dismissioni prevede nel 2014 la cessione di quote di minoranza di Poste e di altre aziende nazionali, con la possibilità che anche i lavoratori dipendenti possano partecipare al capitale, sul modello di compartecipazione sperimentato in Germania". Il 25 novembre 2013 è stato nominato dal Ministro dell'economia, il comitato permanente di consulenza globale e garanzia per le privatizzazioni.

Tale impostazione è stata confermata anche nel DEF 2014 (Documento di Economia e Finanza) e nel DEF 2015. Nell'ambito di quest'ultimo, il programma nazionale di riforma (PNR), che definisce, in coerenza con il programma di stabilità, gli interventi da adottare per il raggiungimento degli obiettivi nazionali di crescita, produttività, occupazione e sostenibilità delineati dalla nuova Strategia Europa 2020, conferma la cessione delle partecipazioni di ENEL, Poste italiane, Ferrovie dello Stato, ENAV e Grandi stazioni Spa.

⁷⁶ Come è noto, l'art. 13 del D.L. n. 332/1994 prevede che i proventi delle privatizzazioni siano destinati al fondo di ammortamento del debito pubblico (di cui all'art. 2 della L. n. 432 del 1993).

⁷⁷ Il riferimento è all'art. 1, comma 2, della legge 14 novembre 1995, n.481.

vendita rivolta al pubblico dei risparmiatori in Italia, ai dipendenti del Gruppo Ferrovie dello Stato; oppure un'offerta pubblica di vendita rivolta a investitori istituzionali italiani e internazionali.

Il comma 3, nella attuale versione dello Schema, consente di attivare forme di incentivazione per la partecipazione all'offerta pubblica di vendita da parte dei dipendenti del gruppo Ferrovie dello Stato, tenuto conto anche della prassi di mercato e di precedenti operazioni di privatizzazione. Tali forme di incentivazione potranno tradursi in: quote dell'offerta riservate; agevolazioni di prezzo⁷⁸; agevolazioni nelle modalità di finanziamento (si deve presumere, per l'acquisto di azioni della società).

Il comma 4, infine, sancisce la possibilità di prevedere forme di incentivazione in termini di prezzo, in coerenza con le prassi seguite precedenti operazioni di privatizzazione, per i risparmiatori al fine di favorire l'azionariato diffuso.

Lo stadio di avanzamento del processo è ancora troppo verde per giungere a qualche conclusione, se non traendo spunto dagli esempi più recenti di operazioni analoghe già concluse⁷⁹. Da tali esempi si può infatti trarre il convincimento di un grande interesse del mercato verso queste dismissioni ed al contempo

⁷⁸ In proposito, la relazione illustrativa, analogamente a quanto avvenuto per le altre operazioni di privatizzazione, ipotizza un bonus share, vale a dire una clausola che in seguito ad un'offerta pubblica di vendita o di sottoscrizione prevede l'allocazione a titolo gratuito ai sottoscrittori iniziali di un certo quantitativo di azioni in caso di possesso azionario ininterrotto per un determinato arco temporale.

⁷⁹ Il riferimento è al caso di Poste Italiane. Come forse è noto, il Consiglio dei ministri ha approvato il 16 maggio 2014 il DPCM per i criteri di cessione di una quota fino al 40 per cento del capitale di Poste Italiane Spa, con mantenimento in capo allo Stato di una partecipazione, detenuta dal MEF, non inferiore al 60%. Sullo schema di DPCM (atto n. 77), è stato acquisito il parere della IX Commissione Trasporti, espresso nella seduta del 26 marzo 2014. La Consob ha quindi approvato il 9 ottobre 2015 il Prospetto Informativo, presentato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e da Poste Italiane S.p.A., relativo all'offerta pubblica di vendita (OPV) finalizzata all'ammissione alle negoziazioni delle azioni della Società sul Mercato Telematico Azionario (MTA) della Borsa Italiana S.p.A., dando così avvio all'operazione di privatizzazione. In base ai criteri fissati dal D.P.C.M. 16 maggio 2014, anche in quel caso è stata prevista l'offerta pubblica di vendita rivolta al pubblico dei risparmiatori in Italia, inclusi i dipendenti del gruppo Poste italiane Spa, e/o a investitori istituzionali italiani e internazionali. Dal 27 ottobre 2015, le azioni di Poste Italiane sono quotate sul Mercato Telematico Azionario (MTA). Nell'ambito dell'offerta globale di vendita, sono state assegnate n. 498.300.000 azioni, di cui n. 453.000.000 azioni relative alla vendita da parte dell'azionista Ministero dell'Economia e delle Finanze e per le restanti n. 45.300.000 azioni relative all'esercizio integrale dell'opzione di sovrallocazione ai fini di un *over allotment* nell'ambito del collocamento istituzionale.

di un importante effetto di miglioramento dell'efficienza dei processi gestionali delle imprese coinvolte, sia nella fase propedeutica che precede la presentazione dell'impresa al mercato, sia in quella successiva al collocamento nella quale l'azionista di maggioranza. Pur con il suo indubbio e significativo peso, infatti, l'azionista pubblico perde la possibilità di incidere sulle scelte di *management* con finalità, modalità e strumenti diversi da quelli che il diritto comune assicura al mercato.

Se da un punto di vista giuridico la forma societaria di oggi non muta rispetto al domani, non si può tacere che anche sul piano giuridico assisteremo a cambiamenti molto significativi in termini di disciplina applicabile e garanzie di vigilanza istituzionale. Accanto infatti alle funzioni di garanzia del mercato assicurata dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ed a quelle di settore (il trasporto ferroviario) assicurata dall'Autorità di regolazione dei Trasporti, la Società ferrovie dello Stato quotata in borsa (se come si prevede la direzione sarà quella della quotazione), subirà il significativo ed importante impatto della regolamentazione che grava sulle imprese quotate in borsa e la conseguente vigilanza che sulle Società quotate eserciterà la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. Senza dire degli accresciuti profili di responsabilità per la Società ed il suo *management*.

I mesi che verranno offriranno sicuramente interessanti spunti di riflessione, ai fini di questo approfondimento però pare utile svolgere una riflessione che tenga conto anche di analoghe esperienze in altri ordinamenti dell'Unione Europea.

4. *I limiti e le opportunità dell'esperienza di un processo di privatizzazione recente: liberalizzazione e privatizzazione in Gran Bretagna*

Come è noto, infatti, con un processo non meno travagliato, anche nel Regno Unito si è di recente proceduto alla privatizzazione della *British Rail*. Un esempio che offre sicuri spunti di interesse per il processo avviato nel nostro Paese.

Il processo di privatizzazione della *British Rail* è stato attuato nei primi anni Novanta (1993) ad opera del governo conservatore di John Major, che aveva emanato una legge sulle ferrovie⁸⁰. La disciplina del settore ferroviario, nel Regno Unito, si collega a tre disposizioni normative fondamentali: appunto il *Railways Act* del 1993, il *Railways Infrastructure (Access and Management) Regulations* del 2005, nonché del *Railways (Licensing of Railways Undertakings) Regulations* del medesimo 2005; la Gran Bretagna ha concluso anche l'attività di recepimento nella norma-

⁸⁰ Sul punto si veda R. MERCURIO e M. MARTINEZ, *Il trasporto ferroviario in Europa. Organizzazione e regolazione del mercato*, Gangemi, Roma, 1999.

tiva nazionale delle prescrizioni contenute nel primo pacchetto⁸¹. Attualmente, il sistema ferroviario britannico si caratterizza per la presenza di una netta contrapposizione tra servizi inerenti l'ambito della disciplina di un contratto di *franchising* e servizi offerti in regime di libero mercato. Nello specifico, rientrano nella prima tipologia i servizi di trasporto ferroviario passeggeri erogati dagli operatori che si occupano, in *franchising*, delle *TOC*s; invece, nella seconda tipologia rientrano sia i servizi di trasporto ferroviario merci, che quello di trasporto ferroviario passeggeri aggiuntivi rispetto a quelli individuati da un contratto di *franchising* e che possono essere offerti autonomamente o dalle imprese aggiudicatrici di un siffatto contratto o da imprese nuovi entranti.

Per quanto concerne i requisiti necessari per l'espletamento dell'attività di trasporto ferroviario, il sistema britannico, al pari di quello italiano, si conforma ai principi generali previsti nelle direttive comunitarie. Ad oggi, il processo di apertura del mercato ferroviario britannico ha portato al rilascio di 66 licenze⁸², nonché alla creazione di un sistema competitivo in entrambi i comparti, passeggeri e merci⁸³. Sono però state effettuate diverse scelte diverse in merito alle modalità di realizzazione della competizione. Difatti, se nel trasporto merci ogni operatore è comunque libero di accedere all'infrastruttura e di confrontarsi "nel mercato" con gli operatori concorrenti, nel trasporto passeggeri, la predominanza di servizi erogati in forza di contratti di *franchising* fa emergere l'esistenza di una forma di competizione "per il mercato" che anticipa il confronto fra operatori alla fase dell'affidamento degli stessi contratti.

Tra l'altro, si ritiene utile evidenziare come, sebbene alla luce di una piena liberalizzazione del trasporto internazionale merci, l'esistenza di un'unica connessione ferroviaria (il *Channel Tunnel*) tra la Gran Bretagna ed il resto degli Stati membri e gli elevati vincoli di capacità infrastrutturale ad essa conseguenti di fatto limitano fortemente le possibilità di un confronto concorrenziale tra i soli operatori che espletano attività di trasporto merci in ambito nazionale.

Le fasi più importanti del processo di privatizzazione avviato nel 1994 sono state rappresentate:

- dalla costituzione di una società - *Railtrack Plc* - a cui era affidata la gestione dell'infrastruttura ferroviaria;

- dalla costituzione di 25 *Train Operating Companies (TOC)*s preposte all'espletamento dei servizi di trasporto passeggeri su determinate linee urbane, regionali o *Intercity* e la cui proprietà viene ceduta per periodi di tempo limitati (da 7 a 15

⁸¹ Il riferimento è a Corte di Giustizia, causa C-2003/483, *Commissione vs. United Kingdom*.

⁸² Di tali licenze, 26 sono relative ai servizi di trasporto merci e 40 ai servizi di trasporto passeggeri.

⁸³ Sul punto AA.VV., *Implementation of the EU Directives 2001/12/EC, 2001/13/EC and 2001/14/EC – Country Report (Great Britain)*, novembre 2005.

anni) a società private attraverso la messa a gara di contratti di *franchising* stipulati tra la *Strategic Rail Authority* (SRA, prima *OPRAF* – *Office for Passenger Rail Franchising*) ed il soggetto aggiudicatario della gara stessa;

- dalla costituzione di sei *Freight Operating Companies* (FOCs) preposte all'esplicitamento dei servizi di trasporto merci per ferrovia al di fuori di qualunque contratto di *franchising*;

- dalla costituzione di tre *Rolling Stock leasing Companies* (ROSCOs) a cui è affidata la proprietà del materiale rotabile da cedere alle TOCs mediante contratti di *leasing* operativo.

Il modello di privatizzazione seguito dalla *British Rail* ha fatto salvo, anche nel comparto passeggeri, un diritto di accesso alla rete per gli operatori privi di *franchising*. In relazione a tale ultimo aspetto, si deve ricordare come la politica prevalente dell'*Office of Rail Regulation* (ORR) sia stata volta nel senso di limitare l'utilizzo dell'infrastruttura da parte di quei servizi passeggeri che mirano solamente alla competizione diretta con i servizi già preesistenti sul mercato e che ricadono nell'ambito di applicazione di uno specifico contratto di *franchising*⁸⁴. Questo processo si è concluso quattro anni dopo con l'istituzione di un sistema composto da svariati soggetti (enti, aziende pubbliche, aziende private) a cui è stato affidato lo svolgimento di specifiche attività di regolamentazione, di gestione e manutenzione dell'infrastruttura, di erogazione del servizio, di progettazione, produzione e manutenzione dei mezzi e degli impianti.

Dunque, in primo luogo è stata effettuata la separazione tra rete e servizio: difatti è stata istituita una società, privatizzata nel 1996, la *Railtrack Ltd*, alla quale è stata trasferita la proprietà della rete infrastrutturale (binari e tunnel, stazioni, sistemi di comando e controllo, linee di elettrificazione). In secondo luogo, la *Railtrack* ha dovuto cedere, dietro compenso, alle aziende esercenti il diritto di accesso alla sua rete, coordinandone i movimenti dei treni, nonché rimanendo responsabile della manutenzione e del rinnovo delle infrastrutture. I ricavi della *railtrack* derivano soprattutto dai corrispettivi erogati dalle imprese di trasporto ferroviario per accedere alla sua rete e per prendere in locazione le stazioni.

La privatizzazione ha riguardato l'intera gestione del servizio di trasporto merci. Le aziende scorporate dalle *British Railways* sono, quindi, state acquistate da gruppi privati: in particolare, il gruppo americano che fa capo alla *Wisconsin Central* ha acquistato quattro aziende, confluite nella neo-costituita *English, Scottish and Welsh Railways* (EWS); l'altro operatore privato è *Freightliners*, che si occupa del business del trasporto intermodale di container. Invece, per quanto concerne la gestione dell'esercizio del trasporto passeggeri, questa è affidata a 25 aziende trasferite, con gara pubblica (*franchising*), a operatori privati⁸⁵.

⁸⁴ M. MARTINEZ, *L'industria ferroviaria in Gran Bretagna e in Francia. Due strategie industriali a confronto*, in *Incontri Cesit*, Dicembre, 1996.

⁸⁵ M. MARTINEZ, *L'evoluzione del settore ferroviario in Europa. Tre casi nazionali a confronto*, in *Economia e Politica Industriale*, n. 99, 1998.

In merito al secondo aspetto, ossia il ruolo delle *TOCs*, queste sono responsabili dell'erogazione del servizio di trasporto passeggeri e si occupano dei contratti di *franchising* di durata prestabilita stipulati con un ente governativo, vale a dire l'*Office for Passenger Rail Franchising* (OPRAF). I contratti di *franchising* devono prevedere specifici obblighi per le aziende così da poter migliorare la qualità del servizio offerto. La maggior parte delle *TOCs* continua, però, a dipendere da sussidi pubblici. Tuttavia, nell'attribuzione dei contratti, l'OPRAF ha scelto tra le diverse offerte pervenute quella dell'operatore privato che ha richiesto il sussidio minore.

In merito al ruolo delle *ROSCOs*, si deve sottolineare che la differenza tra la breve durata dei contratti di *franchising* (7 o 15 anni) e la maggiore durata della vita del materiale rotabile (30 o anche 40 anni) rende impossibile, per un operatore coinvolto nella gestione di una tratta per soli 7 anni, assumere nel proprio bilancio il costo relativo ad un *asset* potenzialmente ammortizzabile in 40 anni. Pertanto, il processo di riforma che ha investito il sistema britannico ha previsto la costituzione e la cessione a privati di tre aziende cui si è trasferita la proprietà di tutto il materiale rotabile delle *British railways*: la *Porterbrook Ltd*, la *Angel Train Contract Ltd*, la *Eversholt Leasing Ltd*, denominate *RoscOs*, (*Rolling Stock Leasing Company*)⁸⁶. Il trasferimento della proprietà delle *ROSCOs* non è, comunque, stato esente da critiche. Difatti, nonostante siano state acquisite da *management* interno mediante la formula del *management buy out*, le società sono poi state cedute ad altri gruppi, ad un prezzo superiore. Oltre a ciò, una *ROSCO* (la *Porterbrook*) è stata acquisita dal gruppo *Stagecoach* già detentore di contratti di *franchising* per l'erogazione del servizio di trasporto passeggeri. Quest'acquisizione ha fatto emergere questioni problematiche in merito alla tutela della concorrenza anche se, sinora, non sono stati ravvisati comportamenti anticoncorrenziali⁸⁷.

In sostanza, da questa breve rassegna pare proprio che il processo inglese non possa costituire un modello di efficienza, né dal punto di vista organizzativo e di semplificazione, né dal punto di vista delle garanzie di concorrenza nel mercato e di efficienza nei livelli di servizio all'utenza. Ciò senza dire del negativo risultato in termini finanziari dell'operazione per il Tesoro di Sua Maestà.

Invertendo il titolo di un famoso romanzo⁸⁸ si potrebbe dire che il settore del trasporto pubblico ferroviario in Gran Bretagna sia stato caratterizzato da centomila discipline, ma che in realtà ne residui malamente una e, a guardar bene nessuna.

⁸⁶ M. MARTINEZ, *L'industria ferroviaria in Gran Bretagna e in Francia. Due strategie industriali a confronto*, in *Incontri Cesit*, Dicembre, 1996.

⁸⁷ Sul punto si veda R. MERCURIO e M. MARTINEZ, *Il trasporto ferroviario in Europa. Organizzazione e regolazione del mercato*, Gangemi, Roma, 1999.

⁸⁸ Il riferimento è ad *Uno, nessuno e centomila* uno dei romanzi più famosi di Luigi Pirandello. Iniziato già nel 1909, uscì solo nel 1926, prima sotto forma di romanzo a puntate edito in una rivista, la *Fiera letteraria*, e poi di volume.

5. *Conclusioni*

E' un rischio che il processo avviato in Italia non deve correre, proprio facendo tesoro dell'esperienza britannica.

Per evitare ciò, una riorganizzazione industriale dell'impresa come oggi la conosciamo, peraltro nel più in generale contesto di riforma dei servizi pubblici (almeno su base locale), si rende altamente opportuna (se non addirittura necessaria) per dare un contributo al miglioramento della competitività e della produttività, e ciò come presupposto imprescindibile del processo di collocazione sul mercato dell'impresa pubblica ferroviaria.

Si arriva a questo passaggio, ormai obbligato, anche per effetto delle minori risorse disponibili per il finanziamento degli obblighi di servizio, con un tessuto aziendale fortemente logorato, appesantito dall'indebitamento pregresso, incerto nelle prospettive di quadro istituzionale, sempre in bilico tra liberalizzazione e mantenimento dei monopoli.

E' per questa ragione che il processo in atto in Italia è interessante come caso di studio, ma soprattutto come sfida di politica economica ed industriale per il nostro Paese.

PUBLIC TRANSPORT SERVICE IN ITALY: REGULATIONS AND MARKET OF RAIL TRANSPORT

by Aristide Police

Abstract

In a postindustrial society, in which most wealth comes from the service sector, the recovery of competitiveness and productivity necessary for the economic relaunch should inevitably include the system of public services. In particular, among important non-local transport services, the service of rail transport in our country is probably the only one which is still going through an interesting transition stage between the deconstruction of state monopoly and the significant success of market models and their effective public regulation. At the EU level, the realization of the transport policy has been transferred from the Treaty to the successive legislative activity of EU institutions, which have developed the policy in three different historical stages: the first which starts with the formulation of the Memorandum of the Commission in 1961 until the accession of Great Britain, Denmark and Ireland to the Community in 1973; the second stage, beginning in 1973 and ending with the judgement of the Court of Justice on 22 May 1985, ruling on actions for failure to act appeal proposed by the European

Parliament against the Council in this very matter; and finally the third stage, starting from that judgement and still in full progress. The Italian system has adopted over the years different EU legislative acts and with the legislative decree n.15/2010 has recently adopted the so-called Third EU railway package. Thanks to the latter, after the legislative decree of 15 July 2015, n. 112, in line with the EU objective to promote rail transport among the EU member states, it has fostered the development of competitiveness and free circulation of people and goods. The process of liberalization launched in the EU has contributed quite a lot to the emergence of an organizational arrangement, which in our country had been chosen for the ownership, management and regulation of railway infrastructure and related transport service. Recently, indeed, the awareness of the failure of the traditional model of public enterprises, both regarding the quality of services provided and their low level of profitability, has led to a gradual dissolution of state participation in economic undertakings and, at the same time, has brought about an intense process of transformation of government bodies and state companies. Therefore, in Italy, in addition to the process of liberalization pushed by the EU law there has been a concurrent process of privatization of monopolistic state companies. Given such legislative context at the national and EU level, the Government has decided to give way to “substantial” privatization of the state railway company (Ferrovie dello Stato S.p.a.) The industrial reorganization of the company, in the general context of reforms of public services, should be considered highly appropriate (if not even necessary) in order to contribute to the improvement of the competitiveness and the productivity, which is supposed to be unavoidable in the process of market positioning of a state railway company.

La parità di genere in Italia: la giuridificazione dell'uguaglianza sostanziale, fra tutela di diritti individuali e interesse della collettività^{1*}

di Anna Simonati

SOMMARIO: 1. La “tempistica” della giuridificazione in Italia. - 2. La parità di genere nel contesto culturale sovranazionale. - 3. La ratio della giuridificazione, fra tutela dell'individuo e dell'interesse pubblico. - 4. Le “componenti” della giuridificazione. - 5. Il possibile impatto dell'indagine scientifica non giuridica (cenni). - 6. Il metodo e l'esito della giuridificazione, fra corsi e ricorsi storici: un work in progress ancora incompiuto.

1. La “tempistica” della giuridificazione in Italia

Nell'ambito della parità di genere², la giuridificazione vera e propria³ è avvenuta

^{1*} Questo saggio rappresenta un'estensione del lavoro prodotto nell'ambito delle ricerche (coordinate dai proff. Leonardo Ferrara e Domenico Sorace) per la celebrazione dei 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. In particolare, il contributo è stato elaborato nel contesto del gruppo di lavoro sulla “giuridificazione”, coordinato dai proff. Barbara Marchetti e Mauro Renna. Desidero ringraziare il prof. Girolamo Sciullo per i rilievi espressi sulla prima stesura dello scritto.

² Nel nostro ordinamento, la locuzione “pari opportunità” è declinata quasi esclusivamente con riferimento alle questioni di genere, mentre assume, in altri contesti, una valenza semantica in parte diversa e più estesa, riconnettendosi all'esigenza di predisporre una protezione accentuata per le categorie di soggetti che appaiono oggettivamente più vulnerabili o svantaggiate rispetto alle altre. V. così G. MONTELLA, (voce) *Pari opportunità*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, aggiorn., 2008, t. II, ove sono esaminati specificamente gli ordinamenti statunitense, tedesco e francese. Sul sistema francese v. anche, per esempio, F. FAVENNEC-HÉRY, *Non discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du què*, in *Dr. soc.*, 2007, 3 ss. Analizzano specificamente l'esperienza nordamericana E. VEZZOSI, *Alle origini delle politiche di affirmative action: gli Stati Uniti* e, sul fronte della disamina del contributo giurisprudenziale in un settore particolare, P. FARAGUNA, *La giurisprudenza della Corte Suprema USA in materia di reverse discrimination*, entrambi in F. SPITALERI (a cura di), *L'uguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, 2013, rispettivamente 3 ss. e 19 ss. Per un interessante parallelo fra le discriminazioni razziali e quelle di genere, v. M. HTUN, *Is Gender Like Ethnicity?*, in *Perspectives on Politics*, 2004, 2, 3, 439 ss. Per una panoramica in chiave comparatistica in materia di pari opportunità fra uomo e donna, v., poi, J. HOARE, F. GELL (eds), *Women's Leadership and Participation: Case Studies on Learning for Action*, Oxfam, Rugby, 2009. La ragione della percezione privilegiata nel nostro sistema delle questioni di genere rispetto alle altre possibili accezioni connesse alle pari opportunità probabilmente risiede nel lampante dislivello fra la situazione femminile e quella maschile nel secondo dopoguerra, che solo faticosamente si è cercato di colmare nei decenni successivi, con un impegno policentrico che non ha ancora raggiunto pienamente l'obiettivo da cui è animato. Con particolare chiarezza in questi termini v., per esempio, A. GRECCHI, *Pari opportunità il diritto e la cultura*, Milano, 1996.

³ Alcune tracce di una “proto-normativa” a tutela della parità di genere sono rintracciabili in Italia ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Si pensi, per esempio, alla l. 19 giugno 1902, n. 242 (sulla tutela delle lavoratrici madri) e al Testo unico sul lavoro delle donne

nuta in Italia⁴ dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, per dare compiuta attuazione ai principi in essa sanciti e in particolare al parametro dell'uguaglianza, formale⁵ e sostanziale⁶, quale valore fondamentale di convivenza so-

e dei fanciulli del 1907 (con cui si introdusse il divieto di lavoro femminile notturno): si tratta, però, di una disciplina tendenzialmente "protezionistica", più che rivolta al riconoscimento e alla promozione della parità fra uomini e donne. Sull'evoluzione nel sistema italiano, v. per esempio, sinteticamente, M.V. BALLESTRERO, *Occupazione femminile e legislazione sociale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1976, 645 ss., e, più recentemente, M. TANTURI, *Le pari opportunità di genere nell'ordinamento nazionale: lo stato dell'arte*, in *Il dir. sanitario moderno*, 2012, 2, 99 ss. Anche in relazione all'attuazione degli obblighi di recepimento della disciplina dell'Unione europea, v. poi A. ROSSELLI, *La politica sull'uguaglianza di genere in Italia. Analisi approfondita*, Parlamento europeo - Direzione generale politiche interne, Bruxelles, 2014.

⁴ In questo contributo, per ragioni connesse alla necessaria brevità dello scritto, mi soffermerò quasi esclusivamente sull'ordinamento italiano. Cercherò di dare conto dei risultati maggiormente significativi raggiunti dai legislatori (statali e regionali) in ambito strettamente pubblicistico, ma non potranno essere esaminati in prospettiva diacronica tutti gli elementi rilevanti dell'evoluzione. I vari punti di interesse saranno tratteggiati brevemente, con l'intento di comporre un quadro possibilmente esauriente della variegata strumentazione che ha contribuito, nel corso del tempo, a configurare nel nostro Paese il paradigma giuridico della parità fra uomo e donna. Piuttosto che sulla descrizione di ogni tassello, mi concentrerò dunque sui tratti del panorama complessivo, per (tentare di) comprendere quali equilibri abbiano condotto l'elaborazione concettuale al punto di maturazione a cui oggi è pervenuta.

⁵ L'inadeguatezza della mera uguaglianza formale in vista della piena realizzazione della parità di trattamento fra uomini e donne è colta con chiarezza anche dalla dottrina internazionale. V., per esempio: M. MUKHOPADHYAY, *Situating Gender and Citizenship in Development Debates: Towards a Strategy*, in M. MUKHOPADHYAY, N. SINGH (eds), *Gender Justice, Citizenship and Development*, 2007, International Development Research Centre, Ottawa, 263 ss.; C. SWEETMAN, J. ROWLANDS, L. ABOU-HABIB, *Introduction to Citizenship*, in *Gender & Development*, 2011, 19, 3, 347 ss.; D. BOOTH, *Introduction: Working With the Grain? The Africa Power and Politics Programme*, IDS Bulletin, March 2011, 42, 2, 1 ss.; KIT - ROYAL TROPICAL INSTITUTE (eds), *Gender, Citizenship and Governance: A Global Source book*, KIT, Amsterdam - Oxfam, Oxford, 2004; D. BOWMAN, E. BODSWORTH, J.O. ZINN, *Gender Inequalities and Risk During the 'Rush Hour' of Life*, in *Social Policy and Society*, 2013, 12, 277 ss.

⁶ Il dibattito dottrinale sulla tensione e la difficile armonizzazione fra uguaglianza formale e sostanziale, anche con riferimento al valore della parità di genere, è risalente. V. già, per esempio: A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; L. PALADIN, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 582 ss., e IDEM, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 25 ss.; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992; R.J. ARNESON, I. CARTER (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Milano, 2001; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976; IDEM, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila, 1984; IDEM, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, 2003; C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il grande equivoco*, in *F. it.*, 1996, I, 1961 ss.; G. MONTELLA, (voce) *Pari opportunità cit.*, in più punti; M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Bologna, 2002, e IDEM, *Le nuove frontiere della giustizia: disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*.

ziale. Non si è trattato, in realtà, di un'evoluzione del tutto spontanea⁷, poiché l'intervento del legislatore spesso ha rappresentato l'esito dell'attenzione dedicata alla tematica in ambito sovranazionale⁸.

Parte generale, Padova, 2003; IDEM, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. Dir.*, 2001, 155 ss.; L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale*, Torino, 2012.

⁷ Data la necessaria sintesi di questo scritto, non è possibile soffermarsi su aspetti diversi da quelli strettamente connessi alla giuridificazione della parità di genere nell'ordinamento italiano. Tuttavia, è doveroso dedicare almeno un cenno in questa sede al dibattito sull'evoluzione dell'identità di genere che da tempo coinvolge la dottrina sociologica e quella filosofica. A mero scopo esemplificativo e in prospettiva sintetica, v., per esempio – oltre a S.B. ORTNER, H. WHITEHEAD, *Sesso e genere. L'identità maschile e femminile*, Palermo, 2000 (orig. 1981) – F. RESTAINO, A. CAVARERO, *Le filosofe femministe*, Paravia, Torino, 1999, E. RUPINI, *Le identità di genere*, Carocci, Roma, 2003, ed EADEM (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini Ass., Milano, 2005, J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminis, and the Subversion of Identity*, Routledge, London, 2007; F. ZAJCZYK, *La resistibile ascesa delle donne in Italia. Stereotipi di genere e costruzione di nuove identità*, il Saggiatore, Milano, 2007; I. CRESPI (a cura di), *Culture socializzative, identità e differenze di genere. Approcci disciplinari a confronto*, Ed. SIMPLE, Macerata, 2011. Per quanto riguarda specificamente il versante maschile, v., per esempio, R.W. CONNELL, *Maschilità. Identità e trasformazioni del maschio occidentale*, Feltrinelli, Milano, 1996.

⁸ Il principio della parità fra uomo e donna è enunciato in varie disposizioni dell'ordinamento U.E.: v. già gli artt. 2, 3, 13, 137, 141, T.C.E., nonché gli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali; fra le fonti derivate (incentrate soprattutto sulla protezione del diritto delle donne di accedere in regime di parità con gli uomini al mondo del lavoro e alle posizioni di responsabilità), v. (senza pretesa di completezza) le direttive 75/117/CEE, 76/207/CEE, 79/7/CEE, 86/378/CEE, 86/613/CEE, 92/85/CEE, 96/34/CE, 97/80/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE. L'attenzione dell'Unione europea per le questioni di genere è rivolta peraltro a vari aspetti: dalla tutela dei diritti al pieno sviluppo della persona e alla conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro, all'eliminazione del divario retributivo a parità di mansioni, alla prevenzione e alla repressione della violenza di genere, allo studio degli indicatori che possono orientare efficacemente la determinazione e il perseguimento delle politiche di genere, alla promozione della collaborazione fra istituzioni, in particolare in vista dello scambio e della condivisione di buone prassi. La necessità di contenere le dimensioni di questo contributo impedisce di indicare i riferimenti normativi e dottrinali relativi a ciascuno dei profili segnalati. Molte informazioni utili sono reperibili *online* al link http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/index_it.htm. Per una panoramica generale in materia, v.: J. KANTOLA, *Gender and the European Union*, London, Palgrave Macmillan, 2010. V. anche S. AMADEO, *Le azioni positive di genere alla prova del principio di eguaglianza. Un solo principio dalle multiformi applicazioni nel diritto dell'Unione o più principi?*, R. NUNIN, *Azioni positive e contrasto alle discriminazioni di genere nel lavoro: la Corte di giustizia e il diritto "diseguale"*, A.O. COZZI, *Principio di eguaglianza, parità nella funzione genitoriale e principio meritocratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia sulle azioni positive*, O. GATTINARA, *Il problema delle azioni positive nel diritto della funzione pubblica dell'Unione europea: il caso della Commissione*, tutti in F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive cit.*, rispettivamente 109 ss., 129 ss., 141 ss., 175 ss. V., poi, M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Occasional Papers, n. 188, Banca d'Italia, giugno 2013, 5 ss. Quanto ai numerosi atti di diritto internazionale, particolarmente significativa è la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1979 e ratificata in Italia il 10 giugno 1985. Un'altra tappa di primario rilievo è costituita

Procedendo necessariamente per sommi capi, può dirsi che la riforma in prospettiva *gender sensitive* si è dipanata, in modo piuttosto discontinuo e frammentario, a partire da due settori (rientranti prevalentemente nel diritto civile) in cui precedentemente le discriminazioni erano assai evidenti: il settore lavoristico (in cui sono via via state eliminate le fonti più macroscopiche di esclusione delle donne dalla vita del Paese)⁹ e il diritto di famiglia (in cui sono stati introdotti meccanismi di parità fra coniugi e fra genitori¹⁰, anche a fronte dell'eliminazione da parte della Consulta di alcune disparità di trattamento retaggio del passato)¹¹.

L'aspirazione alla piena attuazione del principio di uguaglianza sostanziale sta inequivocabilmente alla base, poi, della modifica nel 2003 dell'art. 51, Cost.¹², che ha determinato l'inserimento nel testo della Norma suprema del riferimento espresso alle azioni positive, già previste nella l. 10 aprile 1991, n. 125¹³. Si tratta

dalla IV Conferenza mondiale sulle donne organizzata dalle Nazioni unite a Pechino nel 1995. V. riassuntivamente L. TRIA, *La discriminazione basata sul genere, nei rapporti uomo-donna*, in *Dir. uomo*, 2012, 2, 5 ss.; v. anche L. MURA, *I diritti delle donne e la tutela della diversità nel diritto internazionale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 1, 47 ss., D. KALOGEROPOULOS, *La Convenzione internazionale contro ogni discriminazione verso le donne*, in *Soc. dir.*, 1989, 1, 71 ss., V. BISCARDI, *Le pari opportunità uomo-donna: un quadro internazionale, comunitario e nazionale*, in *Dir. uomo*, 1999, 2, 12 ss., e P.J. ELLIOT, *La prospettiva etica nella Conferenza ONU di Pechino sulla donna*, in *Med. mor.*, 1995, 1175 ss.

⁹ Per esempio, v. già M.V. BALLESTRERO, *Occupazione femminile e legislazione sociale cit.*, 647 ss. Per i riferimenti legislativi pertinenti v. G. MONTELLA, (voce) *Pari opportunità cit.*, e M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa cit.*, 9 ss.

¹⁰ V., per esempio: F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013; P. ZATTI, *I diritti e i doveri dei coniugi*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1996; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1990; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995; E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1999; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Milano, 2002; G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, t. III, Padova, 1992. Sinteticamente, v. M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa cit.*, 9 ss.

¹¹ Nella dottrina dell'epoca v., per esempio: A. GELPI, *La "depenalizzazione" dell'adulterio e conseguenti argomentazioni*, in *Lo stato civile italiano*, 1970, 280 ss.; G. ROSSO, *Fine della punibilità dei reati di adulterio e concubinato*, in *Homo*, 1970, 13 s.; G. PERICO, *Non è più reato l'adulterio?*, in *Agg. soc.*, 1970, 57 ss.; F. MANTOVANI, *Un altro passo verso l'eguaglianza giuridica dei coniugi*, in *Temi*, 1970, 1 ss.; A. D'ANGELO, *Ancora sull'adulterio e la Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1970, 468 ss. Più recentemente v., per esempio, V. SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366 ss., M.G. DONNO, *Cittadinanza duale e democrazia paritaria. Etiche e politiche di genere*, Università Aldo Moro, Bari, 2010, 144 s., e P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Famiglia dir.*, 2011, 628 ss.

¹² V. l.c. 30 maggio 2003, n. 1.

¹³ V., per esempio: M.V. BALLESTRERO, T. TREU (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991 n. 125*, in *Nuove leggi cin. comm.*, 1994; M.L. DE CRISTOFARO (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, Napoli, 1993; L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992; P. CATALINI TONELLI, *Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge n. 125/1991 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, 51 ss.

di una svolta epocale, che ha intensificato gli sforzi in vista dell'assunzione di una serie di misure, la cui specifica finalità è proprio correlata all'abbattimento delle barriere frapposte alla piena realizzazione della parità di genere. L'espressione più organica di questo fermento legislativo è rappresentata dall'emanazione del d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice per le pari opportunità)¹⁴, in cui sono oggi racchiuse numerose disposizioni rilevanti in materia.

Progressivamente, dunque, il ruolo femminile si è affrancato dagli stereotipi tradizionalmente accolti, che lo vedevano relegato in una condizione subalterna, arida di occasioni di sviluppo personale extradomestico. Con il passare del tempo, la nuova sensibilità si è estesa, per consentire alle donne non solo di autorealizzarsi, ma anche di contribuire attivamente al progresso della società¹⁵.

Il "ritardo" rispetto al diritto privato con cui il diritto pubblico è stato permeato dalla consapevolezza della necessità di assicurare pari opportunità alle persone di entrambi i generi deriva soprattutto dalla (in parte perdurante) difficoltà con cui le donne notoriamente in Italia accedono alle posizioni di potere¹⁶. Anche in questo campo, però, operano oggi varie disposizioni¹⁷: da quelle che sanciscono il rispetto di quote determinate per la composizione di una serie di organismi, a quelle che (invero, in modo ancora assai scarno) impongono l'assunzione di prospettive di genere per la valutazione dell'operato degli enti pubblici, a quelle (oggi in graduale espansione in particolare nella legislazione regionale)¹⁸ che puntano alla valorizzazione a tutto tondo della cosiddetta cittadinanza di genere¹⁹.

¹⁴ V.: L. CALAFÀ, *Pari opportunità e divieti di discriminazione. Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili sostanziali*. in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 537 ss.; E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 853 ss.; T. GERMANO, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Lav. nella giur.*, 2006, 748 ss.; E. SIGNORINI, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna: l'attività di vigilanza e i codici di condotta*. in *La nuova giurispr. civ. comm.*, 2008, 389 ss.

¹⁵ Resta aperto, però, il problema dello svolgimento in misura nettamente prevalente da parte delle donne del lavoro domestico e di cura. V., recentemente: A. QUADRELLI, B. POLINI (a cura di), *Donne e lavoro di cura*, L'orecchio di Van Gogh, 2007; E. DELL'ANTONIO, A. CEREDI (a cura di), *Donne e lavoro di cura*, Merano, 2008; R. RIZZA, F. SANTENGELO, *Scelte occupazionali e regolazione: il lavoro di cura delle donne, fra bambini e anziani*, in *Soc. lav.*, 2014, 135, 126 ss.

¹⁶ Oltre agli altri riferimenti indicati, v. sul punto M. GRAZIOSI, *Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova 2013, 7 ss.

¹⁷ Per l'indicazione delle norme pertinenti nei settori enumerati nel testo, v. *infra*, 3.

¹⁸ Il prototipo è rappresentato dalla l.r. Toscana 2 aprile 2009, n. 16, poi ripresa quasi puntualmente dalla l.r. Marche 23 luglio 2012, n. 23. Della cittadinanza di genere tratta sinteticamente anche la l.r. Emilia Romagna 27 giugno 2014, n. 6 (v. artt. 6 e 43).

¹⁹ Per ragioni di sintesi, non mi soffermo in questa sede sulla possibilità di utilizzare questo concetto nel diritto amministrativo. Sia consentito richiamare, per completezza: A. SIMONATI, *Cittadinanza di genere: riferimento (solo) simbolico o concetto (anche) giuridico?*, in E. BELLÈ, B. POGGIO, E. SELMI (a cura di), *Attraverso i confini del genere*, Trento, 2012, 121 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere: per l'uguaglianza sostanziale oltre la cittadinanza in senso stretto*, in F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI

2. *La parità di genere nel contesto culturale sovranazionale*

Come accennato, il dibattito giuridico italiano sulle questioni di genere è senz'altro debitore delle sollecitazioni provenienti dal livello sovranazionale. Spesso le norme formulate in quella sede pongono auspici di natura prevalentemente programmatica o precetti di amplissima portata²⁰, il che, a ben vedere, consente ai singoli legislatori di adattare le regole generali al contesto di riferimento.

È indiscutibile che l'attenzione a livello sovranazionale per la parità di genere rappresenti, almeno in linea di principio, il portato di un'identità culturale ben precisa, che affonda le sue radici nella mentalità occidentale di stampo democratico e liberale.

Tuttavia, in realtà, al di là dell'inevitabile esistenza di radici comuni, la percezione delle tematiche *gender sensitive* è tutt'altro che unitaria e le differenze si riscontrano anche in ambito continentale. Non soltanto la realizzazione concreta dei parametri di parità incide nei vari sistemi nazionali in modo assai variabile sulla (qualità della) vita di uomini e donne²¹. Appaiono eterogenei anche l'intensità e le modalità dell'intervento dei legislatori, che, a seconda del grado di maturazione della consapevolezza sulle tematiche di genere presso le popolazioni, agiscono direttamente sul piano normativo o si limitano ad assecondare le buone prassi spontaneamente applicate²².

(a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Trento 2014, 285 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere. Un nuovo concetto giuridico "inclusivo"? Riflessioni alla luce del diritto positivo*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata cit.*, 115 ss.

²⁰ V. riassuntivamente M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa cit.*, in più punti.

²¹ Mi limito a ricordare, in proposito, che una interessante fonte di dati statistici consiste nel *Global Gender Gap Report*, annualmente elaborato dal Forum economico mondiale per quantificare la disparità di genere riscontrabile in ogni Nazione, prendendo come riferimento vari fattori (fra cui indice di salubrità, accesso all'istruzione, partecipazione alla vita economica e impegno in politica delle cittadine e dei cittadini). Il *Report* relativo al 2014 è consultabile *online* in <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2014/report-highlights/>.

²² La coesistenza, a livello transazionale, di strumenti di diritto positivo e di buone prassi è particolarmente evidente, per esempio, nel settore delle quote di genere. V. EUROPEAN PARLIAMENT - DIRECTORATE GENERAL INTERNAL POLICIES OF THE UNION (a cura di), *Sistemi elettorali che prevedono quote riservate alle donne e loro applicazione in Europa*, settembre 2008, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM_ET\(2008\)408309_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM_ET(2008)408309_IT.pdf). V., poi: G. O'BRIEN, *Women in the Boardroom: Should the U.S. Have Quotas?*, in *Business Ethics*, 3 agosto 2011, in <http://business-ethics.com/2011/08/03/women-in-the-boardroom-should-the-us-have-quotas/>; S. TERJESEN, R.V. AGUILERA, R. LORENZ, *Legislating a Woman's Seat on the Board: Institutional Factors Driving Gender Quotas for Boards of Directors*, in *Journal of Business Ethics*, Settembre 2013, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327576; M. HUSE, C. SELERSTAD, *Getting Women on to Corporate Boards*, in *Business Review*, 7 marzo 2014, in <http://www.bi.edu/bizreview/articles/getting-women-on-to-corporate-boards/>. V. anche E. MORLINO (coord.), *La parità di genere nella*

Pertanto, la disciplina sovranazionale non determina l'eccessiva compressione o l'omologazione degli interessi nazionali su quelli globali e non interferisce quasi mai con la libera estrinsecazione del principio democratico. Anzi, l'esito della giuridificazione va attualmente – sembra di poter dire – nel senso nella frammentazione della normativa adottata nei vari sistemi, pur a fronte della tendenziale unificazione dei principi generalmente accolti. La cifra caratteristica del fenomeno resta infatti, come già si è segnalato, il gradualismo; la commistione di strumenti di *hard law* e di *soft law* si innesta in modo tendenzialmente non traumatico nell'*humus* culturale degli ordinamenti nazionali, che possono così elaborare in base a parametri non necessariamente omogenei la propria chiave di lettura per la progressiva integrazione delle donne, in regime di parità con gli uomini, nel tessuto sociale e nella vita pubblica.

D'altra parte, la vitalità della dimensione giuridica sovranazionale agevola il costante approfondimento del dialogo fra sistemi eterogenei e può instaurare circoli virtuosi di conoscenza reciproca fra realtà profondamente remote l'una dall'altra.

Non a caso, in epoca recente un nuovo fermento culturale sta gradualmente conducendo alcuni sistemi, inizialmente lontanissimi dalla stessa accettazione della prospettiva sottesa ai *gender studies*, a nuove riflessioni. L'esempio forse più lampante è quello degli ordinamenti di tradizione islamica, rispetto ai quali – soprattutto grazie all'impegno della dottrina²³ – non mancano oggi sforzi significativi nel senso dell'adattamento del diritto autoctono a criteri maggiormente rispettosi della parità di genere. Queste esperienze non rilevano solo in sé e per sé, ma possono costituire fonte di ispirazione per i legislatori occidentali, alle prese con i noti problemi di convivenza con le popolazioni immigrate, che non di rado sono connessi – almeno parzialmente – proprio con le questioni di genere. Di conseguenza, si sta progressivamente innescando un dialogo fra ordinamenti, potenzialmente fruttuoso sia per instaurare un atteggiamento complessivo maggiormente cosmopolita, sia per agevolare a livello globale la prevenzione e la repressione di alcuni temibili fenomeni segregativi, originari di

pubblica amministrazione, Rapporto I.R.P.A., Napoli, Editoriale Scientifica 2013. Per una mappatura delle buone prassi esistenti in Europa nel campo delle pari opportunità di genere, v. infine M. MOSCA, *Imparare dalle esperienze. E dalle buone pratiche*, in <http://www.ingener.it/articoli/imp-are-dalle-esperienze-e-dalle-buone-pratiche>.

²³ In proposito v., per esempio: F. MERNISSI, *Donne del Profeta. La condizione femminile nell'Islam*, Genova 1992; L. AHMED, *Oltre il velo. La donna nell'Islam da Maometto agli ayatollah*, Firenze 1995; A. MAYER, *Islam and Human Rights*, Boulder 1999; S. BARTOLINI (a cura di), *A volto scoperto. Donne e diritti umani*, Roma 2002; H. RAMADAN, *La donna nell'Islam*, Milano 2003; A. HIRSI ALI, *Nomade. Perché l'Islam non è una religione per donne*, Milano 2010; R. PEPICELLI, *Femminismo islamico. Corano, diritti, riforme*, Roma 2010; A. VANZAN, *Le donne di Allah. Viaggio nei femminismi islamici*, Milano 2010; E. CAMASSA, *Uguali e diverse: donne islamiche e diritto di famiglia*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata cit.*, 197 ss.

determinati contesti e/o aree geografiche in cui le donne sono particolarmente svantaggiate²⁴.

Resta auspicabile, ovviamente, il raggiungimento di un grado minimale di unificazione della disciplina vigente nei vari contesti – rispetto al quale il contributo dei sistemi sovranazionali potrebbe essere importante – in tanto in quanto la parità di genere rispecchia la necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone. Su questo piano, una tendenziale uniformazione, in particolare nella formulazione di idonee garanzie di rango costituzionale, certamente appare come un passo necessario e doveroso. Anzi, un progressivo avvicinamento fra le esperienze statali – non solo per quanto concerne la codificazione nel diritto positivo, ma anche con riferimento alla produzione di risultati virtuosamente inclusivi nella prassi – è certamente un obiettivo a cui puntare.

Tuttavia, dato l'indissolubile legame con le specificità nazionali, una totale omologazione non solo appare irrealizzabile, ma sarebbe forse persino controproducente. Infatti, l'imposizione repentina e artificiosa di modelli culturali estranei alla mentalità delle popolazioni interessate (o quanto meno alla loro maggior parte) potrebbe essere percepita come antidemocratica e sortire, di conseguenza, reazioni di insofferenza, rischiose a maggior ragione in tempi come quelli attuali, in cui lo scontro fra civiltà si profila come un pericolo purtroppo tutt'altro che remoto.

3. *La ratio della giuridificazione, fra tutela dell'individuo e dell'interesse pubblico*

Evidentemente, la *ratio* che accumuna gli interventi normativi in materia di pari opportunità di genere ha in primo luogo a che fare con la necessità di proteggere i diritti fondamentali, per assicurare il pieno sviluppo individuale.

²⁴ A mero scopo esemplificativo, si pensi alla Risoluzione dell'Assemblea generale O.N.U. del 20 dicembre 2012 (*Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilation*), pubblicata il 5 marzo 2013, in cui si impegnano gli Stati a condannare le mutilazioni genitali ma anche ad attivare interventi preventivi in campo scolastico, sociale, psicologico, medico, economico. V., per esempio: D. ATIGHETCHI, *La legge islamica e il corpo delle donne*, Bologna 1996, 885 ss.; M. FUSASCHI, *I segni sul corpo. Per un'antropologia delle modificazioni dei genitali femminili*, Torino 2003; E. CESQUI, *Le mutilazioni religiose a valenza simbolica nell'ordinamento italiano*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano 2006, 256 ss.; C. PASQUINELLI, *Infibulazione. Il corpo violato*, Roma 2007; F. BOTTI, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bologna 2009; L. MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 103 ss.; R. FATTIBENE, *Verso una risoluzione dell'ONU per l'abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. Il trattamento giuridico di questa pratica tra atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 4, http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Fattibene_1.pdf; I. RUGGIU, *La risoluzione Onu del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili: una lettura problematica*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0472_ruggiu.pdf.

Col passare del tempo, tuttavia, ci si è via via resi conto che la promozione della presenza femminile nella vita professionale e istituzionale non corrisponde solo alla realizzazione del pieno rispetto dei diritti inviolabili della persona e del principio di uguaglianza, ma rappresenta occasione di arricchimento per tutte le componenti della società e per questa globalmente considerata. Il pluralismo dei punti di vista e dei contributi, infatti, consente maggiore completezza dei profili esaminati in vista di qualsiasi decisione ed è dunque garanzia di ottimizzazione dei risultati²⁵. Pertanto, è riduttivo ritenere che il cosiddetto *empowerment* femminile rappresenti un interesse esclusivo delle donne. In realtà, rispecchia un'aspirazione (necessariamente comune) all'efficienza complessiva del sistema²⁶.

²⁵ Nel dibattito dottrinale internazionale in materia di quote elettorali, v. sul punto: A. CORNWALL, A.M. GOETZ, *Democratising Democracy: Feminist Perspectives*, in *Democratization*, 2005, 12, 5, 783 ss.; L. SCHWINDT-BAYER, *Making Quotas Work: The Effect of Gender Quota Laws On the Election of Women*, in *Legislative Studies Quarterly*, 2009, 34, 5 ss.; L.J. CHEN, *Do Gender Quotas Influence Women's Representation and Policies?*, in *The European Journal of Comparative Economics*, 2010, 7, 1, 13 ss.; M. TADROS, A.A. COSTA (eds), *Politics' in Quotas: Add Women and Stir?*, IDS Bulletin, 2010, 41, 5; D. DAHLERUP, L. FRENDENVALL, *Judging Gender Quotas: Predictions and Results*, in *Policy and Politics*, 2010, 38, 3, 407 ss.; M. DE PAOLA, V. SCOPPA, R. LOMBARDO, *Can Gender Quotas Break Down Negative Stereotypes? Evidence from Changes in Electoral Rules*, in *Journal of Public Economics*, 2010, 94, 344 ss.; M.M. HUGHES, *Intersectionality, Quotas, and Minority Women's Political Representation Worldwide*, in *American Political Science Review*, 2011, 105, 3, 604 ss.; R. PANDE, D. FORD, *Gender Quotas and Female Leadership: A Review*, Background Paper for the World Development Report on Gender, 2011, in <http://www.bks.harvard.edu/fs/rpande/papers/Gender%20Quotas%20-%20April%202011.pdf>; H. HAIDER, *Effects of Political Quotas for Women*, GSDRC Helpdesk Report, Governance and Social Development Resource Centre (GSDRC), Birmingham, 2011.

²⁶ Un profilo interessante evidenziato nella dottrina straniera concerne la possibile esistenza di un legame fra presenza femminile nei luoghi del potere e abbattimento del livello di corruzione e *maladministration*. V. per esempio: V. ALATAS, L. CAMERON, A. CHAUDURI, N. ERKAL, L. GANGADHARAN, *Gender, Culture, and Corruption: Insights from an Experimental Analysis*, in *Southern Economic Journal*, 2009, 75, 3, 663 ss.; N. ALHASSAN-ALOLO, *Gender and Corruption: Testing the New Consensus*, in *Public Administration & Development*, 2007, 27, 3, 227 ss.; L. ECHAZU, *Corruption and the Balance of Gender Power*, in *Review of Law & Economics*, 2010, 6, 1, 59 ss.; J. ESAREY, G. CHIRILLO, "Fairer Sex" or Purity Myth? *Corruption, Gender, and Institutional Context*, in *Politics & Gender*, 2013, 9, 361 ss.; B. FRANK, J. GRAF LAMBSDORFF, F. BOEHM, *Gender and Corruption: Lessons from Laboratory Corruption Experiments*, in *European Journal of Development Research*, 2011, 23, 1, 59 ss.; M.F. RIVAS, *An Experiment on Corruption and Gender*, in *Bulletin of Economic Research*, 2013, 65, 1, 10 ss.; A. SAMIMI, H. HOSSEINMARDI, *Gender and Corruption: Evidence from Selected Developing Countries*, in *Middle-East Journal of Scientific Research*, 2011, 9, 6, 718 ss.; H.-E. SUNG, *Fairer Sex or Fairer System? Gender and Corruption Revisited*, in *Social Forces*, 2003, 82, 2, 703 ss.; A. SWAMY, S. KNACK, L. YOUNG, O. AZFAR, *Gender and Corruption*, in *Journal of Development Economics*, 2001, 64, 25 ss. In alcuni casi, si è proposta addirittura l'individuazione di un nesso eziologico fra l'intensificazione dell'*empowerment* femminile e la riduzione del livello di corruzione: in questo senso v., per esempio, lo studio della Banca Mondiale *Engendering Development through Gender Equality in Rights, Resources, and Voice*, A World Bank Policy Research Report, Oxford University, 2001; in dottrina v. D. DOLLAR, R. FISMAN, R. GATTI, *Are Women Really the "Fairer" Sex? Corruption and Women in Government*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2001, 46, 423 ss., e D. TREISMAN, *What Have We Learned about the Causes of Corruption from Ten Years of Cross-*

Tale molteplice connotazione teleologica emerge in vari settori.

Per esempio, l'esigenza di garantire un più razionale utilizzo delle risorse in vista dell'efficiente realizzazione dell'interesse dell'intera comunità è ben presente – accanto all'intento di migliorare la qualità della vita del genere svantaggiato (che normalmente è quello femminile) – nelle disposizioni sul bilancio di genere²⁷.

La rilevanza sia per l'interesse delle donne a partecipare pienamente alla vita pubblica, sia per l'aspirazione generale alla qualità dell'attività istituzionale è lampante, poi, nella disciplina sulle riserve alle donne di una quota dei seggi disponibili nelle competizioni elettorali²⁸. Si tratta, come è noto, di uno strumento controverso, poiché previsioni eccessivamente rigide potrebbero determinare un'invasione troppo significativa nella libertà della vita politica e nell'autodeterminazione dei partiti e degli stessi elettori. Il sistema delle quote, però, ha superato indenne il vaglio di legittimità della Corte costituzionale²⁹. La normativa nazio-

national Empirical Research?, in *Annual Review of Political Science*, 2007, 10, 211 ss.; A. SUNDRÖM, L. WÄNGNERUD, *Corruption as an Obstacle to Women's Political Representation: Evidence from Local Councils in 18 European Countries*, in *Party Politics*, 2014, 1 ss.

²⁷ Sull'apporto complessivamente deludente della disciplina nazionale del bilancio di genere, contenuta nell'art. 10, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, mi sono espressa in svariate occasioni. Sia consentito richiamare, da ultimo, A. SIMONATI, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 2014, 629 ss., in particolare 631 ss. e, per quanto riguarda la normativa regionale, a nt. 56.

²⁸ La questione delle quote di genere interessa, ovviamente, vari ordinamenti giuridici. Per una disamina di taglio transnazionale, v. nella dottrina recente, per esempio: M. HTUN, *Is Gender Like Ethnicity?* cit., 439 ss.; D. DAHLERUP, L. FREIDENVALI, E. JOHANSSON, E. STOLT, K. BIVALD, L. PERSSON-WEISS, *Electoral Gender Quota Systems and their Implementation in Europe*, Directorate general for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2011, in <http://www.europarl.europa.eu/studies>; J. BALLINGTON (chief author), *Empowering Women for Stronger Political Parties: A Good Practices Guide to Promote Women's Political Participation*, United Nations Development Programme and National Democratic Institute, 2011; M. TADROS, *Women Engaging Politically: Beyond Magic Bullets and Motorways*, Pathways Policy Paper, Pathways of Women's Empowerment RPC, Brighton, 2011; S. FRANCESCHET, M.L. KROOK, J.M. PISCOPO (eds), *The Impact of Gender Quotas*, Oxford University Press, Oxford, 2012; EUROPEAN COMMISSION'S NETWORK TO PROMOTE WOMEN IN DECISION-MAKING IN POLITICS AND THE ECONOMY, *Working Paper. The Quota-instrument: Different Approaches across Europe*, 2011, in http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/quota-working_paper_en.pdf; M.M. HUGHES, *Intersectionality, Quotas, and Minority Women's Political Representation Worldwide* cit., 604 ss.; S. PARK, *Does Gender Matter? The Effect of Gender Representation of Public Bureaucracy on Governmental Performance*, in *American Review of Public Administration*, 2012, 43, 2, 221 ss.; R. RUBIO-MARIN, *A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why It Won't Fly in the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 2012, 60, 1, 99 ss.; S. GAGLIARDUCCI, M.D. PASERMAN, *Gender Interactions within Hierarchies: Evidence from the Political Arena*, in *Review of Economic Studies*, 2012, 79, 3, 1021 ss.; D. DAHLERUP, Z. HILAL, N. KALANDADZE, R. KANDAWASVIKA-NHUNDU, *Atlas of Electoral Gender Quotas*, International IDEA - IPU - Stockholm University, Stockholm, 2013; M.L. CROOK, *Electoral Gender Quotas. A Conceptual Analysis*, in *Comparative Political Studies*, 2014, 47, 9, 1268 ss.; INTER PARLIAMENTARY UNION (IPU), *Equality in Politics: A Survey of Women and Men in Parliaments, Reports and Documents*, n. 24, Geneva, 2008.

²⁹ Dopo C. cost., 12 settembre 1995, n. 422 (in *F. it.*, 1995, 3386), v. C. cost., 13 febbraio

nale³⁰ sul punto è oggi complessivamente soddisfacente soprattutto per quanto riguarda le competizioni elettorali³¹ negli enti locali³². Le disposizioni si pongono

2003, n. 49, in *Riv. giur. lavoro prev. soc.*, 2003, 675 ss., e C. Cost. 14 gennaio 2010, n. 4, su cui v. L. CALIFANO, *L'assenso "coerente" della Consulta alla preferenza di genere*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, 4, L. CARLASSARE, *La legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, M. OLIVETTI, *La c.d. "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, e S. LEONE, *La preferenza di genere come strumento per ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'"azione positiva"*, in *Giur. cost.*, 2010, rispettivamente 81 ss., 84 ss. e 93 ss., C. NOTO, *La rappresentanza di genere supera indenne il vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisd. amm.*, 2010, 1, 83 ss. V. anche, per esempio: G. PASSANITI, *Pari opportunità tra Corte Costituzionale e revisione della Costituzione (a margine della ordinanza n. 39 del 2005 della Corte Costituzionale)*, in http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2200.htm; A. DEL RE, *Le quote necessarie*, in <http://www.ingenero.it/articoli/sesso-e-potere-le-quote-necessarie>; G. CHIOLA, *Pari opportunità e riforme costituzionali: analisi e prospettive*, in *Sociologia dir.*, 2008, 107 ss.; I. SALZA, *Le regole sulla partecipazione delle donne in politica: dalle cosiddette "quote rosa" al rinnovato quadro costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2008, 81 ss.; G. BRUNELLI, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche*, Bologna, 2006; M. MONTALTI, *La rappresentanza dei sessi in politica diviene rappresentanza protetta, tra riforme e interpretazione costituzionale*, in *Le regioni*, 2003, 491 ss.; M.T. SILVESTRINI, C. SIMIAND, S. URSO (a cura di), *Donne e politica: la presenza femminile nei partiti politici dell'Italia repubblicana. Torino, 1945-1990*, Milano, 2005; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino 2003; A. CATALANO WEEKS, L. BALDEZ, *Quotas and Qualifications: the Impact of Gender Quota Laws on the Qualifications of Legislators in the Italian Parliament*, in *European Political Science Review*, 2014, CJO2014 (doi:10.1017/S1755773914000095).

³⁰ Sulle disposizioni di livello regionale, v., per esempio: L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPINETTI (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, 2002, 47 ss.; G. BRUNELLI, *Le "quote" riprendono quota? A proposito di azioni positive in materia elettorale regionale*, in *Le regioni*, 2006, 531 ss.; E. PALICI DI SUNI PRAT, *Le ragioni delle donne e le donne nelle Regioni*, in *Riv. dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, 605 ss.; COMMISSIONE NAZIONALE PER LA PARITÀ E LE PARI OPPORTUNITÀ TRA UOMO E DONNA (a cura di), *Regioni: quali statuti e quali leggi elettorali*, Roma, 2003; M. COSULICH, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008, 64 ss.; G. BONOMI, G. BROSIÒ, M.L. DI TOMMASO, *How Italian Electors React to Gender Quotas? A Random Utility Model of Voting Behaviour*, Department of Economics "S. Cogneetti De Martiis", University of Turin, Working Paper n. 9/2006, in https://myunitoplus.cineca.it/unitoWAR/ShowBinary/FSRepo/D031/Allegati/WP2006Dip/9_WP_BonomiBrosioDiTommaso.pdf. In prospettiva comparata, sul ruolo dei legislatori sub-nazionali nella predisposizione di quote di genere elettorali, v., per esempio, R. VENGROFF, Z. NYIRI, M. FUGIERO, *Electoral System, and Gender Representation in Sub-National Legislatures: Is There a National - Sub-national Gender Gap?*, in *Political Research Quarterly*, 2003, 56, 2, 163 ss., e C.D. ORTBALS, M. RINCKER, C. MONTOYA, *Politics Close to Home: The Impact of Meso-level Institutions on Women in Politics*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 2012, 1, 42, 78 ss.

³¹ Per la disciplina delle elezioni degli europarlamentari, v. art. 56, d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 e v. oggi anche l'art. 1, l. 22 aprile 2014, n. 65.

³² Nell'ambito del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (riformato sensibilmente con la l. 23 novembre 2012, n. 215, su cui v. C. cost., 24-31 ottobre 2012, n. 242, in G.U., 7 novembre 2012, n. 44, I Serie spec.), v. soprattutto il combinato disposto degli artt.: 6, c. 3; 17, c. 5; 46, c. 2, 71, c. 3 *bis* e c. 5; 73, c. 1 e c. 3. Per una ricostruzione più esauriente della disciplina in questione, sia consentito richiamare A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: per l'uguaglianza sostanziale oltre la cittadinanza in senso stretto cit.*, 296 ss.

direttamente a garanzia della presenza femminile nelle istituzioni, pur nel rispetto dell'autonomia normativa degli enti territoriali e dell'interesse pubblico alla loro governabilità; a previsioni di portata generale³³ si affiancano regole più specifiche³⁴. La compresenza di esigenze di tutela individuale e generale emerge anche dalle sentenze dei giudici amministrativi in materia, che riconoscono la legittimazione alla promozione del ricorso per la violazione della normativa sia in capo agli elettori³⁵, sia in capo alle associazioni per la salvaguardia delle "quote di genere"³⁶.

La coesistenza di interessi individuali (delle donne dotate delle necessarie competenze ad accedere al potere) e della collettività (all'innalzamento della qualità dell'attività di interesse comune) è chiara, inoltre, con riferimento all'attuazione della disciplina³⁷ sulle quote di genere nelle società "pubbliche"³⁸. Il Con-

³³ V. artt. 6, c. 3, 17, c. 5, e 46, c. 2, d. lgs. n. 267/2000.

³⁴ V., in particolare, artt. 71 e 73, d. lgs. n. 267/2000. Fino alla recentissima riforma legislativa (entrata in vigore il 3 febbraio 2016), anche l'art. 4, c. 4, lett. *c-bis*, l. 2 luglio 2004, n. 165 conteneva indicazioni di portata generale. Oggi, invece, nel medesimo art. 4, al c. 1, è previsto che, qualora la legge elettorale regionale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati dello stesso sesso non possono eccedere il 60 per cento del totale. Inoltre, deve essere consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso a pena di annullamento della seconda preferenza indicata. Le leggi regionali che non consentono l'espressione di preferenze, devono comunque imporre la predisposizione di liste di candidati con alternanza tra candidati di sesso diverso, e comunque in modo tale da garantire che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale. Infine, ove siano previsti collegi uninominali, i candidati di un sesso non possono superare il 60 per cento del totale di quelli che si presentano con il medesimo simbolo. V. anche le leggi 6 maggio 2015 n. 52 e 7 aprile 2014 n. 56.

³⁵ V. per esempio Tar Lazio, Roma, II, 25 luglio 2011, n. 6673, in http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Roma/Sezione%202/2011/201101590/Provvedimenti/201106673_01.XML.

³⁶ V. Cons. St., V, 21 giugno 2012, n. 3670 (in *F. amm. C.d.S.*, 2012, 1620), che annulla Tar Lombardia, Milano, I, 4 febbraio 2011, n. 354 (in *F. amm. Tar*, 2011, 354). V. anche Tar Lazio, Roma, II, 11 settembre 2013, n. 8206 (in *F. amm. Tar*, 2013, 2757).

³⁷ V. l. 12 luglio 2011, n. 120 e D.P.R. 30 novembre 2012, n. 251. V.: M. BENEDETTI, *Le quote nei consigli di amministrazione delle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 719 ss.; C. SICCARDI, *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle società: problematiche costituzionali*, in www.rivistaaic.it, 2013, n. 3; C. GARILLI, *Le azioni positive nel diritto societario. Le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 885 ss.; A. BUSANI, G.O. MANNELLA, *"Quote rosa" e voto di lista*, in *Società*, 2012, 56 ss. Per un'analisi della presenza femminile negli organi di governo delle società "pubbliche" prima della riforma, v. M. BIANCO, A. CIAVARELLA, R. SIGNORETTI, *Women on boards in Italy*, Quaderni di finanza Consob, n. 70, Ottobre 2011, in http://www.consob.it/main/consob/pubblicazioni/studi_analisi/quaderni_finanza/qdf70.html.

³⁸ In prospettiva sovranazionale e comparata, v., per esempio: UNIFEM (ed.), *Who Answers to Women? Gender and Accountability*, New York, 2008, 64 ss.; C. FAGAN, *Women on Corporate Boards in Europe*, Directorate general for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2013, in <http://www.europarl.europa.eu/studies>; J.C. SUK, *Gender Quotas After the End of Men*, in *Boston University Law Review*, 2013, 93, 1123 ss.; EUROPEAN COMMISSION, *Women in economic decision-making in the EU: Progress Report*, Luxembourg, 2012; M. SZYDŁO, *Constitutional Values Underlying Gender Equality on the Boards of Companies: How Should the EU Put These Values into Practice?*,

siglio di Stato, infatti, esprimendosi in sede consultiva a proposito dell'ampiezza dell'ambito operativo di tali previsioni, ha avuto modo di chiarire che la *ratio* è riposta non solo nell'esigenza etico-politica di garantire la parità di genere nelle sedi decisionali, ma anche nel criterio dell'efficienza, che impone di attingere a tutte le capacità e sensibilità disponibili, per ottimizzare il risultato gestionale complessivo³⁹

La frantumazione dell'elemento teleologico, che resta "sospeso" fra percezione individualistica e collettivistica, a volte dà adito, peraltro, ad applicazioni discutibili e controproducenti. Lo dimostra l'analisi della giurisprudenza amministrativa sull'art. 57, c. 1, lett. a), d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁴⁰, che impone (salvo motivata impossibilità) la partecipazione femminile, nella quota di almeno un terzo dei posti disponibili, nelle commissioni di concorso per le assunzioni nel pubblico impiego. In base a un orientamento abbastanza condiviso, la violazione della norma non sarebbe di per sé sufficiente a determinare l'annullamento dell'esito della procedura impugnata da una candidata non vincitrice, poiché l'interesse a tutela del quale la disciplina è stata posta sarebbe radicato in capo alla commissione⁴¹. È quasi paradossale, poi, il "filone" giurisprudenziale che neutralizza l'efficacia della disposizione configurandola come espressione di un principio generale posto a tutela di interessi sovraindividuali, inidonei a legittimare i singoli all'esperimento del ricorso⁴². Solo sporadicamente – a seguito della pronuncia della Consulta⁴³ che ha ritenuto la previsione pienamente compatibile con il testo attualmente vigente dell'art. 51 Cost. – la giurisprudenza amministrativa oppor-

in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 63, 167 ss.; R.B. ADAMS, D. FERREIRA, *Women in the Boardroom and Their Impact on Governance and Performance*, in *Journal of Financial Economics*, 2009, 94, 292 ss.; R. HAUSMANN, L.D. TYSON, S. ZAHIDI, *The Global Gender Gap Report 2012*, in [werorum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2012.pdf](http://www.werorum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2012.pdf), 19.

³⁹ V. Cons. St., I, parere 4 giugno 2014, n. 1801, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsavvocati/ucmProxy>.

⁴⁰ La norma (che poco opportunamente riserva una quota dei seggi disponibili direttamente alle donne e non al genere sottorappresentato nel settore di riferimento) corrisponde a quella originariamente contenuta nell'art. 61, c. 1, lett. a), d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (dapprima sostituita dall'art. 29, d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546, e successivamente modificata prima dall'art. 43, c. 8, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e poi dall'art. 17, d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387).

⁴¹ V. Tar Sicilia, Catania, II, 19 ottobre 1999, n. 2092, in *Ragiusan*, 2000, nn. 204-205, 251, e Cons. St., V, 6 giugno 2002, n. 3184, in *F. amm. C.d.S.*, 2002, 1447. In altra sede ho avuto modo di esprimere forti perplessità sulla correttezza di questo orientamento; sia consentito richiamare, dunque, A. SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso delle donne al potere e i giudici amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 997 ss.

⁴² V.: Cons. St., V, 6 giugno 2002, n. 3184 cit.; Tar Lazio, Roma, III, 28 maggio 2003, n. 4779, in *F. amm. Tar*, 2003, 1680; Cons. St., V, 23 ottobre 2007, n. 5572, in *F. amm. C.d.S.*, 2007, 2818; Tar Campania, Napoli, III, 3 febbraio 2010, n. 558, in *Red. amm. Tar*, 2010 n. 2; Tar Sicilia, Catania, II, 19 ottobre 1999, n. 2092, in *Ragiusan*, 2000, 251; TAR Lazio, Roma, III, 12 gennaio 2007, n. 149, in *F. amm. Tar*, 2007, 181; Cons. St., VI, 18 dicembre 2001, n. 6280, in *F. amm.*, 2001, 3207.

⁴³ V. C. cost., 27 gennaio 2005, n. 39, in *Giur. cost.*, 2005, 310.

tunamente ha iniziato a configurare la normativa sulla presenza femminile nelle commissioni di pubblico concorso come azione positiva⁴⁴. Questo risultato, tuttavia, non si è sedimentato e in epoca successiva il Consiglio di Stato ha asserito che la violazione della disposizione non produce di per sé alcun effetto invalidante sull'esito della procedura concorsuale, dovendo all'uopo essere fornita l'ulteriore dimostrazione dell'assunzione da parte della commissione (di soli uomini) di condotte discriminatorie nei confronti delle candidate⁴⁵.

4. Le "componenti" della giuridificazione

Nell'ordinamento italiano, l'intervento legislativo non è l'unico meccanismo utilizzato per la realizzazione della parità di genere.

Notevole rilievo assume, infatti, la prassi degli enti pubblici (in particolare, degli enti locali, primariamente coinvolti nel settore del *mainstreaming*). Si pensi, per esempio, alla ricca sperimentazione (benché con una distribuzione "a macchia di leopardo", a fronte di una disciplina assai frammentaria) dell'istituto del bilancio di genere⁴⁶. Si pensi, inoltre, alla stipulazione di accordi con altri soggetti, pubblici o privati, per l'attivazione di progetti e azioni integrate, finalizzati alla

⁴⁴ V. Cons. St., V, 11 ottobre 2005, n. 5487, in *F. amm. C.d.S.*, 2005, 2950, nonché Tar Liguria, II, 10 dicembre 2005, n. 1648, in *F. amm. Tar*, 2005, 3869.

⁴⁵ V. Cons. St., VI, 27 dicembre 2006, n. 7962, in *F. amm. C.d.S.*, 2006, 3322, e Cons. St., V, 6 giugno 2002, n. 3184 cit.

⁴⁶ Sull'attuazione dei bilanci di genere nei vari ordinamenti giuridici, v., per esempio: D. BUDLENDER, R. SHARP, *How Do a Gender-sensitive Budget Analysis. Contemporary Research and Practice*, Commonwealth Secretariat, London, 1998; K. JUDD (ed.), *Gender Budgeting Initiatives. Strategies, Concepts and Experiences. Papers from a High-level International Conference, "Strengthening Economic and Financial Governance through Gender Responsive Budgeting"*, 16-18 October 2001, Brussels, The United Nations Development Fund for Women, New York, 2002; S. QUINN, *Gender Budgeting: Practical Implementation*, Handbook, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe, Strasbourg, 2009; H. HOFBAUER BALMORL, *Gender and Budgets: Overview Report*, BRIDGE, Development-Gender, Institute of Development Studies, Brighton, 2003; D. BUDLENDER, *Expectations versus Realities in Gender-Responsive Budget Initiatives*, United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD), Geneva, 2005; M. MARKS RUBIN, J.R. BARTLE, *Integrating Gender into Government Budgets: a New Perspective*, in *Public Administration Review*, 2005, 65, 3, 259 ss.; D. ELSON, *Budgeting for Women's Rights: Monitoring Government Budgets for Compliance with CEDAW*, United Nations Development Fund for Women (UNIFEM), New York, 2006; N. HOLVOET, *Gender Budgeting: Its Usefulness in Programme-based Approaches to Aid*, EC Gender Help Desk, European Commission, Brussels, 2006; UNIFEM (ed.), *Who Answers to Women? Gender and Accountability cit.*, 44 ss.; C. RANDZIO-PLATH, M. BOKER, P. MUNABI BABIHA, P. NYMAN, E. FRITZ, M. BILINSKI, *Gender Budgeting and Democratic Governance: Experience from Africa and Europe*, Association of German Development NGOs (VENRO), Bonn, 2010.

promozione della cittadinanza di genere⁴⁷. Nonostante questi strumenti normalmente presentino numerosi profili di incertezza applicativa, soprattutto sul piano delle conseguenze dell'eventuale inadempimento degli impegni assunti dalle parti, essi dimostrano un fermento ormai pressoché inarrestabile, che compensa, almeno in parte, la scarsa presenza di norme strettamente vincolanti nel campo delle politiche pubbliche di genere⁴⁸.

Per quanto riguarda il ruolo dei giudici, si riscontra una certa discontinuità negli orientamenti seguiti. Talora – soprattutto in materia di lavoro e di parità delle responsabilità genitoriali, ove le pronunce della Corte di cassazione hanno assunto posizioni piuttosto avanzate⁴⁹ – si sono posti come veri e propri baluardi a difesa dell'uguaglianza sostanziale fra donne e uomini.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha dimostrato notevole sensibilità. Ciò è spesso avvenuto nella valutazione della legittimità della formulazione dei bandi di concorso per le assunzioni nel pubblico impiego⁵⁰. Il *favor* per la piena effettività della parità di genere è costante, poi, nel campo delle quote nella rappresentanza politica. Infatti, i ricorsi contro gli atti di nomina delle giunte degli enti locali in cui è palese la sproporzione fra componenti dei due sessi⁵¹ sono

⁴⁷ V., per esempio, art. 22, l.r. Toscana n. 16/2009, nonché art. 15, l.r. Puglia, 21 marzo 2007, n. 7, e art. 22, l.r. Liguria, 1° agosto 2008, n. 26.

⁴⁸ A proposito della questione di genere nell'ambito delle politiche pubbliche v., per esempio, A. DONÀ, *Genere e politiche pubbliche. Introduzione alle pari opportunità*, Milano 2007, S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del maschile e del femminile*, Bologna, 1996, e M.G. ROSSILLI, *I diritti delle donne nell'Unione Europea. Cittadine Migranti Schiave*, Roma, 2009.

⁴⁹ L'esame accurato della giurisprudenza civile esula dall'oggetto di questo contributo. V., però, in materia di tutela della madre lavoratrice, C. Cass. civ., ss.uu., 11 settembre 2013, n. 20815, in *DeG*, 12 settembre 2013. Per la possibile illegittimità costituzionale delle disposizioni che non prevedono la possibilità che la cittadinanza italiana sia trasmessa ai discendenti, in base al criterio dello *jus sanguinis*, anche per linea femminile: v., per esempio: C. cass. civ., I, 13 ottobre 2011, n. 21154, in *CED Cass.*, 2011; C. cass. civ., ss.uu., 25 febbraio 2009, n. 4466, in *Giust. civ.*, 2009, pt. I, n. 7-8, 1545; C. cass. civ., I, 10 luglio 1996 n. 6297, in *Giust. civ.*, 1997, pt. I, n. 10, 748; C. cass. civ., lav., 18 novembre 1996 n. 10086, in *Giust. civ.*, 1997, pt. I, 1874; C. cass. civ., I, 22 novembre 2000 n. 15062, in *F. it.*, 2001, pt. I, 2299. Per quanto riguarda la possibile assegnazione del cognome di entrambi i genitori ai figli (riesaminata in parte dal legislatore con il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, artt. 27 e 103, in vigore dal 7 febbraio 2014), v. già, per esempio, Trib. min. Milano, 10 gennaio 2011, in *Giur. mer.*, 2011, n. 10, 2388.

⁵⁰ V., per esempio: Tar Sardegna, Cagliari, II, 25 novembre 2008, n. 2025, in *F. amm. Tar.*, 2008, n. 11, 3190, ma cfr. Cons. St., V, 10 maggio 2010, n. 2754, in *Lavoro nella giur.*, 2010, n. 9, 931 ss.; Cons. St., III, 3 dicembre 2013, n. 5739, in http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20d%20Stato/Sezione%203/2012/201205822/Provvedimenti/201305739_11.XML; Tar Lazio, Roma, I, 5 maggio 2009, n. 4628, in *F. amm. Tar.*, 2009, 1430

⁵¹ V., per esempio: Tar Campania, Napoli, I, 7 giugno 2010, n. 12668, in http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Napoli/Sezione%201/2009/200903553/Provvedimenti/201012668_01.XML; Idem, 10 marzo 2011, n. 1427, in *Giur. mer.*, 2011, 1415; Idem, 7 aprile 2011, n. 1985, in *F. amm. Tar.*, 2011, 1318; Idem, 3 giugno 2013, n. 2869, in *F. amm. Tar.*, 2013, 2017; Tar Sardegna, Cagliari, II, 4 febbraio 2013, n. 84, in *Giur. mer.*, 2013, 1154; Tar

normalmente accolti, tranne laddove l'atto sia adeguatamente motivato con riferimento ad esigenze di rispetto delle coalizioni di partito⁵² ed evidenzi lo svolgimento, nella fase istruttoria del procedimento, degli sforzi necessari all'auspicata acquisizione della disponibilità di persone di sesso femminile all'assunzione delle cariche⁵³.

Altre volte, invece, i giudici amministrativi si sono arroccati su posizioni deludenti, come è stato evidenziato⁵⁴ con riferimento all'applicazione della disciplina delle quote di genere nella composizione delle commissioni concorsuali pubbliche. In questi casi, spetta in primo luogo alla dottrina, con analisi accurate e non ideologiche, contribuire al superamento delle opinioni più antiquate (e, sul piano strettamente giuridico, meno compatibili con i parametri costituzionali).

5. *Il possibile impatto dell'indagine scientifica non giuridica (cenni)*

Un aspetto interessante, che solo apparentemente è estraneo alla materia della parità di genere ma in realtà la lambisce (per quanto in modo forse un po' atipico) concerne il complesso rapporto fra scienza e diritto⁵⁵.

La questione emerge con riferimento al problema della "misurazione" dei

Sardegna, Cagliari, II 2 agosto 2011, n. 864, in *F. amm. Tar*, 2011, 2617; Cons. St., V, 21 giugno 2012, n. 3670 cit.; Cons. St., V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *Giur. it.*, 2012, 940 ss.; Cons. St., V, 5 dicembre 2012, n. 6228, in *F. amm. C.d.S.*, 2012, 3242; Tar Puglia, Bari, III, 18 dicembre 2008, n. 2913, in http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Bari/Sezione%203/2008/200801192/Provvedimenti/200802913_01.XML; Idem, Lecce, I, 23 settembre 2009, n. 740, in *Guida dir.*, 2009, n. 40, 100; Tar Campania, Napoli, I, 10 marzo 2011, n. 1427, in *Giur. mer.*, 2011, 1415; Tar Campania, Napoli, I, 7 aprile 2011, n. 1985, in *F. amm. Tar*, 2011, 1318; Tar Lazio, Roma, II, 26 luglio 2011, n. 6673 cit.; Tar Calabria, Reggio Calabria, I, 26 ottobre 2011, n. 750, in *Red. amm. Tar*, 2011 n. 10.

⁵² V., però, Tar Umbria, Perugia, I, 20 giugno 2013, n. 338, in *F. amm. Tar*, 2013, 6, 1897, ove in capo all'ente si riconosce un'ampia «discrezionalità politica». Comunque, la ricostruzione della nomina degli assessori da parte del sindaco (o del presidente della provincia) come atto politico, in quanto tale insindacabile in sede processuale, è rigettata da Tar Campania, Salerno, II, 5 dicembre 2012, n. 2251, in *F. amm. Tar*, 2012, 3987.

⁵³ V. Tar Puglia, Lecce, I, 7 febbraio 2013, n. 289, in http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Lecce/Sezione%201/2012/201201224/Provvedimenti/201300289_01.XML e Idem, 14 dicembre 2012, n. 2025, in http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Lecce/Sezione%201/2012/201201196/Provvedimenti/201202125_01.XML, nonché Tar Umbria, Perugia, I, 20 giugno 2012, n. 242, in *F. amm. Tar*, 2012, 1915, e Tar Sardegna, Cagliari, II, 4 febbraio 2013, n. 84 cit. V. anche Cons. St., V, 3 febbraio 2016, n. 406, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ V. *supra*, 3.

⁵⁵ Benché in prospettiva in parte diversa, sul possibile rapporto fra ricerca scientifica e diritto pubblico in Italia v. quanto meno G. ENDRICI, *Poteri pubblici e ricerca scientifica. L'azione di governo*, Bologna 1991, F. MERLONI, (voce) *Ricerca scientifica*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, e IDEM, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano 1990. Recentemente, v. A. SANTOSUSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova 2011.

risultati raggiunti, che rileva in primo luogo in relazione all'intrinseca transitorietà delle azioni positive e alla conseguente cessazione della loro legittimazione giuridica allorché gli obiettivi a cui erano preordinate siano stati ottenuti.

Pertanto, è necessario individuare degli indicatori che siano in grado di convertire, almeno in via tendenziale, fattori di natura prevalentemente qualitativa in coefficienti quantitativi⁵⁶. La sedimentazione di esiti condivisi sul punto consentirebbe, tra l'altro, di affrontare la tematica dell'uguaglianza fra uomini e donne in una prospettiva potenzialmente globale, mediante l'acquisizione di dati omogenei a livello transnazionale.

Tuttavia, manca ad oggi piena condivisione nel mondo scientifico circa l'indicazione di criteri oggettivi. Di conseguenza, c'è il rischio che qualsiasi tentativo di analisi sfoci – se non nell'arbitrio – nell'autoreferenzialità. Ovviamente, il pericolo è meno evidente nei settori in cui una valutazione meramente quantitativa può risultare di per sé soddisfacente⁵⁷. In altri campi, invece, la discussione è ancora apertissima⁵⁸.

Pertanto, nel processo di maturazione complessiva – in cui il diritto gioca un ruolo certamente fondamentale, ma non autosufficiente – proprio le scienze politiche e sociali hanno un compito di primario rilievo.

6. *Il metodo e l'esito della giuridificazione, fra corsi e ricorsi storici: un work in progress ancora incompiuto*

La giuridificazione della parità di genere in Italia si contraddistingue per la pluralità delle strade percorse. La multiformità degli strumenti giuridici schierati rappresenta, a mio giudizio, una ricchezza dell'ordinamento ed è forse la via più efficace per raggiungere risultati operativi significativi sul fronte dell'uguaglianza sostanziale di tutte e di tutti. Proprio l'abbinamento fra soluzioni di diversa natura, infatti, può far fronte all'esigenza di flessibilità insita nel sistema delle azioni positive.

⁵⁶ In proposito, con riferimento all'ambito continentale, v., per esempio: J. PLANTENGA, C. REMERY, H. FIGUEIREDO, C. FAGAN, M. SMITH, *Towards a European Union Gender Equality Index*, in *Journ. Eur. Social Policy*, 2009, 19, 19 ss., nonché S. KLASSEN, D. SCHÜLER, *Reforming the Gender-Related Development Index and the Gender Empowerment Measure: Implementing Some Specific Proposals*, in *Feminist Economics*, 2011, 17, 1, 2011, 1 ss.; E. BERICAT, *The European Gender Equality Index: Conceptual and Analytical Issues*, in *Social Indicators Research*, 2012, 108, 1, 1 ss.; J. PLANTENGA, C. REMERY, *Measuring Gender Equality within the European Union*, in F. BETTIO, J. PLANTENGA, M. SMITH (eds), *Gender and the European Labour Market*, Routledge, New York, 2013, 36 ss. Per quanto riguarda l'esperienza delle regioni italiane, è interessante, per esempio, M. AMICI, M.L. STEFANI, *A Gender Equality Index for the Italian Regions*, Bank of Italy Occasional Paper, 2013, n. 190.

⁵⁷ Si pensi, per esempio, alla normativa sull'*empowerment* femminile in generale e sulle quote di genere in particolare.

⁵⁸ Si pensi, per esempio, alle modalità di calcolo delle ricadute in termini di genere delle politiche pubbliche, ai fini della corretta redazione dei bilanci di genere.

In questo panorama variegato, è a stretto rigore assente il meccanismo della cosiddetta “entificazione” degli interessi⁵⁹. Ciò non significa, però, che la progressiva espansione dell’attenzione per la parità di genere non abbia sortito effetti significativi sul piano dell’organizzazione amministrativa latamente intesa. Infatti, se pur in modo discontinuo, nei Governi della Repubblica che si sono succeduti in epoca recente è stata prevista la presenza di un apposito Dicastero⁶⁰ oppure, in alternativa, di un Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Al di là delle critiche frequentemente mosse a proposito della scarsa incisività dell’operato di tali soggetti (anche a causa dell’esiguità delle risorse finanziarie disponibili), emerge dunque un segnale di attenzione per la questione, che si riverbera a livello istituzionale.

Del resto, da tempo il legislatore ha attivato organismi specificamente deputati allo svolgimento di compiti di vigilanza sul rispetto delle regole vigenti e di promozione di buone prassi in materia di parità di genere: si pensi, per esempio, alla costituzione dei Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni⁶¹, dei/le Consiglieri/e di parità⁶² (con competenze specifiche in materia di discriminazioni sul posto di lavoro) e delle Commissioni per le pari opportunità fra uomo o donna costituite presso gli enti territoriali⁶³.

⁵⁹ In prospettiva comparatistica, v. sul punto sinteticamente M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L’evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa cit.*, 15 s.

⁶⁰ Presso il Ministero per le Pari opportunità tra uomo e donna spesso si è insediata la competente Commissione, frutto della trasformazione (operata con d.lgs. 31 luglio 2003, n. 226) della Commissione nazionale permanente per le pari opportunità, originariamente istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. L’introduzione di questi organismi è stata effettuata per adempiere alle raccomandazioni formulate a conclusione della II Conferenza mondiale sulle donne delle Nazioni unite (svoltasi a Copenaghen nel 1980, nel corso della quale fu approvata anche la CEDAW). V. sinteticamente M. MARCUCCI, M.I. VANGELISTI, *L’evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa cit.*, 10 ss.

⁶¹ V. in proposito, per esempio, S. PETRILLI, *I Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni - Linee guida*, in *Azienditalia - Il personale*, 2011, 5, 238 ss., e IDEM, *Parità e pari opportunità di genere: il ruolo dei Comitati unici di garanzia*, *ivi*, 2012, 5, 233 ss.

⁶² Sul ruolo istituzionale del/la Consigliere/a di parità, v. Cons. St., VI, 29 luglio 2010, n. 5031, in *F. amm. C.d.S.*, 2010, 1637, e Tar Lazio, Roma, III bis, 18 giugno 2009, n. 5780, in *F. amm. Tar*, 2009, 2507. In dottrina, v. L. IERO, *Discriminazione di genere nel rapporto di lavoro pubblico e ruolo del Consigliere di parità*, nota a Trib. Firenze, lav., 15 febbraio 2011, in *Lavoro nella giur.*, 2011, n. 10, 1047 ss., A. TRIMBOLI, *I consiglieri di parità e il giudizio antidiscriminatorio*, nota a Trib. Roma, 25 gennaio 2001, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 662 ss., L. BASSO, *Consigliere/a di Parità: ruolo pubblico contro le discriminazioni e per le pari opportunità nel lavoro e funzioni di pubblico ufficiale nelle materie di competenza*, in *Il Diritto della Regione*, 2009, 2, 9 ss., e R. DONZELLI, *Considerazioni sulla natura dell’azione esercitata dal consigliere di parità in materia di discriminazioni uomo-donna*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, 611 ss., nonché A. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario sistematico al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 757 ss.

⁶³ V.: M.L. DE CRISTOFARO, *Le commissioni per le pari opportunità in Italia ed in alcune esperienze*

Un'altra questione ha a che fare con la possibile espansione della giuridificazione a settori al momento non ancora "coperti" dalla normativa.

Poiché la parità di *chances* fra uomini e donne rappresenta ad oggi un traguardo ancora remoto, la sua piena realizzazione richiede a mio parere un'intensificazione ulteriore della giuridificazione nel prossimo futuro, quanto meno nella forma transitoria delle azioni positive. Va in questa direzione anche la consapevolezza circa la portata teleologica della disciplina, che (come si è segnalato) è rivolta non solo a garantire la tutela dei diritti inviolabili delle donne, ma anche ad assicurare, nell'interesse generale, l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale e il pluralismo dei punti di vista e delle competenze, in particolare nell'attività pubblica.

Anzi, l'approfondimento degli sforzi per la piena realizzazione delle pari opportunità potrebbe determinare l'estensione virtuosa delle potenzialità inclusive di normativa e buone prassi, che, se si sono fino ad ora rivolte quasi esclusivamente a tutela delle donne in quanto genere sottorappresentato nella vita pubblica, d'ora in poi ben potrebbero essere utilizzate anche per promuovere il coinvolgimento della componente maschile della società nei campi in cui la presenza degli uomini è ancora infrequente⁶⁴.

Inoltre, ci si può chiedere se una giuridificazione ulteriore della tematica possa essere opportuna in alcuni campi toccati dal fenomeno delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni, che negli ultimi decenni hanno determinato lo spostamento in campo civilistico del baricentro organizzativo e operativo di numerose attività, precedentemente di competenza dell'amministrazione. In particolare laddove i soggetti privati subentrati alle autorità si siano assunti oneri corrispondenti al soddisfacimento di interessi della collettività, a mio avviso non è ingiustificato ritenere che i parametri della parità di genere, in quanto baluardo di civiltà, possano – o addirittura debbano – essere tenuti presenti nello svolgimento della loro attività, in tal modo parzialmente "migrando" dal settore pubblicistico a quello (formalmente) civilistico. Nel solco appena indicato si pongono, per esempio, gli sforzi compiuti per incentivare l'adozione di bilanci di genere anche da parte degli imprenditori privati, il cui operato sia suscettibile di produrre importanti ricadute di carattere socio-economico sull'intera comunità⁶⁵.

Pare di poter dire, dunque, che i tempi non sono maturi per un fenomeno

straniere, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1989, 2-3, 191 ss.; A. NINCI, *Organismi di parità e di tutela della dignità delle persone nella pubblica amministrazione: verso un sistema integrato*, in *Riv. infortuni mal. prof.*, 2009, 1, 245 ss.; M.E. BUCALO, *La garanzia delle pari opportunità nelle Regioni*, in *Amministrare*, 2014, 2, 207 ss.;

⁶⁴ V. per esempio M. RAINBOW, *Quotas for Men: Reframing Gender Quotas as a Means of Improving Representation for All*, in *American Political Science Review*, 2014, 108, 3, 520 ss.

⁶⁵ In questi termini, con specifico riferimento all'auspicabile adozione di bilanci di genere da parte di banche e assicurazioni, sia consentito richiamare A. SIMONATI, *L'adozione del bilancio di genere: una sfida reale (e realistica) per banche e assicurazioni? Riflessioni sparse di una giurista*, in *Ist. Fed.*, 2012, 461 ss.; v. anche i riferimenti ivi indicati.

di “de-giuridificazione”. Non è escluso – ed è anzi auspicabile – però che ciò si verifichi in un futuro non lontano. A ben vedere, anzi, proprio la natura transitoria delle azioni positive, che rappresenta il cuore pulsante della disciplina sulla parità fra uomini e donne, intrinsecamente richiede aggiustamenti progressivi e, in prospettiva, l’eliminazione dei correttivi a suo tempo introdotti a fronte del raggiungimento dell’equilibrio di genere perseguito.

D’altra parte, ponendosi in un’ottica di stampo diacronico un po’ diversa, non sfugge come (non la de-giuridificazione in senso tecnico, ma certamente) l’eliminazione di alcune previsioni legislative segregative abbia rappresentato in realtà una tappa importante del progressivo accoglimento in Italia di parametri egualitari in prospettiva di genere. Infatti, l’eliminazione di una serie di disposizioni settoriali (da quelle che ponevano divieti per l’accesso delle donne a determinate professioni⁶⁶ a quelle che differenziavano la loro posizione nell’ambito della famiglia⁶⁷) ha costituito l’altro versante dell’espansione del principio di uguaglianza formale e sostanziale in prospettiva di genere.

Infine, è possibile cogliere, a mio avviso, un fenomeno (ancora una volta, non di de-giuridificazione in senso stretto, ma piuttosto) di graduale “riposizionamento” di alcuni istituti, che potrebbero utilmente migrare, almeno in parte, dalla collocazione originaria in via esclusiva nel campo del diritto amministrativo generale al settore più specifico del diritto delle pari opportunità fra uomo e donna. L’esempio su questo fronte maggiormente significativo ha a che fare con uno strumento tradizionale del diritto pubblico, del quale – grazie all’attenzione della dottrina e della giurisprudenza – è oggi possibile cogliere implicazioni del tutto inedite. Si tratta delle ordinanze emesse, con particolare frequenza negli ultimi tempi, dai sindaci, per vietare l’uso entro il territorio comunale di *burqa* e *niquab* (che, in quanto atti a occultare il volto di chi li indossa, sono ritenuti in contrasto con il diritto alla sicurezza delle popolazioni locali) e di *burqini* (il cui utilizzo è censurato prevalentemente per ragioni di igiene e salubrità pubblica). Benché originariamente poco considerato⁶⁸, il profilo delle possibili implicazioni

⁶⁶ Si pensi, per esempio, alla l. 9 febbraio 1963, n. 66, che ha reso disponibili alle donne una serie di sbocchi professionali (per esempio, la magistratura, la carriera in polizia, gli incarichi dirigenziali nella pubblica amministrazione), che precedentemente erano loro preclusi.

⁶⁷ Si pensi, per esempio, all’art. 560 c.p. (Concubinato), dichiarato illegittimo da C. Cost. 27 novembre-3 dicembre 1969, n. 147 (in G.U. 10 dicembre 1969, n. 311); si pensi anche all’abolizione del cosiddetto “delitto d’onore”, su cui v., per esempio, U. GOLDONI, *L’abolizione del “delitto d’onore”: un fatto di civiltà giuridica e di senso morale*, in *Parlamento*, 1980, 8-10, 23 ss.

⁶⁸ V.: A. LORENZETTI, *Il divieto di indossare “burqa” e “burqini”. Che “genere” di ordinanze?; in Le regioni*, 2010, 349 ss.; C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.; V. GRECO, *Il divieto di indossare il velo islamico: tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri*, nota a Tar Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2426 ss.; M. MINNITI, F. MINNITI, *Tra libertà religiosa e ordine pubblico sindaco ko alla guerra del velo islamico*, nota a Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, 2006, n. 44, 108 ss.

discriminatorie correlate all'appartenenza di genere di tali atti è in realtà assai rilevante. Non a caso, alcuni giudici amministrativi⁶⁹ evidenziano la necessità che l'assunzione delle misure indicate sia pienamente compatibile con i principi generali dell'attività amministrativa. Si richiede dunque, fra l'altro, l'attenta valutazione del parametro della ragionevolezza con riferimento all'indispensabilità dell'apposizione di divieti assoluti, che potrebbe determinare odiosi effetti di segregazione e autosegregazione, soprattutto fra le immigrate di religione islamica che spesso, fatalmente, sono esposte a una concatenazione di discriminazioni⁷⁰.

GENDER EQUALITY IN ITALY: THE JURIDIFICATION OF SUBSTANTIAL EQUALITY, BETWEEN PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS AND PUBLIC INTEREST

By Anna Simonati

Abstract

The progressive attention by the Italian legislators (both at the central and at the regional level) for gender equality is still a work in progress. The starting point of the evolution is in some fields of private law (such as family law and labour law, where discriminations against women were particularly evident); later on, the same sensitivity grew up in other subjects and especially in constitutional and administrative law. The evolution of a gender-sensitive legal landscape was not totally spontaneous, as it was also a consequence of the inter-action with supra-national inputs. During the 20th century and in the beginning years of the 21st, many important results have been reached in the perspective of women's empowerment and involvement in social, political and economic life. The most relevant goal seems to be the acceptance of the idea according to which gender equality reflects an interest not only of women, but also of the whole society, because it grants real pluralism; moreover, it may also help men to reach equal rights in the fields where they are under-represented in light of surviving gender stereotypes. In recent years, further complications may be noticed in this subject; the role of public law is basic to introduce, thanks to a double approach, efficient hard law and soft law mechanisms.

⁶⁹ V., per esempio: Cons. St., VI, 19 giugno 2008, n. 3076, in *Comuni Italia*, 2008, n. 10-11, I, 4; Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *DeG*, 2006, n. 44, 108; Tar Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2423.

⁷⁰ Sul cosiddetto rischio di "triple jeopardy" connesso alle discriminazioni multiple, v. per esempio nella dottrina recente D.A. BEARFIELD, *Equity at the Intersection: Public Administration and the Study of Gender*, in *Public Administration Review*, 2009, 383 ss. e M.E. GUY, S.A. McCANDLESS, *Social Equity: Its Legacy, Its Promise*, in *Public Administration Review - Special Issue*, 2012, 55 ss.; v. anche gli ampi riferimenti bibliografici ivi indicati.

L'acquisizione gratuita degli abusi edilizi al patrimonio comunale: evoluzione normativa ed approdi giurisprudenziali

di Antonio Senatore

SOMMARIO: 1. Premessa e fattispecie di illecito di riferimento. - 2. L'acquisizione gratuita: evoluzione normativa. - 3. La natura giuridica e la *ratio* dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale. - 4. L'oggetto dell'acquisizione gratuita e gli oneri motivazionali gravanti sulla p.a. - 5. I presupposti dell'acquisizione gratuita ed i relativi limiti (oggettivi e soggettivi). - 6. L'effetto traslativo della proprietà ed il procedimento amministrativo di trasferimento.

1. *Premessa e fattispecie di illecito di riferimento*

Il presente contributo si propone di realizzare una trattazione, il più possibile approfondita e sistematica, di uno degli istituti maggiormente rilevanti, specie quanto ad applicazione in via di prassi, nella disciplina sulla vigilanza delle attività urbanistiche ed edilizie. Ci si riferisce all'istituto dell'acquisizioni gratuita al patrimonio comunale delle opere abusivamente eseguite dai privati.

La premessa indispensabile è che l'istituto trova applicazione per le ipotesi più importanti di illecito conosciute dall'ordinamento urbanistico ed edilizio. Tali ipotesi sono quelle previste e sanzionate dall'art. 31, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (c.d. testo unico sull'edilizia), consistenti nelle edificazioni eseguite senza permesso di costruire, in variazione essenziale o in difformità totale da un permesso rilasciato. Il presupposto fondante è costituito dall'inottemperanza, da parte del privato responsabile delle opere abusive, rispetto all'ingiunzione a demolire le stesse opere adottata dalla p.a. comunale. Nessuna applicazione dell'istituto, al contrario, è ammissibile per tutte le altre fattispecie di illecito urbanistico ed edilizio contemplate dal d.P.R. n. 380/2001, per le quali l'unica misura prevista, a seconda dei casi, è la demolizione o la sanzione pecuniaria¹.

Attualmente l'acquisizione gratuita trova la propria disciplina di riferimento nell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, il quale è stato interessato da alcune modifiche negli anni. La prima modifica è quella che ha ricompreso nell'ambito di operatività dell'istituto gli illeciti derivanti da dichiarazione di indizio attività (d.i.a.) c.d. sostitutiva del permesso a costruire, mediante l'inserimento del comma 9 - *bis* da parte dell'art. 1 del d.lgs. 27 dicembre 2002, n. 301. La seconda modifica, piuttosto recente e rilevante, è da ricondurre all'entrata in vigore dell'art. 17, comma 1, lett. q-*bis*), della legge 11 novembre 2014, n. 164, di conversione del d.l. 11 settembre 2014, n. 133. Tale ultima modifica (come meglio si dirà *infra*) inserendo

¹ *Ex multis* T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, sent. 3 ottobre 2014, n. 2442.

i commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater*, ha introdotto una sanzione pecuniaria accessoria e conseguente all'acquisizione gratuita dell'immobile.

Il beneficiario del trasferimento immobiliare è il comune, come stabilito dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001, a meno che a rilevare siano illeciti commessi su aree sottoposte, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità assoluta. In tal caso l'acquisizione gratuita si verifica di diritto a favore delle amministrazioni preposte alla tutela dello stesso vincolo, come stabilisce il comma 6, del citato art. 31. In modo sicuramente apprezzabile, elidendo e prevedendo ogni possibile problematica applicativa dell'istituto, il predetto comma 6 considera espressamente l'ipotesi (tutt'altro che infrequente nella prassi) del concorso di più vincoli posti a tutela della medesima area (ad es. paesaggistici, idrogeologici, ecc.), riconducibili a diverse amministrazioni, tra le quali quella comunale, individuando quest'ultima come beneficiaria dell'acquisizione.

2. *L'acquisizione gratuita: evoluzione normativa*

L'ingresso dell'istituto dell'acquisizione gratuita nell'ordinamento urbanistico ed edilizio è da attribuire all'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi), di modifica dell'art. 32 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica), nell'ambito delle significative riforme che la stessa legge apportava agli elementi caratterizzanti il potere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia². Infatti, a seguito della riforma introdotta con la l. n. 10/1977, la vigilanza sull'attività urbanistica ed edilizia e la repressione degli illeciti, da attività rimessa alla mera facoltà della p.a. comunale, diveniva obbligatoria e vincolante³. La p.a. comunale, accertata l'esistenza di opere eseguite senza concessione edilizia o in difformità dalla concessione rilasciata, con l'entrata in vigore del citato art. 15, diventava obbligata a disporre la demolizione⁴. Dunque, la nascita dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale avviene in un rinnovato contesto normativo, ove la tutela del territorio e del patrimonio edilizio assume un'importanza superiore rispetto al passato, tanto da giustificare, proprio con l'istituto dell'acquisizione a titolo gratuito, la limitazione di un valore costituzionalmente tutelato come la proprietà privata (art. 32 della cost).

In tale ottica, in difetto di spontanea demolizione dell'abuso, da parte del

² Per una disamina della normativa introdotta con la c.d. legge Bucalossi si rinvia, tra molti, a N. ASSINI, *Abusi edilizi e sanzioni amministrative*, Milano, 1979 e M.A. TUCCI, *Concessione edilizia e sanzioni amministrative*, Padova, 1984.

³ *Ex multis* Cons. St., Sez. V, sent. 30 settembre 1980, n. 785 e Cons. St., Sez. V, sent. 19 ottobre 1979, n. 593. Sul tema in generale si veda anche V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2012, 145 - 158.

⁴ Sul tema si segnala tra molti N. ASSINI, *Osservazioni sull'efficacia del decorso del tempo in relazione all'esercizio dei poteri repressivi in materia di abuso edilizio*, in *Foro It.*, 1978, p. 1917.

privato responsabile, come stabiliva l'art. 15 della l. n. 10/1977, le opere venivano acquisite, insieme alla relativa area di insistenza ed in modo gratuito, al patrimonio del comune, con l'obbligo da parte di quest'ultimo, alternativamente, di demolirle ponendo i costi sul responsabile delle stesse oppure di utilizzarle per fini di interesse generale, compresa l'edilizia residenziale pubblica.

L'istituto nei suoi caratteri essenziali veniva riproposto nella normativa che costituiva la prima vera disciplina organica della sanzione degli illeciti urbanistici ed edilizi. È la legge 28 febbraio 1985, n. 47, che all'art. 7 contemplava e regolava l'acquisizione al patrimonio edilizio comunale proponendo alcune novità rispetto al passato⁵. Tra esse la più significativa era rappresentata dalla assegnazione al comune del potere di acquisire, in aggiunta all'opera abusiva e all'area sulla quale la stessa insiste, anche l'area necessaria, secondo le prescrizioni urbanistiche vigenti, a realizzare opere analoghe a quella abusiva. Il potere acquisitivo, per così dire, aggiuntivo (del quale si dirà diffusamente *infra*), trovava però un limite, dettato da evidenti ragioni di razionalità e di proporzionalità della misura sanzionatoria, dato dal fatto che l'area da acquisire non avrebbe potuto essere superiore a dieci volte l'area occupata da parte dell'immobile edificato illegittimamente.

La particolare incidenza dell'istituto sulla proprietà privata ha inevitabilmente sollevato dubbi di incostituzionalità della normativa contenuta sia nell'art. 15 della l. n. 10/1977, che nell'art. 7 della l. n. 47/1985. Dubbi culminati in una questione incidentale di costituzionalità, riguardo agli artt. 3 e 42 della cost., tuttavia giudicata manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale⁶, seguita successivamente dall'unanime giurisprudenza amministrativa⁷.

Forte del positivo vaglio della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, la disciplina sull'acquisizione gratuita al patrimonio comunale veniva riprodotta, così per come in particolare definita dal richiamato art. 7 della l. n. 47/1985, nel corpo dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 (c.d. t.u. dell'edilizia)⁸. Come anticipato in premessa, la disciplina del citato art. 31 ha subito alcune modifiche, tra le quali la più significativa è l'ultima intervenuta con l'art. 17, comma 1, lett. q-*bis*, della l. n. 164/2014, di conversione con modifiche del d.l. n. 133/2014. Le novità si sostanziano nell'inserimento di tre nuovi commi nell'art. 31 (comma 4 *bis*, comma 4 *ter* e comma 4 *quater*), e perseguono il fine evidente di disincentivare

⁵ Per un commento della l. n. 47/1985 e raffronto con la normativa antecedente, si consiglia E. LIUNI RUSSO FRATTASI, *Abusivismo edilizio, vecchie e nuove sanzioni*, Bari, 1985 e L. MAZZAROLLI, *Sul regime delle sanzioni amministrative in materia urbanistica - edilizia: dalla legge n. 1550 del 1942 alla legge n. 47 del 1985*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1985.

⁶ Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 82, successivamente richiamata da Corte Cost., ord. 15 luglio 1991, n. 345.

⁷ *Ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, sent. 4 giugno 2015, n. 3038 e T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sent. 4 dicembre 2013, n. 2359.

⁸ R. FERRARA - G.F. FERRARI, *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2015, 366.

l'esecuzione di opere abusive e, viceversa, incentivare la demolizione di quelle già eseguite da parte dei relativi autori. Ciò mediante un'innovativa sanzione pecuniaria accessoria da irrogare, congiuntamente all'acquisizione gratuita, in ipotesi di mancata demolizione spontanea.

3. *La natura giuridica e la ratio dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale*

Di sicuro interesse teorico è la questione della natura giuridica dell'acquisizione gratuita.

La prima e più risalente opinione, nata all'atto dell'ingresso dell'istituto nell'ordinamento, è quella che qualifica l'acquisizione a titolo gratuito al patrimonio comunale, non come sanzione di un illecito posto in essere dal privato, ma come misura esecutiva della sanzione demolitoria adottata precedentemente dall'amministrazione, funzionale a far sì che quest'ultima possa procedere alla demolizione coattiva dell'opera illegittimamente costruita⁹. Alla base di una siffatta impostazione vi è la necessità di non configurare un possibile contrasto con il principio, che è vigente anche in materia sanzionatoria amministrativa, del *ne bis in idem*. Infatti, l'acquisizione gratuita di un immobile, già sanzionato con l'ordine di demolizione, avrebbe potuto configurare l'applicazione di una duplice sanzione per la stessa condotta materiale posta in essere dal privato.

L'opinione anzidetta non ha mai trovato una particolare condivisione, soprattutto in sede giurisprudenziale, specie dopo i pronunciamenti della Corte Costituzionale sulla compatibilità dell'istituto con i valori sanciti agli artt. 3 e 42 della cost.¹⁰ Secondo la Corte Costituzionale, seguita dalla pressoché unanime giurisprudenza amministrativa, l'acquisizione gratuita costituirebbe una sanzione "autonoma" dell'ordinamento urbanistico - edilizio, che censura il comportamento del privato che non esegue la demolizione dell'opera abusivamente realizzata entro il termine fissato da parte della p.a. comunale con l'ingiunzione a demolire¹¹. La qualificazione in termini di autonoma sanzione, assegnata all'acquisizione gratuita dalla giurisprudenza, è rimasta immutata anche in vigenza dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, sostitutivo dell'art. 7 della l. n. 47/1985¹².

Effettivamente è difficile non aderire ad una impostazione del genere. L'ac-

⁹ Una tesi proposta in occasione della questione di illegittimità costituzionale sollevata, in riferimento all'art. 7 della l. n. 47/1985, dal T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, ord. 28 giugno 1989, n. 406.

¹⁰ Corte Cost. sent. n. 82/1991 e ord. n. 345/1991 cit.

¹¹ Come precisa la giurisprudenza amministrativa, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte Costituzionale: tra molte si vedano T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, sent. 4 giugno 2015, n. 3038 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *quater*, sent. 7 dicembre 2012, n. 10254.

¹² T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, sent. 26 giugno 2015, n. 499 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 10 febbraio 2014, n. 166.

quisizione a titolo gratuito ha per oggetto e sanziona una condotta diversa dall'esecuzione dell'opera abusiva, che è invece la condotta sanzionata con il provvedimento di ingiunzione alla demolizione. L'acquisizione gratuita ha per oggetto una condotta rappresentata dall'inerzia (anche parziale in caso appunto di parziale demolizione dell'abuso eseguito) rispetto al provvedimento di demolizione adottato dalla p.a. comunale. Nel caso del provvedimento di demolizione ad essere sanzionata è una condotta commissiva (edificazione di un'opera illegittima), mentre nel caso dell'acquisizione a titolo gratuito ad essere sanzionata è una condotta omissiva (mancata demolizione della stessa opera illegittima).

L'autonomia della sanzione dell'acquisizione gratuita, come detto fondata su una condotta autonomamente rilevante, è dunque piena, con la conseguenza che la stessa acquisizione non può essere nemmeno qualificata come sanzione accessoria all'ordine di demolizione. È proprio questo aspetto a costituire l'elemento differenziale tra l'acquisizione gratuita e la sanzione penale della confisca del bene, allorquando quest'ultima è emessa come sanzione accessoria ad altra sanzione impartita dal giudice penale o come misura strumentale tesa ad ovviare l'ulteriore esecuzione del reato oppure l'utilizzazione dei proventi del reato medesimo¹³.

Se sulla qualificazione giuridica dell'acquisizione gratuita non vi è un'unanimità di vedute, non altrettanto può dirsi sulla *ratio* sottesa all'istituto. Infatti, non è mai stato messo in discussione che il legislatore abbia voluto introdurre un regime sanzionatorio amministrativo più aspro per gli illeciti più gravi conosciuti dall'ordinamento urbanistico - edilizio. Un regime sanzionatorio la cui incisività è giustificata dal fatto che quegli stessi illeciti presi in esame possono comportare una modifica potenzialmente irreversibile del territorio o del patrimonio edilizio¹⁴.

L'esposizione al rischio della perdita (per di più a titolo gratuito) del diritto di proprietà persegue una funzione preventiva della commissione dell'illecito, ma anche di incentivo alla rimozione spontanea (ove già commesso) dell'abuso edilizio da parte del relativo responsabile. Una rimozione spontanea dalla quale deriva un connesso beneficio per l'interesse pubblico in termini di risparmio di misure attuative della riduzione in pristino dei luoghi. Perché se è vero che l'art. 41 del d.P.R. n. 380/2001 pone a carico del responsabile dell'abuso le spese necessarie alla rimozione materiale di quest'ultimo (c.d. esecuzione in danno), è altrettanto vero che la prassi concreta evidenzia una difficoltà nel recupero delle stesse spese, che spesso rimangono a carico dell'ente.

Le considerazioni sopra svolte, sulla qualificazione giuridica dell'acquisizione gratuita e sulla *ratio* della relativa disciplina, consentono di svolgerne delle altre in merito alle modifiche all'art. 31 del t.u. edilizio introdotte recentemente

¹³ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, sent. 20 aprile 2005, n. 4336.

¹⁴ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 8 febbraio 2012, n. 634.

con l'art. 17, comma 1, lett. q-*bis*), della l. n. 164/2014, ovvero in riferimento alla sanzione pecuniaria accessoria.

La previsione di una sanzione pecuniaria affittiva (sulla quale si ritornerà anche *infra*), da applicare nella misura massima prevista laddove l'abuso concerni immobili o aree interessate da vincoli di tutela, ha anche essa un'evidente funzione preventiva della commissione dell'abuso e di incentivo alla rimozione dell'abuso già commesso. Inoltre, la circostanza che la sanzione pecuniaria in discorso possa applicarsi solo una volta perfezionatasi l'acquisizione gratuita dell'immobile, non pone dubbio alcuno sul fatto che a rilevare sia una sanzione accessoria e non autonoma.

4. *L'oggetto dell'acquisizione gratuita e gli oneri motivazionali gravanti sulla p.a.*

L'oggetto dell'acquisizione gratuita è l'immobile costruito senza la previa acquisizione del titolo edilizio, con variazioni essenziali o in totale difformità dal titolo rilasciato, che non è stato demolito nel termine fissato dall'amministrazione con apposito provvedimento. Non vi è alcuna differenza sostanziale tra gli illeciti appena menzionati e di conseguenza non vi è ragione alcuna che avrebbe potuto giustificare tra gli stessi illeciti un diverso trattamento sanzionatorio.

L'immobile acquisibile, però, è soltanto quello che è stato destinatario preventivamente dell'ingiunzione a demolire e non ogni immobile ritenuto abusivo dalla p.a. comunale, come si evince nitidamente dall'art. 31 del t.u. edilizio¹⁵. Proprio ciò evidenzia come le sanzioni dell'ordine di demolizione e dell'acquisizione gratuita, per quanto autonome, oltre che fondate su condotte altrettanto autonome e diverse, presentano uno stretto rapporto di connessione e presupposizione.

È ben possibile che l'acquisizione gratuita possa avere per oggetto un bene immobile costruito in forza di un legittimo titolo edilizio, ma che poi sia divenuto destinatario di opere edificatorie che ne abbiano mutato profondamente le caratteristiche architettoniche e plano-volumetriche, così da richiedere l'acquisizione di un altro permesso di costruire. In questi casi, la profonda trasformazione dell'immobile, la difficile distinzione che ne deriva tra elementi architettonici legittimamente edificati e non, cioè l'inscindibilità tra opere abusive e legittime, giustificano l'acquisizione dell'opera nella sua interezza. In altri termini, l'acquisizione di un immobile nel suo complesso, in caso di interventi sul patrimonio edilizio esistente, è ammessa laddove gli interventi abusivi sono tali da non rendere più identificabile e ripristinabile quanto regolarmente edificato in passato¹⁶.

¹⁵ *Ex multis* T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, sent. 20 gennaio 2014, n. 184.

¹⁶ *Ex multis* Cons. St., Sez. VI, sent. 23 giugno 2015, n. 3179 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, sent. 17 aprile 2015, n. 2203.

L'acquisizione gratuita si estende, in modo imprescindibile, stando ai contenuti sempre dell'art. 31, comma 3, del t.u. edilizio, anche all'area di sedime ove l'immobile abusivo è edificato.

L'estensione dell'oggetto dell'acquisizione gratuita, compiuta dal legislatore, è comprensibile e logica, se si considera la stretta connessione giuridica e materiale che esiste tra l'immobile e l'area sulla quale insiste. Il transito nella titolarità della p.a. comunale anche dell'area di sedime, da un lato, agevola la demolizione ed il ripristino dello *status quo ante* dei luoghi, dall'altro, impedisce l'operatività di alcuni istituti come l'accessione (artt. 934 e s.s. del c.c.), che potrebbero dar vita a rivendicazioni dell'immobile abusivo o al pagamento del relativo valore da parte del privato.

L'acquisizione gratuita dell'area di sedime, dunque, non è un evento giuridico autonomo, ma collegato all'acquisizione dell'immobile abusivo, al fine di dargli la sua base superficiaria. Di conseguenza, l'area di sedime non può mai considerarsi di per sé abusiva, e pertanto non può mai essere acquisita in modo separato, specie se l'immobile risulti demolito a seguito della relativa ingiunzione, in quanto ciò determinerebbe una sorta di espropriazione *sine titulo*, evidentemente non consentita dall'apparato sanzionatorio dell'ordinamento urbanistico ed edilizio¹⁷.

Di sicuro interesse, anche sotto il profilo della compatibilità costituzionale dell'istituto, è un aspetto, sempre inerente all'oggetto del potere acquisitivo, effettivamente non molto valorizzato nell'ambito dei pregressi pronunciamenti della Corte Costituzionale, ed ancor prima, nell'ambito delle ordinanze del giudice amministrativo di rimessione della questione di costituzionalità.

Ci si riferisce alla previsione dell'art. 31, comma 3, del t.u., secondo cui possono essere acquisite gratuitamente le aree pertinenziali all'area di insidenza dell'immobile abusivo, cioè le porzioni ulteriori rispetto a quella coincidente con l'area di sedime sulla quale poggia l'opera, che consentono, secondo le prescrizioni urbanistiche, la realizzazione di opere analoghe a quella abusiva. Aree pertinenziali, come precisa la disposizione, che non possono mai essere acquisite per un'estensione superiore a dieci volte la superficie utile abusivamente costruita.

La disposizione, mentre per l'acquisizione dell'opera abusiva e dell'area di insidenza prevede una sorta di automaticità e, quindi, un'azione amministrativa vincolata¹⁸, nel caso dell'acquisizione delle c.d. aree ulteriori, assegna alla p.a. comunale un potere discrezionale, ed invero di natura tecnica viste le valutazioni che la stessa p.a. è chiamata a compiere.

Tale potere, ad un'attenta analisi, si presenta sostanzialmente espropriativo (o ablativo), e per di più esercitato al di fuori delle garanzie tipiche delle norme sull'espropriazione per pubblica utilità, attualmente contenute nel d.P.R. 6 giugno

¹⁷ Cons. St., Sez. V, sent. 3 settembre 2009, n. 5166.

¹⁸ Sulla natura vincolata del potere acquisitivo, tra molte, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sent. 10 aprile 2015, n. 866.

2001, n. 327 (c.d. t.u. sugli espropri), oltre a risultare - anche in questo caso a differenza della disciplina contenuta nel citato d.P.R. - privo di criteri per il relativo esercizio, fatta salva l'indicazione del limite massimo di superficie acquisibile.

Tutto ciò crea, ad avviso di chi scrive, un difficile rapporto tra l'istituto e l'interesse alla tutela della proprietà privata sancito all'art. 32 della cost.

In tale ottica, la motivazione richiesta¹⁹ alla p.a. comunale, ove intenda esercitare il proprio potere acquisitivo estendendolo anche alle c.d. aree ulteriori, difficilmente può considerarsi un valido strumento di garanzia della proprietà privata. Infatti, si è detto come la p.a. comunale disponga di un potere tecnico - discrezionale, peraltro ampio perché privo di specifici criteri per il relativo esercizio, mentre le garanzie assegnate al privato, rispetto all'esercizio di un potere del genere, sono solo quelle di un sindacato di legittimità del giudice amministrativo molto limitato, in quanto costretto a muoversi nei limiti della verifica dell'esistenza di vizi rilevabili *ictu oculi* o di macroscopiche incongruenze nel percorso motivazionale seguito dalla p.a. comunale²⁰.

Se si considera altresì la *ratio* della norma, l'assegnazione di un potere sostanzialmente espropriativo alla p.a. comunale pone anche dubbi in punto di ragionevolezza della disciplina, e quindi di compatibilità con i valori sanciti all'art. 3 della cost., nonché dubbi di compatibilità con il principio di derivazione comunitaria di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Infatti, se si ritiene che l'acquisizione delle c.d. aree ulteriori sia funzionale alla materiale esecuzione della demolizione, è possibile affermare che detta funzionalità non abbia grande ragion d'essere, visto che la demolizione materiale non può giustificare il transito nella proprietà pubblica (ed a titolo definitivo) di aree diverse da quelle abusivamente edificate, solo perché necessarie, eventualmente, al collocamento di mezzi e cantieri. Come difficilmente potrebbe giustificare il transito nella proprietà pubblica delle c.d. aree ulteriori, sotto il profilo della proporzionalità della misura sanzionatoria, il disvalore giuridico - sociale assegnato all'illecito edilizio e alla sua mancata rimozione spontanea. Ed infine, difficilmente può giustificare il transito nella proprietà pubblica delle c.d. aree ulteriori, la necessità - più volte individuata come una delle *ratio* della norma in esame²¹ - di realizzare nuove ed ulteriori opere di urbanizzazione primaria o secondaria, venendo in rilievo, in questo caso, un aspetto caratterizzante il potere di pianificazione o di programmazione urbanistica, non certo il potere sanzionatorio degli illeciti.

¹⁹ *Ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 15 gennaio 2015, n. 230 e T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, sent. 8 aprile 2013, n. 809.

²⁰ *Ex multis* Cons. St., Sez. V, sent. 25 febbraio 2016, n. 761 e Cons. St., Sez. VI, sent. 20 ottobre 2014, n. 5162. In generale sul sindacato di legittimità, si rinvia per una esaustiva trattazione a F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2014, 101 e ss.

²¹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 16 aprile 2015, n. 2172 e Cons. St., Sez. VI, sent. 14 novembre 2014, n. 5607. G. TORREGROSSA - M.A. SANDULLI - S. BELLOMIA, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti e delle opere abusive*, Milano, 1985, 74.

Dunque, traendo una conclusione sul punto e sull'oggetto dell'acquisizione gratuita: il potere assegnato alla p.a. di acquisire aree ulteriori e pertinenziali a quelle illegittimamente edificate, vista la sua particolare incidenza sul diritto di proprietà, avrebbe meritato (e merita tutt'oggi) una regolamentazione più dettagliata, specie per quanto riguarda i criteri e le linee direttrici entro le quali la stessa p.a. è tenuta a muoversi, al fine di potersi effettivamente ritenere compatibile con i valori sanciti all'art. 3 e all'art. 42 della cost.

5. *I presupposti dell'acquisizione gratuita ed i relativi limiti (oggettivi e soggettivi)*

Il potere acquisitivo comunale trova il proprio fondamento in quanto stabilito dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001, a mente del quale, se il responsabile dell'abuso non provvede al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione emessa dalla p.a. comunale, quest'ultima acquisisce di diritto ed a titolo gratuito al proprio patrimonio l'immobile abusivo, l'area di sedime, ed eventualmente l'area necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive.

L'inottemperanza che rileva ai fini dell'acquisizione gratuita è sia quella totale, che si verifica quando all'ordine di demolizione non segue alcuna attività materiale finalizzata alla rimozione dell'abuso, sia quella parziale, che si verifica quando lo *status quo ante* è ripristinato in parte. In quest'ultima ipotesi l'acquisizione gratuita riguarderà, ovviamente, la rimanente parte di immobile non demolita.

Inoltre, non è mai stato revocato in dubbio che il termine di novanta giorni, prescritto dalla citata disposizione, abbia natura perentoria²², ed è anche pacifico che la p.a. comunale non possa dare un termine inferiore al privato intimato alla demolizione, in considerazione della natura delle opere illegittime edificate, che comportando una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, richiedono un congruo termine per la relativa rimozione. Tuttavia, l'assegnazione di un termine al di sotto dei novanta giorni non determina l'illegittimità dell'ordine di demolizione, risolvendosi in un'irregolarità meramente formale, non lesiva per il privato interessato, il quale conserva comunque un termine pari a quello fissato dall'art. 31, comma 3, del t.u. edilizio per ottemperare all'ingiunzione²³. In altri termini, l'assegnazione di un termine inferiore a quello di novanta giorni previsto dal comma 3, dell'art. 31, non produce altro effetto se non impedire temporane-

²² *Ex multis* T.A.R. Basilicata, Sez. I, sent. 2 ottobre 2013, n. 576 e T.A.R., Puglia, Bari, Sez. II, sent. 15 dicembre 1994, n. 1525.

²³ *Ex multis* Cons. St., Sez. VI, sent. 8 luglio 2011, n. 4102 e Cons. St., Sez. V, sent. 24 febbraio 2003, n. 986.

amente, fino alla scadenza del novantesimo giorno dalla notifica dell'ingiunzione a demolire, l'acquisizione gratuita dell'opera abusivamente costruita²⁴.

Di particolare interesse è il tema dei limiti dell'acquisizione gratuita, che ad avviso di chi scrive possono essere suddivisi in limiti di natura oggettiva e in limiti di natura soggettiva.

In merito ai limiti oggettivi, per il configurarsi dell'acquisizione gratuita, è necessario che il soggetto destinatario dell'ordine di demolizione abbia la disponibilità dell'opera e possa, perciò, determinarsi a dare esecuzione all'ingiunzione. In ambito di demolizione spontanea degli abusi, nonostante manchi una previsione normativa in tale senso, è possibile affermare che rilevano i principi sull'adempimento della prestazione, precisamente, quelli in tema di obbligazioni generali, previsti dagli artt. 1218 (responsabilità del debitore) e 1256 (impossibilità definitiva e temporanea) del c.c. Infatti, a rilevare sono principi generali che trovano applicazione, non solo nei rapporti tra privati, ma anche tra privati e amministrazione. Non a caso i principi generali delle obbligazioni sono richiamati in tema di decadenza dal permesso a costruire, in riferimento al rispetto dei termini di avvio e ultimazione dei lavori previsti all'art. 15, comma 2, del t.u. edilizio²⁵.

A rilevare in ambito di impossibilità della demolizione spontanea sono, alla luce delle norme codicistiche richiamate, il *factum principis* e la causa di forza maggiore²⁶. In entrambi i casi, trattandosi di fattori estranei alla sfera di controllo del privato, non possono farsi ricadere su quest'ultimo i relativi effetti negativi; con la conseguenza che è impedita, sia la decorrenza del termine ad adempiere alla demolizione, sia la possibilità di procedere all'acquisizione gratuita.

In costanza di un *factum principis* o di una causa di forza maggiore è dubbio se l'effettiva sospensione del termine o l'interruzione dello stesso operino *ipso iure* oppure siano subordinati ad un'apposita istanza del privato, ed è dubbio altresì se siano subordinati o meno all'emissione di un provvedimento della p.a. Come del resto, in mancanza di una previsione normativa in merito, è dubbio, ancora prima, se si possa parlare di interruzione del termine o di mera sospensione.

In proposito la soluzione che prevede una richiesta del privato ed un successivo atto dell'amministrazione è quella preferibile, visto che garantisce maggiore

²⁴ T.A.R. Valle d'Aosta, sent. 18 settembre 2002, n. 84.

²⁵ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sent. 20 aprile 2010, n. 420, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, sent. 7 giugno 2010, n. 15939 e T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, sent. 19 febbraio 2007, n. 560.

²⁶ Può costituire *factum principis*, impeditivo della demolizione entro il termine al fine previsto, la causa di impossibilità oggettiva, derivante da un provvedimento autoritativo della pubblica amministrazione, per ragioni non imputabili al privato, cioè non riferibili alla sua condotta e per aspetti che sfuggono al suo controllo, così come rammenta T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, sent. 22 maggio 2012, n. 874 e Cass. Civ., Sez. I, sent. 23 maggio 2002, n. 7543. Alle cause di forza maggiore sono riconducibili tutte le altre ipotesi di impossibilità oggettiva della spontanea riduzione in pristino dell'opera abusiva, non riconducibili alla prima ipotesi richiamata e non riconducibili altresì alla responsabilità del privato (ad esempio le calamità naturali).

certezza e trasparenza nei rapporti tra la p.a. stessa e privato, alla luce di quanto richiesto dagli artt. 1 della l. n. 241/1990 e 97 della cost. In termini si pongono alcune pronunce giurisprudenziali²⁷. Tale istanza da parte del privato potrebbe essere presentata anche ai sensi dell'art. 21 *quater* della l. n. 241/1990, che ha introdotto nell'ordinamento il potere generale di sospensione amministrativa, disponendo che l'efficacia o l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario²⁸. Quanto agli effetti dell'impossibilità di procedere alla demolizione, se comportano l'interruzione del termine oppure solo la sospensione, quest'ultima appare la soluzione preferibile e ricavabile dai principi sanciti dal citato art. 1256 del c.c. In caso di temporanea impossibilità della prestazione, quindi, il termine ad adempiere è sospeso, salvo riprendere a decorrere una volta venuta meno la causa di impossibilità²⁹.

In tema di impossibilità della prestazione è di particolare interesse l'ipotesi del sequestro conservativo (o preventivo) del manufatto, molto frequente nella prassi vista la rilevanza degli abusi edilizi anche per l'ordinamento penale, e sulla quale si contrappongono due orientamenti: uno che ricomprende il sequestro penale tra i limiti oggettivi della demolizione e, dunque, anche della acquisizione a titolo gratuito³⁰, l'altro, maggiormente invalso e più rigoroso, che lo esclude³¹.

Invece, è ritenuto pacificamente un limite oggettivo all'acquisizione gratuita la presentazione di un'istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001. L'istanza, secondo l'orientamento maggioritario, se presentata in pendenza del termine di novanta giorni per procedere alla demolizione spontanea, determina la sospensione dell'ordinanza di demolizione emessa dalla p.a. comunale ed impedisce transitoriamente il configurarsi dell'acquisizione gratuita³². Tale impedimento è definitivo in caso di accoglimento dell'istanza, mentre è rimosso in caso di rigetto tacito o esplicito. Infatti, in quest'ultimo caso l'ordinanza di demolizione riacquista efficacia, il che comporta il conseguente (ri) configurarsi delle condizioni per l'acquisizione gratuita, ovviamente laddove il privato non abbia proceduto alla spontanea rimozione dell'opera illegittima.

²⁷ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, sent. 10 dicembre 2013, n. 270 e Cass. Pen., Sez. III, sent. 10 novembre 1997, n. 4262.

²⁸ In termini generali, sulla natura cautelare del provvedimento di sospensione *ex art. 21-quater* della legge n. 241/1990, tra molte, Cons. St., Sez. V, sent. 18 maggio 2015, n. 2499 e Cons. St., Sez. IV, sent. 13 giugno 2013, n. 3276.

²⁹ *Ex multis* Cass. Civ., Sez. I, sent. 13 luglio 1982, n. 4122.

³⁰ T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, sent. 17 luglio 2012, n. 480 e T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, sent. 27 settembre 2010, n. 3846.

³¹ *Ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, sent. 9 maggio 2013, n. 2386 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, sent. 30 dicembre 2014, n. 13335; *idem* Cons. St., Sez. IV, sent. 18 aprile 2014, n. 1994.

³² T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, sent. 16 febbraio 2015, n. 526 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, sent. 18 gennaio 2011, n. 270.

In merito ai limiti soggettivi, questi ultimi attengono alla sfera personale del privato e sono essenzialmente individuabili nell'ipotesi dell'estraneità del proprietario rispetto agli abusi commessi da terzi sull'immobile di sua titolarità.

La circostanza che il proprietario non abbia concorso alla realizzazione dell'abuso impedisce che il provvedimento demolitorio possa costituire titolo per l'acquisizione al patrimonio comunale dell'immobile e della relativa area di insistenza, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001³³. La preclusione trova la propria ragione giustificativa nella natura dell'acquisizione gratuita, che costituisce, come poc'anzi evidenziato e secondo l'orientamento maggioritario, non una misura strumentale a consentire la materiale demolizione, né una sanzione accessoria all'ordine demolitorio, bensì una sanzione autonoma, conseguente all'omessa rimozione spontanea dell'abuso da parte del privato responsabile.

Tuttavia, costituisce un'eccezione al principio sopra affermato l'ipotesi in cui il proprietario, sebbene non responsabile dell'abuso, sia venuto a conoscenza dello stesso e non si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offerti dall'ordinamento o l'ipotesi in cui il proprietario abbia acquistato l'immobile dal proprietario che ha commesso l'abuso, subentrando nella sua posizione giuridica³⁴.

All'ipotesi dell'estraneità del proprietario dall'abuso edilizio è assimilata quella in cui, il medesimo soggetto, non dovesse essere coinvolto nel procedimento sanzionatorio e non dovesse essere pertanto destinatario preventivamente dell'ordinanza di demolizione.

Si è detto del rapporto di connessione e presupposizione che caratterizza l'ordinanza di demolizione e l'acquisizione gratuita, ed anche come l'acquisizione gratuita, costituendo una sanzione personale e conseguente alla mancata attuazione dell'ordine demolitorio, non può riguardare un soggetto estraneo all'abuso e nei confronti del quale non è stata ingiunta la demolizione³⁵. Pertanto, se l'ordinanza di demolizione non è irrogata nei confronti del proprietario dell'immobile interessato dall'abuso, ciò costituisce un limite soggettivo all'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'opera. Infatti, per assumere un comportamento di collaborazione con la p.a. comunale e per rimuovere l'abuso, è necessario, ancor prima, che il proprietario dell'immobile sia destinatario del provvedimento con il quale la stessa demolizione è ingiunta.

Non costituisce un limite soggettivo e nemmeno oggettivo al configurarsi dell'acquisizione gratuita la difficoltà economica del privato a procedere alla demolizione, in quanto detta difficoltà non assurge ad impossibilità assoluta della prestazione (*id est* della demolizione), ma piuttosto può giustificare una richiesta

³³ Cons. St., Sez. IV, sent. 3 maggio 2011, n. 2639 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, sent. 14 febbraio 2011, n. 1395.

³⁴ *Ex multis* T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, sent. 19 novembre 2015, n. 2679.

³⁵ Tra le ultime T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, sent. 14 gennaio 2016, n. 76 e T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, sent. 13 gennaio 2016, n. 29.

di proroga del termine per la demolizione (non disconosciuta dall'art. 31 del t.u. edilizio ed ammessa in via giurisprudenziale)³⁶ oppure una richiesta di accordo su un programma di progressiva e graduale demolizione dell'immobile.

6. *L'effetto traslativo della proprietà ed il procedimento amministrativo di trasferimento*

Il transito del diritto di proprietà nel patrimonio della p.a. comunale, come afferma l'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001, avviene "di diritto" e costituisce un effetto automatico dell'omessa ottemperanza all'ordine di demolizione dell'immobile abusivo³⁷.

È proprio in virtù della suddetta automaticità che il provvedimento di acquisizione presenta, secondo il consolidato orientamento, una natura meramente dichiarativa e non implica alcuna scelta di tipo discrezionale³⁸. Dall'automaticità dell'effetto acquisitivo segue che non sussiste alcun onere di motivazione in capo alla p.a. comunale nell'adottare il provvedimento di acquisizione, fatta salva l'ipotesi in cui l'amministrazione intenda acquisire anche le aree pertinenziali all'immobile.

Si è detto, trattando dell'oggetto dell'acquisizione gratuita, come l'acquisizione delle c.d. aree ulteriori implichi un'attività valutativa tecnico - discrezionale per la p.a., sia con riguardo all'*an* (se o meno procedere ad acquisizioni di c.d. aree ulteriori), sia con riguardo al *quomodo* (che estensione devono avere le c.d. aree ulteriori da acquisire). Di conseguenza alla stessa p.a. è richiesta una stringente motivazione in punto di strumentalità delle c.d. aree ulteriori rispetto alla tutela dell'interesse pubblico oppure rispetto alla realizzazione di nuovi *standard* urbanistici³⁹. In particolare, è ritenuto imprescindibile che l'amministrazione individui con esattezza le opere e le relative pertinenze urbanistiche acquisite, e che motivi le ragioni per le quali intenda procedere alla acquisizione delle aree ulteriori, a pena di illegittimità delle determinazioni assunte⁴⁰.

Il potere, previsto dal comma 3, dell'art. 31, di acquisire le c.d. aree ulteriori consente di fare alcune considerazioni e distinzioni, sia in merito alla natura degli atti "acquisitivi" adottati dalla p.a., sia con riguardo al momento in cui può ritenersi perfezionata la *translatio proprietatis*.

Per quanto riguarda l'acquisizione dell'immobile abusivo e della relativa area di insistenza, non vi è dubbio che gli atti posti in essere dalla p.a. comunale non

³⁶ T.A.R. Lombardia n. 270/2013 cit.

³⁷ *Ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 16 aprile 2015, n. 2172.

³⁸ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 29 gennaio 2015, n. 522 e T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, sent. 20 gennaio 2014, n. 181.

³⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 27 maggio 2013, n. 2761 e T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. 13 dicembre 2011, n. 1278.

⁴⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 23 ottobre 2014, n. 5463.

abbiano alcun effetto costitutivo nella sfera giuridica del destinatario (privato inadempiente rispetto all'obbligo di demolizione), ma solo una funzioni attuativa del disposto legislativo. L'art. 31, comma 3, citato, prevede che l'effetto ablatorio si verifica automaticamente, *ope legis*, mentre la notifica dell'accertamento formale dell'inottemperanza costituisce il mero titolo necessario per l'immissione in possesso dello stesso immobile e per la trascrizione della nuova proprietà nei registri immobiliari⁴¹.

Per quanto riguarda invece le c.d. aree ulteriori da acquisire, visto che la scelta di procedere all'acquisizione delle stesse (e nella relativa misura) è rimessa alla valutazione discrezionale della p.a., è difficile ipotizzare che si tratti di una acquisizione che avviene *ope legis*. Pertanto, in questo caso gli atti posti in essere dalla p.a. comunale presentano, non una mera natura "dichiarativa", bensì "costitutiva" nella sfera giuridica del privato, con la conseguenza che l'acquisizione della proprietà si perfeziona solo allorché gli stessi atti della p.a. sono posti a conoscenza del loro destinatario.

È possibile, alla luce di quanto appena detto, che l'atto amministrativo acquisitivo abbia una veste ibrida (o mista), in quanto, da un lato (per l'immobile abusivo e l'area di sedime) si presenta come meramente comunicativo dell'acquisizione avvenuta *ope legis*, dall'altro lato (per le c.d. aree ulteriori), si presenta a tutti gli effetti un provvedimento autoritativo, incidente con effetti costitutivi nella sfera giuridica del privato.

La trattazione delle caratteristiche dell'atto amministrativo di acquisizione consente di svolgere anche alcune considerazioni sui profili della tutela giurisdizionale.

Secondo un orientamento particolarmente invalso in giurisprudenza, l'atto di acquisizione gratuita, siccome connesso e consequenziale al provvedimento che ordina la demolizione, non è autonomamente impugnabile, ma soggetto a caducazione automatica (c.d. annullamento in via derivata) nel caso di annullamento giurisdizionale della presupposta ordinanza di demolizione⁴². In senso analogo, l'omessa impugnazione dell'atto di acquisizione gratuita, ove sia stata impugnata tempestivamente la presupposta ordinanza di demolizione, non rende il ricorso giurisdizionale inammissibile, proprio in virtù del richiamato effetto caducatorio in via derivata⁴³.

Il ragionamento sopra svolto in merito alla natura dell'atto acquisitivo delle c.d. aree ulteriori, ovvero la sua qualificazione in termini di provvedimento che produce effetti di natura costitutiva nella sfera del privato, depone nel senso della piena impugnabilità dello stesso. Come in generale è ammessa l'impugnazione

⁴¹ *Ex multis* T.A.R. Basilicata, Sez. I, sent. 2 ottobre 2013, n. 576.

⁴² *Ex multis* Cons. St., Sez. IV, sent. 7 luglio 2014, n. 3415 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, sent. 14 luglio 2011, n. 3788.

⁴³ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, sent. 15 ottobre 2007, n. 1669.

dell'atto di acquisizione per vizi propri, cioè legati all'avvenuta esecuzione dell'ordine demolitorio (ad esempio con riguardo all'accertamento della demolizione spontanea), non anche per vizi legati alla legittimità del potere sanzionatorio esercitato, il quale ultimo non può essere messo in discussione, a maggior ragione, quando la presupposta ingiunzione di demolizione (di cui esso costituisce esplicazione) è divenuta inoppugnabile⁴⁴.

In merito agli effetti dell'acquisizione gratuita, questi sono quelli tipici dell'acquisto della proprietà a titolo originario. E ciò lo si ricava dal valore che la giurisprudenza assegna ai pesi ed ai vincoli (ad esempio l'ipoteca) posti sull'immobile prima dell'acquisizione. Tali pesi e vincoli sono ritenuti caducati, unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione e/o iscrizione⁴⁵, ed è per tale motivo, appunto, che vale la pena parlare di acquisizione a titolo originario e non derivato. Invero, la fattispecie in questione è assimilabile al perimento del bene, ipotesi nella quale si estingue l'ipoteca, giacché l'immobile abusivo è destinato al c.d. perimento giuridico, normalmente conseguente alla demolizione, dalla quale consegue una trasformazione dello stesso in *res extra commercium*, sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantano diritti reali limitati sul bene⁴⁶.

Il perfezionamento dell'acquisizione gratuita impedisce l'esecuzione di ogni attività edile (di natura ripristinatoria dell'illecito o di altro tipo), da parte del soggetto destinatario originariamente dell'ingiunzione a demolire e di chiunque altro. Tali attività edili sono a tutti gli effetti illegittime e poste in essere nei riguardi della proprietà immobiliari di un terzo soggetto (la p.a. comunale)⁴⁷.

Passando infine all'esame degli aspetti procedurali, l'acquisizione gratuita presenta le caratteristiche di un *iter* amministrativo ad iniziativa d'ufficio, al pari di ogni altro procedimento in ambito di vigilanza urbanistica - edilizia regolato dagli artt. 27 e s.s. del d.P.R. n. 380/2001.

Infatti, decorso il termine di novanta giorni per la demolizione spontanea delle opere, previsto dal comma 3, dell'art. 31, del t.u. edilizio, la p.a. comunale verifica se la demolizione spontanea è avvenuta e se avvenuta per intero. Pertanto, il procedimento non deve essere preceduto da una comunicazione di avvio, trattandosi di un'azione amministrativa dovuta e vincolata, con riferimento alla quale non sono richiesti e sono inutili gli apporti partecipativi del privato interessato⁴⁸.

⁴⁴ T.A.R. Liguria, Sez. I, sent. 11 febbraio 2014, n. 265 e Cons. St., Sez. V, sent. 24 marzo 2011, n. 1793.

⁴⁵ Cass. Civ., Sez. III, sent. 26 gennaio 2006, n. 1693.

⁴⁶ Cass. Civ. n. 1693/2005 cit.

⁴⁷ Cons. St., Sez. V, sent. 26 gennaio 2000, n. 341.

⁴⁸ *Ex multis* T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sent. 4 dicembre 2015, n. 3198 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 14 gennaio 2015, n. 214. Sul tema della comunicazione di avvio del procedimento e la vigilanza urbanistica - edilizia, si segnala M. RAGAZZO, *La comunicazione di avvio del procedimento in materia di sanzione degli abusi edilizi*, in *Urb. e App.*, 2004, 636 -652.

La verifica dell'ottemperanza trova un momento saliente nella redazione del c.d. verbale di accertamento dell'avvenuta (ed esatta) esecuzione dell'ingiunzione demolitoria, previo accesso presso il luogo o l'immobile interessato dall'abuso edilizio. Il verbale di accertamento ha efficacia dichiarativa qualificata, cioè fa fede sino a querela di falso *ex art. 2700 del c.c.*⁴⁹, ma presenta valore di atto endo-procedimentale, con conseguente non idoneità dello stesso ad essere elevato a formale atto di acquisizione gratuita⁵⁰. Il verbale di accertamento, dunque, ha mero valore dichiarativo delle operazioni effettuate durante l'accesso ai luoghi e, eventualmente, valore di formale constatazione dell'inadempimento del privato rispetto all'ordine di demolizione. Il verbale, non avendo alcun contenuto dispositivo, non è necessario neanche che sia notificato al responsabile dell'abuso, prima che l'amministrazione comunale adotti l'atto di acquisizione⁵¹.

Il verbale di accertamento non assume efficacia lesiva degli interessi del privato, viceversa, ravvisabile solo nell'atto formale di acquisizione, il che comporta la non autonoma impugnabilità di un simile verbale, non essendo dal suo annullamento ritraibile alcuna utilità per il ricorrente, stante la non lesività dello stesso rispetto all'interesse al mantenimento dell'immobile abusivo.

Al verbale di accertamento segue l'atto di acquisizione, delle cui caratteristiche si è detto poc'anzi. L'atto amministrativo di acquisizione, ai sensi del comma 4, dell'art. 31 del t.u., previa notifica all'interessato, costituisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari della nuova proprietà. Tuttavia, è necessario che l'atto di acquisizione sia notificato, a pena di illegittimità, a tutti i proprietari dell'immobile oggetto di acquisizione⁵².

Il perfezionamento dell'acquisizione coincide con il momento in cui la p.a. assume la legittimazione ad irrogare la sanzione pecuniaria accessoria, disciplinata dall'art. 31, comma 4 *bis*, comma 4 *ter* e comma 4 *quater*, del t.u. edilizio, inseriti, come ricordato nei precedenti paragrafi, a cura dell'art. 17, comma 1, lett. q *bis*, della l. n. 164/2014, di conversione con modifiche del d.l. n. 133/2014.

Rispetto a quanto affermato in precedenza in merito alla sanzione pecuniaria in questione, qualificata come accessoria vista la sua applicazione contestuale all'intervenuta acquisizione, vale la pena evidenziare come i commi appena citati configurano un vero e proprio obbligo in capo alla p.a. comunale di irrogare la

⁴⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, sent. 8 gennaio 2016, n. 17 e Cons. St., Sez. IV, sent. 14 febbraio 2012, n. 703.

⁵⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 15 maggio 2015, n. 2686 e T.A.R. Toscana, Sez. III, sent. 16 maggio 2012, n. 937.

⁵¹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, sent. 3 aprile 2012, n. 1542 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, sent. 29 luglio 2010, n. 17179; *contra*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, sent. 28 aprile 2003, n. 4175 e T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, sent. 25 novembre 2006, n. 1947, secondo cui la mancata notifica del verbale di accertamento della inottemperanza all'ordine di demolire produce l'impossibilità di adottare il successivo atto di acquisizione al patrimonio comunale.

⁵² *Ex multis* T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sent. 8 ottobre 2013, n. 1755 e Cons. Giust. Sic., sent. 18 marzo 1998, n. 161.

stessa. In altri termini, non vi è alcuna discrezionalità nell'*an* per quanto riguarda l'irrogazione della sanzione pecuniaria accessoria in esame, in quanto l'unica valutazione discrezionale che le norme prevedono è quella relativa all'individuazione dell'importo da richiedere al privato, nell'ambito del minimo e del massimo edittale previsto dalle norme medesime.

È fatta salva l'ipotesi in cui l'abuso riguardi immobili o aree gravati da vincoli di tutela, poiché in questa specifica ipotesi non vi è discrezionalità in capo alla p.a., che è tenuta sempre ad applicare la sanzione nella misura massima (comma 4 *bis* dell'art. 31). In questa specifica ipotesi, dunque, l'azione amministrativa di applicazione della sanzione pecuniaria è interamente vincolata.

Dalla natura della sanzione accessoria da applicare (se vincolata o discrezionale in riferimento all'entità dell'importo da esigere) discendono diverse conseguenze anche in merito agli obblighi di motivazione che gravano sulla p.a. comunale: nel primo caso la sanzione pecuniaria potrà anche non essere motivata (o al più motivata in modo succinto), mentre nel secondo caso è necessario che sia adeguatamente esplicitato l'*iux* logico - giuridico posto a base dell'individuazione del *quantum*.

THE COMPULSORY PURCHASE WITH NO COMPENSATION, ORDERED IN FAVOUR OF THE MUNICIPALITY, OF UNAUTHORISED BUILDINGS: THE LAWS ENACTED IN THE TIME AND THE LANDINGS JURISPRUDENTIAL

by Antonio Senatore

Abstract

This article aims at providing a systematic and in-depth overview of law provisions governing a peculiar legal instrument which is frequently applied by public authorities in charge for supervision and control in the field of building and planning regulations: the compulsory purchase with no compensation, ordered in favour of the municipality, of unauthorised buildings pursuant to article 31 of Presidential decree n. 380/2001, i.e. the so-called consolidated building Act. The analysis starts from the laws enacted in the time to regulate this instrument, with a focus on the recent introduction of a fine which applies in addition to compulsory purchase. The fine is also commented in the subsequent sections of the article which deal with procedural and practical issues. This article pays attention to the legal nature of compulsory purchase, to the conditions which need to be fulfilled for its application, as well as to objective and personal requirements for an effective transfer of ownership.

Le nuove frontiere del servizio pubblico locale: la vicenda *UBER* tra regolazione, giurisprudenza e ruolo delle autonomie

di Olivia Pini

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. Servizi pubblici locali e tecnologia: un ripensamento necessario del criterio di territorialità? – 3. Il caso *UBER*. – 3.1. La vicenda: complessità di inquadramento della fattispecie. – 3.2. Dal Regolatore al Giudice: le ordinanze del Tribunale di Milano di maggio-luglio 2015. – 3.3. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. – 3.4. La questione *UBER* riletta in chiave pro-concorrenziale: il parere dell'Antitrust. – 3.5. La parola torna alla magistratura: la posizione del Consiglio di Stato tra buone premesse e conclusioni mancanti. – 4. *UBER* come esempio del paradigma *Smart*: nuove funzioni pubbliche, confini mobili e quesiti aperti. – 5. Conclusioni.

1. Breve premessa

È indubbio ormai che il diritto amministrativo odierno, all'esito di un percorso in atto ormai da alcuni decenni, si caratterizzi per un complessivo processo di ripensamento delle sue categorie tradizionali, secondo un paradigma che costituisce il portato, in realtà, tanto di alcuni condizionamenti esterni quanto di alcune caratteristiche ontologiche dello stesso¹.

Da un lato, infatti, l'avvento della globalizzazione e la conseguente diffusione capillare, anche all'interno della nostra società, di strumenti sempre più affinati di comunicazione accompagnata dal crescente peso assunto in tale campo dalla tecnologia, hanno introdotto nuove categorie concettuali e nuove sfide a cui i pubblici poteri sono chiamati a far fronte, provocando l'emersione, altresì, di nuove istanze di tutela del privato; dall'altro il diritto amministrativo, per sua stessa natura, presenta un carattere per così dire duplice: se infatti è certamente vero che esso esprime, tipicamente, caratteri propri dell'*imperium* e di un potere esorbitante, è altrettanto indubbio che al contempo esso fornisca tutele e garanzie nei confronti del potere stesso, cosicché a seconda della ciclica prevalenza dell'una o dell'altra componente esso conosce a volte un rafforzamento dei propri caratteri di specialità in funzione dell'interesse pubblico, altre volte l'assunzione di un

¹ Più in generale va anche necessariamente segnalata l'attuale tendenza, propria soprattutto di una parte della dottrina tedesca, ad elaborare strumenti di rinnovamento della scienza di diritto amministrativo; in particolare, si è proposta una riforma della stessa *dogmatica* del diritto amministrativo, intesa come substrato intermedio fra il testo normativo e la sua attività applicativa, così da renderla «il continuo processo di adattamento dell'impostazione tradizionale alle nuove conoscenze e istanze»: così E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Tübinga, 2013, 1. A commento dell'opera si veda anche L. DE LUCIA – D. DE PRETIS – F. MERUSI – S. CASSESE, *Simposio: A proposito di «Verwaltungsrechtliche Dogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1/2015, 1 ss.

ruolo di garanzia di istanze economico-sociali, oltre ancora l'accentuazione delle funzioni di tutela delle libertà individuali ed economiche, considerate decisive in chiave di sviluppo sistemico².

Non va peraltro dimenticata, quale importante fattore di condizionamento, la grave crisi economico finanziaria di livello globale che di recente ha imposto, a sua volta, un significativo ripensamento del ruolo pubblico e degli strumenti a disposizione dei pubblici poteri: se inizialmente la tendenza era stata quella di riporre fiducia incondizionata nell'apertura al mercato, i fallimenti delle politiche che avevano posto al centro quest'ultimo e le sue esigenze hanno portato alla progressiva affermazione di interventi sostenuti da uno strumentario di diritto amministrativo più tradizionale (impresa pubblica, incentivi, più rigorosa regolazione dei mercati) e caratterizzati da una maggiore presenza pubblica³.

Da queste brevi premesse scaturiscono alcune considerazioni di rilievo ai fini che qui interessano: da un lato, i fattori esogeni ed endogeni che si sono sin qui brevemente richiamati hanno acuito l'urgenza di più rigorosi meccanismi di regolazione e vigilanza – rafforzando al contempo il ruolo delle *Authorities* – sul presupposto che fossero i mercati a necessitare di una più stringente disciplina; dall'altro, pare possibile individuare una generale tendenza di sistema alla progressiva trasformazione dell'interlocutore privilegiato dell'amministrazione, e più in generale del potere pubblico, da cittadino a utente e/o fruitore di servizi⁴, ciò che porta con sé la necessità inevitabile di ripensare le opere e le reti pubbliche in senso maggiormente democratico, così da avvicinarle a chi ne fruisce⁵: sino ad

² Cfr. in tal senso A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *www.irpa.eu*, 2013, 7; sulla valenza duplice del diritto amministrativo si vedano anche S. CASSESE – L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 33; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, 46 s. e *passim*.

³ D'altronde non si può omettere di notare che la contestuale estensione della crisi economica anche al debito sovrano ha progressivamente imposto tagli sempre più ingenti alla spesa pubblica, con la conseguenza che i programmi, le funzioni e i costi degli apparati pubblici hanno necessariamente subito una revisione al ribasso ed ampi spazi sono stati restituiti a misure già utilizzate in passato, in particolare negli ultimi decenni del secolo scorso, per ridurre il peso statale nell'economia, quali ad esempio liberalizzazioni, privatizzazioni, semplificazioni: per le considerazioni qui richiamate si veda G. NAPOLITANO, *Crisi economica e ruolo del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Crisis economica y crisis del estado del bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Atti del XIX Congreso italo-español de Profesores de derecho Administrativo (Madrid, 18-20 ottobre 2012), Madrid, 2013, 43 s. Si vedano altresì G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012; G. CERRINA FERONI – G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012.

⁴ Cfr. ancora S. CASSESE – L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, cit., 131; sul tema si veda altresì M.A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994.

⁵ Esistono oggi gravi limiti nei procedimenti di programmazione, progettazione e costruzione delle grandi opere infrastrutturali, al punto che da più parti si auspica una democratizzazione sostanziale del complessivo percorso di realizzazione delle stesse; attualmente infatti sembrano

ora, infatti, la P.A. ha gravemente faticato a legittimarsi nei confronti dei cittadini come fornitrice di servizi di qualità⁶.

2. *Servizi pubblici locali e tecnologia: un ripensamento necessario del criterio di territorialità?*

Nell'ambito della generale tendenza alla revisione delle tradizionali categorie dogmatiche della scienza amministrativa di cui si è dato brevemente conto in premessa, oggetto di particolare attenzione da parte degli interpreti appare indubbiamente il campo dei servizi pubblici locali, per sua stessa natura orientato ad una intrinseca mutevolezza stante non solo il rilievo *lato sensu* economico delle attività che ne costituiscono l'oggetto primario, ma anche e soprattutto l'affermazione sempre più incisiva in quest'ambito delle logiche pro-concorrenziali che abbiamo visto rappresentare in via generale una delle direttrici sistemiche del nuovo diritto amministrativo. Tale categoria, infatti, sembra rivestire un ruolo cruciale e strategico per favorire l'esercizio di attività di grande impatto economico e rilanciare così la competitività del Paese: come messo in evidenza con chiarezza anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il rinnovamento e il rafforzamento dell'economia italiana impongono l'adozione da parte dei pubblici poteri di interventi strutturali significativi, volti a porre rimedio alla perdurante arretratezza dei mercati nazionali e a conseguire un miglioramento dell'efficienza mediante meccanismi promozionali delle dinamiche competitive⁷.

esistere molteplici ostacoli che separano le infrastrutture dai cittadini, ed il loro superamento pare essere il primo passo verso il recupero della auspicata democraticità. Occorrerebbe dunque riprogrammare le opere in termini di servizi ai cittadini, introducendo forme di dibattito pubblico chiaro e trasparente per sondare la desiderabilità delle stesse e recuperando una programmazione che dialoghi sapientemente con il territorio; e ciò specialmente perché, nonostante lo si dimentichi spesso, la chiave per la valutazione di un'infrastruttura deve essere il servizio che essa è capace di garantire ai cittadini. Cfr. in tal senso G. SANTILLI, *Per le opere cura di democrazia, tecnologia e servizi*, articolo apparso su *Il Sole 24 Ore*, 22 marzo 2015.

⁶ L'idea della Pubblica Amministrazione che emerge dalla nostra Carta Costituzionale sembra infatti essere quella di un organo di efficace ed efficiente attuazione delle politiche pubbliche, da verificare sotto il profilo del controllo dei risultati: in realtà, raramente la politica è stata capace di attuare il suo fondamentale ruolo di definizione di obiettivi adeguati, con la conseguenza che oggi l'ordinamento si caratterizza per una politica fortemente delegittimata, alla quale fanno da contraltare burocrazie *invadenti* che si sottraggono ai controlli: tali riflessioni sono state compiutamente svolte ed approfondite da F. BASSANINI, *Relazione alla Tavola rotonda conclusiva del Corso Monografico SPISA 2015 «La riforma della Pubblica Amministrazione: cosa è stato fatto, cosa resta da fare»*, Università di Bologna, 14 marzo 2015.

⁷ Il riferimento è alla Segnalazione dell'Antitrust (ai sensi degli artt. 21 e 22 della l.n. 287/1990), AS1137, rif. S2025, indirizzata ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio e al Ministro per lo Sviluppo Economico recante *«Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il mercato e la Concorrenza – Anno 2014»*, in data 4.07.2014, reperibile su www.agcm.it, in part. 2 s.; con tale documento l'Autorità afferma altresì come la insufficiente conformazione concorrenziale di

Nell'ottica di promozione di una vera e propria cultura della concorrenza diffusa a tutti i livelli di governo, osserva l'Antitrust, coerentemente con quanto detto sin qui, che a livello locale lo snodo cruciale per il rilancio dell'economia sembra necessariamente passare da una revisione del settore dei servizi pubblici locali, nei quali l'esistenza di mercati efficienti non solo può significativamente contribuire al miglioramento qualitativo dei servizi erogati, ma può anche «*avere ricadute positive sulla competitività e lo sviluppo dei sistemi economici locali ed incidere sul livello di produttività aggregata e sulla crescita del prodotto pro capite*»⁸. Come conseguenza di ciò, sembrerebbe auspicabile da parte dei pubblici poteri incentivare la nascita e lo sviluppo di nuove iniziative imprenditoriali, senza dimenticare l'importanza fondamentale ad oggi rivestita dallo sviluppo delle competenze e dei servizi digitali: come nuovamente osserva l'Antitrust nella Segnalazione in parola, lo sfruttamento del potenziale fornito dalle competenze digitali nei rapporti tra operatori economici e cittadini costituisce senza dubbio un obiettivo strategico di rilievo fondamentale per consentire una moderna dinamica competitiva in tutti i settori dell'economia⁹.

Di certo tali indicazioni di principio rappresentano direttrici di primaria importanza ai fini dello sviluppo economico ordinamentale, ma è pur vero che l'applicazione della tecnologia, in particolare digitale, al campo dei servizi pubblici locali implica necessariamente anche un ripensamento sul concetto di *territorialità* che a ben vedere ha costituito elemento qualificante ed essenziale della categoria nella sua concezione tradizionale¹⁰; caratteristica tipica dello spazio globale digitalizzato è infatti l'assenza, almeno in astratto, di confini fisici chiaramente individuabili, cosicché il legame con il territorio deve più concettualmente essere

numerosi mercati di beni e servizi costituisca non solo un costo per consumatori e imprese, ma anche un significativo ostacolo alla crescita economica, in linea peraltro con quanto rilevato anche da diverse istituzioni europee: cfr. in proposito Commissione Europea, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2014 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2014 dell'Italia* e il relativo «Documento di lavoro dei servizi della Commissione»; Fondo monetario internazionale, IMF Country Report n. 12/167 e n. 13/299 e *Article IV Consultation with Italy Concluding Statement of the IMF Mission*, 17 giugno 2014, in www.imf.org; OECD, 2013, *Economic Policy Reforms 2013: Going for Growth*, OECD Publishing.

⁸ Cfr. ancora Segnalazione Antitrust in data 4.07.2014, cit., 3 s.

⁹ *Ivi*, 6.

¹⁰ Tradizionalmente, l'Perogazione dei servizi pubblici locali, in ragione della natura stessa di questi ultimi che li destina alla fruizione collettiva se non addirittura universale, rientra da sempre nella *mission* complessivamente intesa riferita agli enti locali; essa è manifestazione tipica di quella caratteristica degli enti di governo territoriale che va sotto il nome di *politicità* degli stessi, da intendersi come la generale e doverosa vocazione, che ad essi fa capo, a curare tutte le esigenze che possano in concreto emergere in una data collettività di amministrati, stanziata su uno specifico territorio; si ponga mente, a conferma di ciò, al fatto che la prima normativa organica sui ss.pp.ll. (L. 29 marzo 1903, n. 103, poi confluita nel R.D. n. 2578/1925) ne prevedeva la gestione diretta da parte degli enti locali mediante appositi organismi amministrativi (le c.d. aziende municipalizzate), espressione della natura esponenziale di tali enti rispetto alle proprie collettività di riferimento.

inteso, per così dire, in senso *economico*, quale individuazione di bacini territoriali ottimali a fini di garanzia dell'efficienza e miglior resa qualitativa del servizio stesso. Ciò è tanto più vero con riferimento a quei servizi pubblici locali che ontologicamente presentano, a livello organizzativo, una forte connotazione in termini di territorialità: tra essi, ai fini che più premono con riferimento al tema del presente lavoro, spicca certamente il campo del trasporto pubblico locale¹¹; la materia appare eccessivamente ampia e articolata per fornirne in questa sede una trattazione con caratteri di esaustività: ci si limiterà pertanto ad una analisi circoscritta agli aspetti del servizio che maggiormente rilevano ai fini della vicenda c.d. *Uber*, ed in particolare alla regolazione del servizio di trasporto locale non di linea, attualmente disciplinato dalla l. 15 gennaio 1992, n. 21 (Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea).

3. *Il caso UBER*

La vicenda in esame pare non solo particolarmente paradigmatica e calzante rispetto alle considerazioni generali che si sono svolte sin qui, ma essa risulta altresì esemplificativa di una certa complessità di inquadramento propria delle fattispecie che emergono dalla realtà sociale come meritevoli di regolamentazione e implicano per ciò stesso il riferimento a categorie concettuali nuove rispetto a quelle tradizionali, partecipando di caratteri non univoci ma all'opposto propri di più differenti istituti; nel caso in questione, in particolare, è peraltro da sottolineare anche un aspetto ulteriore, ossia l'intervento in *subiecta materia* di molteplici diversi livelli di espressione del potere (*Authority* di settore, potere giurisdizionale, legislatore), a riprova non soltanto del rilievo e della complessità intrinseci della fattispecie stessa, ma anche di una certa difficoltà sperimentata dall'ordinamento nella chiara determinazione di quale sia, in ultima istanza, la sede più congrua per pervenire ad una decisione sulla classificazione della figura di Uber.

3.1 *La vicenda: complessità di inquadramento della fattispecie*

Il caso che ci occupa prende le mosse dall'attivazione, avvenuta a partire dal 2013 anche in Italia (in particolare nelle città di Milano, Torino, Genova e Padova), sulla scia del successo ottenuto in altre città europee ed extraeuropee, del servizio denominato *UberPop*¹², il quale attraverso una piattaforma digitale infor-

¹¹ Sul rilievo per cui la globalizzazione e le sue conseguenze istituzionali, tanto in generale quanto più specificamente con riferimento ai contratti di trasporto, possono legittimare l'emersione di fattispecie atipiche, di regola risolte in base ai principi generali, si veda W. D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003, 359 ss.

¹² In verità la piattaforma digitale in questione prevede, oltre ad *UberPop*, anche due ulteriori

matizzata ad accesso diretto dei fruitori mediante *app* provvede a far incontrare la domanda di trasporto con privati conducenti non professionisti, che svolgono il servizio dietro corrispettivo economico, in base a tariffe determinate da società di gestione che fungono da intermediari.

Il problema che sin da subito si è posto all'attenzione degli interpreti, come è ovvio, è stato quello dell'inquadramento normativo del servizio in questione, in particolare per stabilire se esso fosse da considerarsi alla stregua delle forme già esistenti di trasporto di persone mediante autoservizi non di linea (specificamente servizio di taxi e noleggio di auto con conducente), al fine di estendere eventualmente anche ad esso la medesima disciplina dettata per queste ultime figure dalla già richiamata l.n. 21/1992.

Le difficoltà sorte ai fini di tale operazione, d'altronde, paiono senza dubbio derivare dalla coesistenza, nella figura di *UberPop*, di elementi propri di svariate fattispecie giuridiche, e nella corrispondente difficoltà di individuare, tra essi, i profili prevalenti ai fini di una regolamentazione normativa coerente e congrua; più nel dettaglio, sembra infatti possibile sostenere che il servizio in questione partecipi tanto dei caratteri della piattaforma comunicativa di natura informatico-digitale, quanto del servizio di trasporto in senso stretto, quanto infine del servizio di intermediazione.

Ripercorrendo nelle sue tappe essenziali il percorso interpretativo che ha caratterizzato la figura di cui si tratta, si deve innanzitutto ricordare che il primo concreto riferimento ad essa era contenuto nell'Atto di Segnalazione al Governo e al Parlamento reso dall'Autorità di Regolazione per i Trasporti in data 21 maggio 2015: con esso l'Autorità ha preso atto di come l'ormai diffuso ricorso alle tecnologie informatiche applicate in modo innovativo alla mobilità delle persone abbia prodotto un impatto significativo tanto sul fronte della domanda da parte degli utenti quanto sull'offerta dei servizi di trasporto locale non di linea; ciò d'altronde, sempre a parere dell'*Authority*, non può che implicare necessariamente l'opportunità di introdurre alcune modifiche alla disciplina in vigore, anche e soprattutto al fine di regolare le piattaforme tecnologiche svolgenti attività di intermediazione tra domanda e offerta, significativamente denominate *servizi tecnologici per la mobilità* (STM).

Nel tentativo di individuare i caratteri salienti del quadro regolatorio esistente in materia, rileva altresì l'Autorità dei Trasporti come la vigente normativa quadro dei servizi di taxi e di NCC dettata dalla l.n. 21/1992, che demanda poi

sottocategorie di trasporto a seconda della diversa tipologia di veicolo utilizzata: *UberBlack*, il quale fornisce berline fino a quattro posti e *UberVan*, che propone invece mini bus o monovolumi da cinque posti in su; con riferimento a tali servizi, tuttavia, non si pongono particolari problemi di inquadramento o dubbi circa la violazione della normativa concorrenziale, trattandosi di applicazioni destinate a mettere in contatto gli utenti con operatori professionisti che debbono dotarsi di autorizzazione al pari degli autisti che svolgono servizio di noleggio con conducente (NCC).

la disciplina di dettaglio a Regioni ed enti locali, preveda per le due fattispecie alcuni tratti comuni e altrettante significative differenze, queste ultime sia con riferimento al regime applicabile e sia alle diverse modalità di accesso al mercato e di gestione del servizio: più precisamente, il servizio taxi e quello di noleggio con conducente appaiono senza dubbio accomunati sia dalla prestazione che ne costituisce l'oggetto, coincidente per entrambe con il trasporto collettivo o individuale di persone con funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici c.d. di linea, sia dal fatto di essere svolti a richiesta dei trasportati, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari oggetto di determinazione per ogni singola tratta (art. 1, comma 1, l.n. 21/1992); d'altra parte, tuttavia, solo il servizio di taxi può essere propriamente ricondotto nel novero dei servizi di trasporto pubblico locale, sia pure non di linea, laddove il noleggio con conducente non appare invece assoggettabile ad obblighi di servizio pubblico¹⁵. Tale significativa differenza comporta, come anticipato, alcune conseguenze di non poco momento, che implicano altresì un ruolo di primo piano nella gestione e programmazione amministrativa da parte di Regioni ed enti locali: dalla natura pubblica del servizio si fanno discendere alcuni obblighi qualificabili in termini di doverosità delle prestazioni, di diffusione capillare sul territorio e di praticabilità sotto il profilo economico nonché, più in generale, di c.d. *servizio universale*, comportanti obbligatorietà, accessibilità indifferenziata a chiunque, predeterminazione pubblica delle tariffe e delle modalità di svolgimento del servizio stesso, previsione di idonei luoghi pubblici da adibire a posteggio, obbligo di prelevamento del fruitore all'interno dell'area territoriale di competenza, oneri di programmazione per il rilascio degli atti di licenza.

Come sottolineato poc'anzi, assai significativo in materia è il ruolo regolatorio assegnato alle autonomie locali secondo un riparto di competenze tra Regioni e Comuni, e ciò, si deve ritenere, in ossequio ad una significativa connotazione dell'intera disciplina dei servizi in esame nel senso di una forte *territorialità*, specialmente sotto il profilo organizzativo. Alle Regioni, in particolare, la legge demanda attualmente il delicato compito di elaborare linee di indirizzo nell'ambito dei compiti di programmazione dello sviluppo economico e territoriale ad esse tradizionalmente affidato, delineando un quadro del trasporto pubblico non di linea integrato con gli altri strumenti di mobilità e fissando al contempo i criteri di principio a cui i Comuni sono chiamati ad attenersi nella redazione dei rego-

¹⁵ Gli articoli 2 e 3 della legge quadro descrivono poi nel dettaglio le differenze tra le due fattispecie, specificando che, mentre il servizio taxi si rivolge ad una utenza indifferenziata che richiede il servizio in modo diretto, avvalendosi dello stazionamento pubblico di mezzi dotati di caratteri di distinguibilità, e si basa su un sistema di tariffe determinate in via amministrativa, il servizio di noleggio con conducente (NCC) appare destinato ad un'utenza che richiede in modo specifico tale tipologia di prestazioni di trasporto, fornite (peraltro senza caratteri di obbligatorietà) dal noleggiatore partendo dalla rimessa secondo condizioni economiche pattuite di volta in volta tra le parti.

lamenti sull'esercizio degli autoservizi non di linea. Ai Comuni, invece, viene appunto assegnata la competenza all'emanazione dei predetti regolamenti, in uno con l'attribuzione delle funzioni amministrative concernenti il rilascio degli atti di autorizzazione per l'esercizio del NCC e delle licenze per il servizio taxi¹⁴ e il potere di definire aspetti di dettaglio della disciplina quali il numero e la tipologia dei veicoli da adibire al servizio, le modalità concrete di svolgimento e i criteri per la determinazione delle tariffe.

Volendo tratteggiare qualche aspetto complessivo della disciplina esistente e qui brevemente richiamata, si può forse rilevare che essa appare riflettere l'epoca e il contesto di settore nel quale è stata emanata, e ciò in particolare laddove si preoccupa di delineare il perimetro di competenza del servizio taxi rispetto al fenomeno del NCC, di nuova emersione proprio nei primi anni '90 quando la legge quadro fu emanata; in altre parole, la legge rispecchia il tentativo compiuto dal Legislatore del tempo di ricondurre ad unità concettuale fenomeni non del tutto assimilabili, il che ha comportato l'impossibilità di dettare norme propriamente a carattere definitorio o di principio dalle quali possa enuclearsi la nozione generale di trasporto pubblico non di linea. Ciò crea, ai fini che qui maggiormente interessano, alcune difficoltà interpretative: da un lato, rende ardua qualunque valutazione sulla possibilità di ricomprendere in tale macrocategoria altre (nuove) fattispecie concrete precedentemente sconosciute, e dall'altro rende tendenzialmente obsoleta la disciplina dettata in materia a fronte delle caratteristiche che ad oggi sempre più connotano i nuovi sistemi di mobilità, soprattutto a seguito dell'innovazione tecnologica e della conseguente introduzione di nuove piattaforme in grado di connettere passeggeri, mezzi di trasporto e conducenti anche al di fuori dei settori oggetto dell'attuale regolazione.

I sistemi in esame, lungi dall'esaurirsi nella figura concreta di *Uber*, si caratterizzano per una decisa opzione nel senso della flessibilità e della condivisione, nell'ottica tanto di una connotazione in senso *smart* delle abitudini e dei luoghi di vita quanto di una massimizzazione dell'efficienza nell'uso delle risorse, base dei meccanismi e degli strumenti della cd. *sharing economy*¹⁵.

¹⁴ La legge prevede altresì, quale presupposto indispensabile per il rilascio da parte dei Comuni delle licenze e delle autorizzazioni necessarie alla prestazione del servizio, il conseguimento di un certificato di abilitazione professionale che consente l'iscrizione del conducente all'interno di un ruolo istituito presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura: ciò, deve ritenersi, anche al fine di assolvere ad obblighi di controllo e vigilanza sulla identità e capacità dei prestatori di servizio.

¹⁵ Si intende fare riferimento ad esempio, oltre che ai servizi tecnologici per la mobilità in senso stretto, anche ad altre figure innovative di mobilità quali il *bike sharing*, il *car sharing*, il *car pooling*; attraverso specifiche piattaforme digitali ed una capillare diffusione di tecnologie mobili assai competitive tali sistemi consentono la massima efficienza dell'incontro tra domanda e offerta di servizi, mettendo in comunicazione i fruitori richiedenti con i mezzi più prossimi. Non solo tali nuove figure *technology-based* appaiono rilevanti in quanto capaci di creare nuovi segmenti di mercato,

Tutto quanto premesso costituisce dunque la giustificazione per l'intervento attuato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti con la già richiamata Segnalazione in data 21 maggio 2015: essa prende atto dell'esistenza ormai indubitabile di fenomeni di STM in via di espansione nonché della necessità di una regolazione specifica in proposito, alla quale espressamente si invitano Governo e Parlamento, con particolare attenzione, tuttavia, alla necessità di tutelare l'utenza in relazione ad esigenze di rilievo primario quali la sicurezza, la qualità del servizio e la *privacy* dei fruitori¹⁶; a ciò si aggiunge, d'altronde, un ulteriore invito per una riforma anche della regolazione delle attività di trasporto tradizionali caratterizzate da obblighi di servizio pubblico, e ciò tanto nel senso di un miglioramento delle stesse sotto il profilo dell'efficienza quanto di una implementazione attraverso forme innovative di offerta e fruizione.

3.2 Dal Regolatore al Giudice: le ordinanze del Tribunale di Milano di maggio-luglio 2015

Se l'atteggiamento dell'Autorità Trasporti era parso innegabilmente aperto e possibilista nei confronti delle nuove figure di STM, tra le quali *Uber* appare di certo la più significativa in termini di impatto e diffusione, molto più rigorosa è stata invece la lettura della questione offerta dalla magistratura, sollecitata in concreto da una serie di società di gestione di servizi radio taxi operative a Milano, Torino e Genova che hanno adito il Tribunale di Milano chiedendo l'inibizione in via cautelare del servizio *UberPop* perché ritenuto in concorrenza sleale con tassisti e titolari di servizi di noleggio con conducente; l'ordinanza di accoglimento e inibitoria resa dal Tribunale medesimo in data 25 maggio 2015 (in quasi assoluta contestualità cronologica, pare interessante notarlo, con la Segnalazione dell'*Authority* di cui sopra) è stata poi confermata dallo stesso Collegio in data 9 luglio 2015, a seguito di reclamo proposto dalle società resistenti, con il significativo intervento *ad adiuvandum* di alcune associazioni di utenti e consumatori, per le ragioni che saranno brevemente analizzate in questa sede.

La tesi sostenuta dalle ricorrenti società di taxi contro le società di gestione

fornendo risposta ad una domanda di servizi di norma meno costosi di quelli offerti da taxi e NCC, ma esse perseguono anche l'obiettivo indiretto di ridurre le emissioni inquinanti ed efficientare la circolazione su strada.

¹⁶ Osserva in proposito l'*Authority* che, a prescindere dalle concrete condizioni di esercizio dei nuovi servizi tecnologici per la mobilità, che saranno introdotte da norme con finalità pubblicistica, civilistica e/o fiscale, quanto maggiormente rileva per le finalità regolatorie in senso stretto è che dalla natura commerciale del servizio di trasporto debbano discendere obblighi specifici attinenti ai servizi di intermediazione e ai requisiti del conducente, dai quali sarebbero invece esenti i servizi a carattere non commerciale denominati «di cortesia» (si pensi a quelle forme di *car sharing* o *car pooling* con le quali si mira a promuovere la semplice condivisione del trasporto, reso in modo non professionale e con il solo obiettivo di una compartecipazione ai costi variabili, lungo un itinerario prefissato dal conducente e con un mezzo di proprietà di quest'ultimo).

del Gruppo Uber¹⁷ è stata principalmente quella di una sostanziale equivalenza tra i servizi forniti dalle prime e il servizio *UberPop*, dovendosi tuttavia ritenere quest'ultimo prestato in via abusiva per la palese violazione di tutte le regole pubblicistiche dettate a disciplina del settore, tanto in materia di requisiti soggettivi quanto con riferimento alle modalità di svolgimento del servizio stesso; per queste ragioni, peraltro poi condivise in linea di principio anche dal Giudice, l'attività prestata dalle società facenti capo al Gruppo Uber sarebbe stata da qualificarsi come concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 3, cod. civ., posto che la violazione delle norme predette avrebbe consentito l'acquisizione di un vantaggio concorrenziale, consistente nella possibilità per i conducenti Uber di offrire, a parità di condizioni, di servizio e di mercato, prezzi più bassi e competitivi a fronte del mancato assoggettamento ai costi imposti dalla regolamentazione pubblicistica del servizio¹⁸.

La difesa delle società resistenti si è d'altronde incentrata sulla negazione della tesi avversaria, opponendosi alla qualificazione di *UberPop* come servizio assimilabile al trasporto di taxi: privilegiando una delle possibili nature della figura si è sostenuto che essa all'opposto fosse da ritenere una mera «*applicazione informatica idonea a favorire forme di trasporto condiviso realizzate direttamente dagli utenti*», tale da promuovere la formazione spontanea di un *marketplace* digitale mediante meccanismi di *matching* tra domanda e offerta, secondo dinamiche non predeterminate in alcun modo se non mediante la programmazione *ex ante* degli algoritmi di funzionamento dell'applicazione stessa; ciò che preme sottolineare è che il fulcro della predetta ricostruzione è stata l'affermazione del carattere meramente *privato* del servizio, sul presupposto che per usufruire di esso sarebbe in ogni caso necessario aderire ad una *community* di utenti mediante l'installazione della relativa applicazione sul proprio *smartphone*. Sotto il profilo strettamente giuridico, poi, il rapporto tra fruitori e prestatori del servizio di trasporto in questione potrebbe essere facilmente sussumibile nella fattispecie di contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., alla stregua dell'impostazione che si è richiamata in apertura del presente studio e che ammette contratti di trasporto con caratteri di atipicità in conseguenza dello sviluppo tecnologico, della diffusione di piattaforme comuni-

¹⁷ Si noti che dal punto di vista giuridico, ad avviso dei ricorrenti, era proprio la condotta delle società che attraverso l'*app* gestivano in via diretta il servizio di trasporto a fini di lucro a doversi ritenere più grave rispetto a quella dei conducenti, nonostante fossero questi ultimi in concreto a porre in essere le contestate violazioni della normativa di rilievo pubblicistico del settore.

¹⁸ Si pensi, per esemplificare, ai costi di acquisto di un veicolo univocamente dedicato all'uso di terzi in ossequio agli obblighi imposti dall'art. 82 del Codice della Strada (che qualifica il taxi come bene direttamente ed unicamente strumentale all'esercizio dell'azienda), a quelli connessi all'installazione di apparecchi imposti dalla normativa di settore (tassametri), alla stipulazione di contratti assicurativi per usi professionali di importo e garanzie ben maggiori dei normali contratti per veicoli destinati ad uso proprio, o alla predisposizione e installazione di servizi di contatto con la clientela quali impianti GPS, radiotrasmettenti o applicazioni informatiche.

cative digitali e in generale della creazione di una società globale e globalizzata; difettando pertanto di ogni connotazione pubblicistica, il servizio *UberPop* non avrebbe potuto, nella prospettata ricostruzione, porre in essere alcuna violazione della correlata normativa.

Un secondo aspetto non marginale della difesa prospettata dalle società del Gruppo Uber, inoltre, ha riguardato la riconducibilità del servizio di trasporto in questione alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., in base alla considerazione per cui la logica pro-concorrenziale sottesa al fenomeno *UberPop* sarebbe stata del tutto conforme ai principi *antitrust* ostativi alla formazione di monopoli, oligopoli e forme più o meno occulte di sistemi protezionistici di categoria; dando seguito a tale interpretazione, si deve ritenere che l'inibizione del servizio si sarebbe posta in netto contrasto non solo con i principi costituzionali dell'ordinamento nazionale ma anche con principi fondamentali del diritto europeo, in quanto tali immediatamente cogenti anche nel diritto interno, quali la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi, la libera concorrenza.

All'esito della vicenda contenziosa in esame, come è noto e come si è già anticipato in precedenza, il Tribunale di Milano ha in sostanza accolto le doglianze delle società di radio taxi, confermando la propria posizione anche in sede di reclamo proposto dalle società di Uber Group e sostenuto da alcune associazioni di utenti e consumatori, con successiva ordinanza del 9 luglio 2015¹⁹. L'orientamento espresso dal Collegio giudicante, oltre a far segnare una significativa battuta d'arresto nel complessivo atteggiamento di benemeranza sino a quel momento tributato alle nuove forme di mobilità supportate dall'uso delle tecnologie digitali, ha mostrato di far proprio un approccio più concreto e sostanzialistico che orientato alle forme: ciò, in particolare, emerge laddove il Tribunale osserva che *«la predisposizione della app [...] sia effettivamente equiparabile, ancorché realizzata con modalità più moderne, al tradizionale servizio di radiotaxi. A nulla rileva [...] che il servizio di radiotaxi sia svolto tramite risorse umane, mentre quello di Uber non impieghi simili risorse, ove si osservi che ciò che conta è il servizio che viene reso agli utenti [...]. Ciò che conta è proprio quell'effetto di messa in contatto fra domanda e offerta che entrambi i servizi assolvono»*²⁰. Coerentemente con tali riflessioni, il Collegio precisa altresì che sussiste una innegabile identità di mercato fra le due forme di servizio, considerando

¹⁹ Pare significativo richiamare l'ampia portata del provvedimento di inibitoria reso dal Tribunale di Milano con l'ordinanza in parola, nella cui ottica si opera anche uno sforzo definitorio di generalizzazione massima ai fini della descrizione del servizio: la predetta ordinanza vieta infatti alle società resistenti l'utilizzo su tutto il territorio nazionale dell'*app* denominata *UberPop*, e in ogni caso *«la prestazione di un servizio – comunque denominato e con qualsiasi mezzo promosso e diffuso – che organizzi, diffonda e promuova da parte di soggetti privi di autorizzazione amministrativa e/o di licenza un trasporto terzi dietro corrispettivo su richiesta del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta»*.

²⁰ Cfr. Tribunale Ordinario di Milano, sez. specializzata in materia di impresa A, ordinanza in data 9.07.2015 resa nei giudizi riuniti di reclamo R.G. n. 35445/2015 e 36491/2015.

che la nozione di mercato non va ricercata con riguardo al *modus* di svolgimento del servizio, bensì con riferimento alla soddisfazione dei medesimi bisogni e alla eventuale sostituibilità delle offerte relative alle diverse tipologie di servizio, e che esso rappresenta indubbiamente un mercato concorrenziale, posto che il corrispettivo delle prestazioni ha natura variabile a seconda dell'incontro fra domanda e offerta²¹.

Non solo, d'altronde, il Tribunale di Milano afferma che sarebbe insensato escludere un rapporto diretto di concorrenza fra *UberPop* ed il servizio di taxi, posta l'assoluta equiparabilità degli stessi, ma giunge sino a ravvisare nelle modalità di prestazione del primo gli estremi di condotte di concorrenza sleale: ciò sul presupposto, logicamente discendente dalle premesse sin qui richiamate, che le norme eterodeterminate dal regolatore per la disciplina del mercato pubblicistico in questione siano dettate a tutela di interessi pubblici di primario rilievo, quali la garanzia della mobilità, la necessità di garantire la sicurezza e l'integrità personale degli utenti attraverso controlli sui requisiti personali dei soggetti ammessi alla licenza, la sicurezza tecnica dei veicoli, la copertura assicurativa dei rischi, solo per citarne alcuni; in caso di servizi equiparabili, dunque, il mancato rispetto delle regole integrerebbe in ogni caso una condotta illecita, ma se a ciò si aggiunge l'acquisizione di indebiti vantaggi quali risparmi di carattere economico (riduzione dei costi) o significative semplificazioni della attività organizzativa e di vigilanza, nonché la sottrazione agli altri oneri e limiti a cui i tassisti sono invece vincolati²², non v'è dubbio che possano configurarsi nel caso di specie atti di concorrenza sleale con effetto distortivo, forieri di conseguenze negative per i tassisti in ter-

²¹ Tale ultima affermazione varrebbe ad escludere, ai sensi dell'interpretazione data dal Giudice milanese, la riconducibilità di *UberPop* a modelli di trasporto persone strettamente propri della cosiddetta *sharing economy* come il *car sharing* o il *ride sharing* nei quali, di regola, oltre a prevedersi la condivisione di un percorso svolto dall'autista per un interesse proprio, l'effetto dell'incontro domanda-offerta non è propriamente la remunerazione della prestazione resa ma un mero rimborso *pro quota* delle spese sostenute per il viaggio e dei costi relativi al veicolo.

Ad ulteriore conferma di tale considerazione va altresì ricordato che l'importo del corrispettivo per l'attività svolta dai *driver* di *UberPop* non è determinato con certezza a priori poiché si basa sul meccanismo del c.d. *surge pricing*, il quale determina un aumento dei prezzi in condizioni di aumento della domanda, con lo scopo di assicurare l'affidabilità del servizio incoraggiando in tal modo il maggior numero possibile di guidatori a connettersi al sistema.

²² Si pensi ad esempio, in questo senso, all'obbligo per i tassisti di rispettare turni prefissati anche in orari in cui la domanda è minore o all'onere imposto agli stessi di accettare tutte le richieste di trasporto ricevute dagli utenti: si tratta, come noto, di obblighi connessi con l'*universalità* del servizio pubblico, che fungono da contropartita di fatto dei privilegi connessi all'accesso regolato in quanto funzionali proprio al soddisfacimento dell'interesse della collettività a che l'utenza possa contare sul servizio anche in periodi od orari in cui ciò non sarebbe giustificato dalla domanda o dalla redditività delle prestazioni secondo una logica imprenditoriale.

mini di sviamento della clientela e pertanto sanzionabili a norma dell'art. 2598, n. 3 cod. civ.²³

Infine, va necessariamente segnalato che il Collegio milanese non ha ritenuto convincente la tesi circa la violazione dei principi pro-concorrenziali del diritto costituzionale ed europeo prospettata dalle società del Gruppo Uber: il predetto Tribunale ha infatti in proposito osservato, in primo luogo, come l'art. 41 Cost. presupponga per sua stessa natura che la libera iniziativa economica possa essere soggetta a indirizzi e controlli per assicurarne la compatibilità con i canoni fondamentali di utilità sociale, libertà, dignità umana e, ciò che più rileva nel caso in esame, sicurezza; secondariamente, che il diritto europeo ha sin dall'origine escluso il settore dei trasporti pubblici non di linea da qualsiasi obbligo di liberalizzazione o abrogazione delle restrizioni all'accesso ed esercizio – si vedano in proposito sia la direttiva 2006/123/CE sia il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 di recepimento della stessa, nonché più di recente i d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148 e 24 gennaio 2012, n. 1, conv. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27²⁴ – e ciò proprio sul presupposto dell'intrinseco rilievo pubblicistico degli interessi che la regolazione in materia mira a tutelare. Proprio sulla base di tali argomenti il Tribunale di Milano non ha ritenuto necessario né opportuno sollevare con

²³ Appaiono di particolare interesse in chiave giuridica le riflessioni compiute dal Giudice milanese al fine di valutare le differenti posizioni rivestite nell'illecito concorrenziale dai diversi protagonisti della fattispecie in esame: se infatti sono gli autisti che svolgono il servizio senza licenza a porre in essere la condotta materialmente vietata dal Codice della Strada e dal complesso di norme che regolano i servizi pubblici locali non di linea, è pur vero che il ruolo delle società resistenti, svolto tramite l'applicazione informatica, appare essenziale per l'esistenza e l'organizzazione del servizio stesso, cosicché può escludersi che esse siano meri intermediari. Sono infatti proprio tali società ad aver reso possibile un incremento ingente del fenomeno dell'abusivismo nel settore del trasporto non di linea, promuovendo il reclutamento dei guidatori (abusivi) e aumentando in maniera assai significativa le opportunità di contatto tra questi ultimi e i potenziali utenti; tali condotte risulterebbero rilevanti sul piano anticoncorrenziale proprio per la capacità delle società stesse, attraverso l'uso dell'applicazione informatica, di favorire un ampliamento dei comportamenti illeciti vietati dalle norme e idonei ad incidere sul mercato in danno dei soggetti ricorrenti.

²⁴ Si vedano in particolare l'art. 3, comma 11-*bis* del d.l. n. 138/2011 e l'art. 6 del d.lgs. n. 59/2010; dello stesso avviso è persa peraltro anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha ripetutamente affermato che la regolamentazione nazionale del trasporto pubblico non di linea non appare in contrasto con la libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi: cfr. in proposito CGUE, cause riunite C-162/12 e C-163/12 nonché cause riunite C-419/12 e C-420/12.

In proposito si veda tuttavia anche la posizione critica assunta dall'AGCM nella già richiamata Segnalazione AS1137 in data 4.07.2014, ove si segnala l'effetto potenzialmente distorsivo dell'esclusione dei trasporti non di linea disciplinati dalla legge quadro n. 21/1992 dall'applicabilità delle norme di liberalizzazione introdotte dai d.l. nn. 138/2011, 201/2011 e 1/2012: in particolare, l'Autorità ha con l'occasione espresso l'auspicio di una riforma della disciplina nel senso di una piena parificazione tra i servizi di taxi e di NCC, attraverso l'abolizione di ogni elemento che incidesse negativamente sul confronto concorrenziale introducendo forme di discriminazione competitiva, quali ad esempio i vincoli e le limitazioni territoriali imposti alla sola prestazione dei servizi NCC.

riferimento al caso *UberPop* rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia²⁵: tale notazione appare rilevante ai fini della vicenda stante la diversa determinazione a cui è pervenuta in proposito, in un caso pressoché analogo, la magistratura straniera.

È peraltro nelle pagine conclusive dell'ordinanza del luglio 2015 che decide sul reclamo del Gruppo Uber che sono contenute le riflessioni più significative, complessive e di principio, formulate dal Tribunale di Milano sulla vicenda in esame: il Collegio giudicante infatti, pur prendendo atto degli sviluppi intervenuti nelle nuove tecnologie e di un nuovo atteggiarsi delle esigenze di mercato, nonché della necessità di un'apertura sempre maggiore alla libera concorrenza secondo l'indicazione dei legislatori interno e sovranazionale, si spinge sino a proporre una sorta di gerarchia degli interessi meritevoli, ritenendo in ogni caso prevalente l'interesse generale alla sicurezza e alla trasparenza del servizio, almeno sino all'intervento organico del Legislatore (che pur si caldeggia) a disciplinare la materia. Più specificamente, si sottolinea come la materia non sia tale, allo stato, da consentire disapplicazioni della normativa pubblicistica dettata dall'ordinamento, che attualmente prevede obblighi ed oneri per gli esercenti servizio taxi a garanzia dell'efficienza delle autovetture utilizzate, della idoneità, stabilità e serietà dei conducenti, dell'esistenza di adeguate coperture assicurative in caso di danni, e ciò proprio a tutela degli interessi primari dei consumatori alla sicurezza e alla qualità del servizio; stante l'assenza di una disciplina specifica, rileva infatti il Tribunale alcune notevoli carenze in questo senso nelle attuali modalità di svolgimento del servizio *UberPop*, nel quale le modalità attuative sembrano piuttosto affidate alla volontarietà sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta.

3.3 *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*

Se il Tribunale di Milano, per le motivazioni ricordate in precedenza, non ha ritenuto di interpellare la Corte di Lussemburgo sulla compatibilità con il diritto europeo (in particolare con gli artt. 49 e 56 TFUE sulle libertà di stabilimento e

²⁵ In relazione alla proposta di quesito pregiudiziale formulato nel reclamo dalle società resistenti, nota infatti il Tribunale che in relazione all'art. 49 TFUE, in materia di libertà di stabilimento, la legislazione nazionale e l'applicazione della stessa non comportano alcuna discriminazione fra cittadini italiani e cittadini di altro Stato membro, essendo l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e gestione di imprese e società, liberamente attuabili alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, come avviene nel caso di specie; allo stesso modo, con riferimento all'art. 56 TFUE sulla libera prestazione dei servizi, si segnala come la norma si limiti a vietare restrizioni che comportino un trattamento diverso dei cittadini europei stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione, il che non si sarebbe certamente verificato nel caso di specie. Infine, si afferma come i principi generalissimi in tema di concorrenza di cui agli artt. 3 ss. TFUE non siano in ogni caso tali da prevalere sulle ragioni di sicurezza dei cittadini e dei consumatori in genere; per tali ragioni, pertanto, il Tribunale non ha ritenuto di sollevare questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia.

di libera prestazione dei servizi e con gli artt. 3 ss. TFUE recanti principi generali sulla concorrenza) dell'introduzione normativa di vincoli all'esercizio di *UberPop*, ad una conclusione diametralmente diversa è giunto invece il Giudice Mercantile di Barcellona, il quale nel giugno 2015 ha emesso ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nell'ambito di una causa intentata anche in questo caso da un'associazione di tassisti contro la società Uber Systems Spain per la censura di condotte di concorrenza sleale da quest'ultima poste in essere in relazione all'esercizio di *UberPop*²⁶.

Al pari del Tribunale di Milano, anche il Giudice catalano è stato nella fattispecie sollecitato a pronunciarsi in ordine alla pretesa violazione della normativa concorrenziale da parte della società di gestione del predetto servizio, in particolare per essere quest'ultima, così come i titolari e guidatori dei veicoli, risultata priva delle necessarie licenze amministrative richieste dalle norme regolamentari per svolgere l'attività in esame: non solo dunque ciò avrebbe integrato una grave condotta anti-concorrenziale, ma questa sarebbe altresì stata idonea ad indurre in errore gli utenti sulla legalità del servizio reso, con palese violazione delle regole di buona fede e comportamento professionale.

Il fulcro della questione, anche in questo caso, sembra peraltro risiedere nella qualificazione di *UberPop*, nel tentativo di evidenziare se esso integri un servizio di trasporto, secondo la tesi sostenuta dall'associazione dei tassisti ricorrenti, un servizio elettronico della società dell'informazione ai sensi dell'art. 1, par. 2, della direttiva europea 98/34/CE del Parlamento e del Consiglio, o una combinazione di entrambi: nel primo caso come nell'ultimo verrebbe infatti in considerazione la possibile violazione delle norme che impongono per la prestazione del servizio una previa autorizzazione amministrativa in ragione della rilevanza pubblicistica dello stesso, mentre all'opposto i servizi della c.d. società dell'informazione non sarebbero soggetti ad autorizzazione in virtù del principio di libera prestazione dei servizi.

Per rispondere a tale quesito il Giudice Mercantile compie in primo luogo un'indagine di tipo fattuale, arrivando a descrivere *UberPop* come il sistema che consente la connessione tra domanda e offerta di trasporto di persone mediante l'utilizzo di una piattaforma informatica e con fine di lucro, a cui si affianca poi una analisi dei profili giuridici della fattispecie; è all'esito di quest'ultima che il Giudice catalano afferma la necessità di sollevare la questione pregiudiziale avanti alla CGUE al fine di determinare se l'attività svolta dalla società Uber Systems Spain integri un servizio di trasporto, al quale non si applica la direttiva 2006/123/CE sulla libera prestazione dei servizi per espressa previsione dell'art. 2, comma 2, lett. d), della direttiva medesima (dalla cui applicazione il Conside-

²⁶ Si veda l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Juzgado Mercantil n. 3 de Barcelona, Asunto n. 929/2014D2, nella causa C-434/2015, *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain S.L.*, datata 17 giugno 2015.

rando 21 esclude esplicitamente anche il servizio taxi), o se essa sia all'opposto assoggettata al regime previsto tanto dalla direttiva 2006/123 quanto dalla direttiva 1998/34, le quali vietano l'assoggettamento delle relative attività a restrizioni o al possesso di licenze amministrative.

In sostanza, il quesito che il Giudice Mercantile pone alla Corte di Giustizia pare così articolato: in prima istanza, si interroga il Giudice Europeo sulla possibilità di considerare servizio di trasporto, ai fini di escludere l'applicabilità ad esso della direttiva 2006/123 ai sensi dell'art. 2.2 d) della stessa, una attività di intermediazione che realizzi con mezzi informatici e con finalità lucrative una connessione tra titolari di veicoli e utenti che richiedono prestazioni di trasporto; in subordine, qualora la risposta a tale interrogativo risulti negativa, si interpella la Corte sulla compatibilità della normativa interna spagnola (art. 15 della Ley de Competencia Desleal) con la stessa direttiva 2006/123 ed in particolare con il divieto in essa contenuto di porre restrizioni alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento²⁷.

La Corte del Lussemburgo dovrà sentire i pareri nazionali prima di decidere, ma corre l'obbligo di sottolineare sin d'ora che l'attesa pronuncia rivestirà in ogni caso grande impatto sulla vicenda, poiché se *UberPop* sarà qualificato come fornitore di servizi cadrà di conseguenza anche la concorrenza con il servizio taxi, che rappresenta sotto ogni profilo, tanto giuridico quanto socio-politico, uno dei punti nevralgici della questione.

3.4 *La questione UBER riletta in chiave pro-concorrenziale: il parere dell'Antitrust*

Sollecitata in proposito da un quesito formulato dal Ministero dell'Interno e da un parere reso dal Consiglio di Stato in via interlocutoria, sulla questione Uber è intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con parere AS1222 reso in data 29 settembre 2015, proponendo un tendenziale rovesciamento di prospettiva, giustificato da ragioni di tutela della concorrenza, rispetto a quanto sostenuto dalla Magistratura nelle ordinanze poc'anzi richiamate: anticipando le conclusioni che emergeranno dall'analisi del predetto provvedimento dell'Antitrust, infatti, può sin d'ora dirsi che se il Tribunale di Milano aveva ritenuto illegittimo il servizio *UberPop* in mancanza di una normativa organica che ne disciplinasse l'esercizio per evitare un *vulnus* alla tutela dell'utenza, la posizione dell'*Authority* appare invece orientata nel senso di ritenere legittimo il servizio in assenza di una disciplina specifica che espressamente lo vieti, e ciò in considerazione degli indubbi benefici che esso recherebbe ai consumatori finali in un'ottica pro-concorrenziale.

²⁷ Se *UberPop* fosse infatti qualificato come fornitore di servizi digitali («*service providers*») esso ricadrebbe nell'applicabilità delle direttive *e-commerce* e della direttiva servizi, acquisendo certamente una libertà di azione molto maggiore anche nei paesi in cui ad oggi il servizio è stato inibito, fra cui appunto l'Italia.

Procedendo con ordine, si deve preliminarmente notare come anche l'Antitrust prenda espressamente atto dell'esistenza e della progressiva diffusione sempre maggiore di piattaforme digitali accessibili mediante *smartphone*, *tablet* e dispositivi analoghi finalizzate al *matching* di domanda e offerta di servizi di mobilità urbana, mutuati dagli ordinamenti anglosassoni ed in particolare dagli Stati Uniti; il fenomeno, nota l'Autorità, caratterizza tanto l'offerta attuale di servizi svolti da operatori dotati di licenza o autorizzazione, quanto quella che si esplica tramite autisti non professionali. Ciò che emerge dal parere in esame, con caratteri inedito rispetto ai precedenti interventi sulla questione già sin qui brevemente tratteggiati, è la considerazione di rilievo secondo cui l'introduzione di strumenti tecnologici nel campo della mobilità alla quale il sistema *Uber* ha aperto la strada anche nel nostro ordinamento ha avuto il grande merito di incentivare l'utilizzo dei medesimi sistemi anche da parte dei servizi tradizionali già esistenti e regolamentati, indirizzandoli e spingendoli verso una significativa evoluzione che non può che essere salutata con plauso, stante l'innegabile capacità della stessa di ampliare le modalità di offerta del servizio a vantaggio del consumatore ed estendere così di pari passo anche il potenziale mercato rilevante dei sistemi di mobilità.

In piena coerenza con l'interesse alla cui tutela è deputata la sua principale attività istituzionale, pertanto, l'Antitrust evidenzia nella vicenda *Uber* gli innegabili benefici pro-concorrenziali apportati dall'introduzione di nuove piattaforme comunicative fra domanda e offerta di servizi di trasporto persone non di linea: l'utilizzo di tali strumenti è infatti in grado di realizzare un significativo efficientamento della proposta di mobilità assicurata da un dato contesto urbano, di facilitare (e di conseguenza ampliare) la fruizione di tale servizio e, non ultimo, di migliorare la copertura della domanda, il tutto con una significativa riduzione dei costi; *a latere* di ciò, non si possono poi trascurare i significativi benefici che le nuove modalità di servizio sono in grado di apportare in termini di generale disincentivo dell'uso del mezzo privato, in particolare potendo potenzialmente contribuire alla limitazione delle emissioni inquinanti e al decongestionamento del traffico urbano mediante una razionalizzazione nell'uso delle auto.

Ciò necessariamente premesso, l'AGCM opera una necessaria distinzione fra le diverse forme di *Uber* esistenti, le quali presentano natura profondamente diversa soprattutto con riferimento ai requisiti soggettivi dei prestatori del servizio: se infatti le sottocategorie *UberBlack* e *UberVan* si caratterizzano per la natura professionale degli autisti e per la necessità di un provvedimento di autorizzazione all'esercizio al pari del tradizionale NCC, *UberPop* se ne differenzia specificamente proprio per la non professionalità dei *drivers* e per il carattere non regolamentato, ma all'opposto su base volontaria, del servizio stesso. Con riferimento alle prime due tipologie menzionate, nuovamente in chiave di garanzia della migliore e più corretta competizione fra gli operatori, l'Antitrust rileva la necessità di una modifica della l.n. 21/1992, ad essi certamente applicabile

stante la sostanziale analogia con i servizi NCC, al fine di eliminare le restrizioni alla concorrenza non giustificate da interessi pubblici di rilievo primario quali la sicurezza stradale o la tutela dell'incolumità dei passeggeri, intervento per il vero già caldeggiato dalla stessa AGCM nell'atto di Segnalazione AS1137 in data 4.07.2014 e dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti nell'atto di Segnalazione in data 21.05.2015, entrambi già richiamati in precedenza²⁸; il meccanismo di funzionamento di *UberBlack* e *UberVan*, ed in particolare l'offerta del servizio tramite una piattaforma comunicativa di tipo digitale, renderebbe di fatto inapplicabile qualsiasi norma che, al pari di quelle contenute nella legge quadro n. 21/1992, prevedesse un obbligo di rimessa o altri vincoli e limiti di carattere territoriale per attività di noleggio con conducente, con ciò cagionando una indebita differenza di trattamento tra fattispecie assimilabili²⁹.

In relazione invece al servizio *UberPop*, da sempre il modello che desta maggiori perplessità sotto il profilo interpretativo per la difficoltà del suo inquadramento nelle categorie tradizionali dei sistemi di mobilità, l'Autorità Antitrust, come in precedenza brevemente anticipato, provvede a darne una classificazione assai diversa da quella fornita dal Tribunale di Milano, in particolare riconducendolo alla natura di trasporto *privato* non di linea (non necessariamente sottoposto, pertanto, ad obblighi di servizio pubblico) e sostenendone di conseguenza la le-

²⁸ L'Antitrust focalizza le proprie osservazioni critiche in particolare sulla portata restrittiva degli artt. 3 e 11 della legge quadro 21/1992, come peraltro già aveva fatto non solo nella già richiamata segnalazione AS1137 del 2014 ma anche, in precedenza, negli atti AS501 «Disciplina dell'attività di noleggio con conducente (disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207)» in data 20.02.2009, e AS683 «Disciplina dell'attività di noleggio con conducente» in data 27.04.2010; le menzionate norme, invero, disponendo un obbligo di ricezione della prenotazione di trasporto per NCC presso la rimessa, sarebbero idonee a introdurre ingiustificate differenze di trattamento tra coloro che dispongono di autorizzazione e rimessa nel territorio in cui operano e coloro per i quali all'opposto non sussista coincidenza tra il bacino di azione e il luogo di rilascio dell'autorizzazione e di rimessa; in generale, come già sottolineato, la posizione dell'AGCM ha coinciso sin dall'origine con l'invito alla abolizione di tutte le limitazioni e vincoli territoriali imposti alla prestazione dei servizi NCC che introducessero per questi ultimi elementi di discriminazione competitiva rispetto all'analogo servizio taxi, nella prospettiva di una piena parificazione e sostituibilità tra gli stessi. Nello stesso senso, ed in particolare ai fini della abolizione dell'obbligo di rimessa per i servizi di NCC, erano anche le proposte di modifica della disciplina contenuta nella l.n. 21/1992 avanzate dall'Autorità dei Trasporti con la Segnalazione del maggio 2015.

²⁹ Il ragionamento dell'AGCM appare in questo senso fondato su una lettura costituzionalmente orientata – a garanzia del principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. – delle norme contenute nella legge quadro, ritenendo che agli autisti *UberBlack* e *UberVan*, nelle more dell'auspicata riforma della disciplina, non debbano essere in ogni caso applicati gli artt. 3 e 11 della l.n. 21/1992: ciò anche nell'ottica di un equo bilanciamento tra i benefici concorrenziali connessi all'uso di nuove piattaforme digitali per la mobilità e la tutela di singole categorie di operatori.

Tale orientamento pare condiviso anche dalla giurisprudenza, se pur con atteggiamento non univoco: cfr. in proposito il decreto presidenziale T.A.R. Lombardia, Milano, 10 ottobre 2013; *contra*, si veda però Trib. Milano, 6 luglio 2015, n. 8359.

gittimità in assenza di una espressa disciplina che ne regoli l'esercizio, della quale viene d'altronde ribadita l'assoluta ed urgente necessità invitando il Legislatore a provvedere con la massima sollecitudine; ciò anche al fine di provvedere, per via normativa, al miglior bilanciamento di interessi di primario rilievo quali la concorrenza, la sicurezza stradale e l'incolumità dei fruitori del servizio.

Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, va necessariamente segnalato che l'AGCM non si limita a sollecitare soltanto l'emanazione di una disciplina dei servizi in questione, ma si cura altresì di esplicitare alcuni indirizzi concreti rivolti al Legislatore in prospettiva *de iure condendo*, in particolare attraverso l'ammonimento a non provvedere ad una eccessiva compressione delle potenzialità pro-concorrenziali del modello; già nel corso di una audizione parlamentare di poco precedente l'emissione del parere in esame, peraltro, il Presidente della stessa Antitrust aveva in proposito osservato che: «*Quanto al tema delle nuove piattaforme [...] appare ormai ineludibile una novella normativa volta ad una regolamentazione di queste nuove figure [...]. La regolamentazione dovrebbe essere tuttavia la meno invasiva possibile, limitandosi a prevedere una registrazione delle piattaforme e l'individuazione di una serie di requisiti e obblighi per gli autisti. In questo contesto, appare necessario evitare soluzioni che, pur rappresentando una apertura a questi servizi, ne potrebbero sancire, di fatto, un'operatività ridotta, non in grado di aumentare la concorrenza sui servizi di trasporto non di linea*»³⁰.

3.5 *La parola torna alla magistratura: la posizione del Consiglio di Stato tra buone premesse e conclusioni mancanti*

Da ultimo, sulla questione Uber si è nuovamente pronunciato il Consiglio di Stato con il parere n. 3586 in data 23.12.2015, a seguito di richiesta in tal senso da parte del Ministero dell'Interno; due in sostanza i quesiti di fondo ai quali il predetto parere mirava a fornire risposta: da un lato, l'identificazione chiara ed in concreto della natura giuridica di *UberPop*, e dall'altro la conseguente applicabilità o meno in via analogica al medesimo servizio, come in generale alle nuove forme di organizzazione e gestione telematica del trasporto di persone mediante auto-servizi, della disciplina dettata dal Codice della Strada (artt. 85-86) e dalla legge quadro n. 21/1992 per i servizi di radio taxi e di noleggio con conducente.

Il provvedimento in parola ha indubbiamente il pregio di ricostruire in

³⁰ Cfr. l'audizione parlamentare del Presidente AGCM in data 24.06.2015 nell'ambito del dibattito politico sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, reperibile in *www.agcm.it*: esemplificando, non apparirebbe utile secondo l'Antitrust imporre rigidi massimali alle ore di lavoro degli autisti professionisti delle piattaforme digitali, poiché tali misure di fatto costituirebbero una compensazione implicita per i soggetti che, al pari dei taxisti, sono vincolati da oneri di servizio pubblico; soluzione certamente preferibile sotto il profilo pro-concorrenziale sarebbe invece la previsione di una piena libertà di orario per gli autisti non professionali delle piattaforme, introducendo però al contempo forme di compensazione esplicita per i soggetti gravati da obblighi di pubblico servizio.

modo chiaro ed esaustivo, mediante un approfondito *excursus*, non solo i tratti salienti della normativa esistente per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea ma anche i più significativi arresti del travagliato e non univoco percorso che sino a quel momento aveva interessato la figura di Uber; dopo aver descritto dettagliatamente il contenuto della legge quadro n. 21/1992 ed essersi in particolare soffermato sulle differenze di disciplina dettate per il servizio di taxi e per quello di noleggio con conducente³¹, riconoscendo in particolare i caratteri del servizio pubblico solo al primo per i tratti indiscutibilmente amministrativo-autoritativi che ne caratterizzano la disciplina, il Consiglio di Stato richiama la posizione espressa dall'AGCM e analizzata *supra* secondo la quale le nuove tipologie di trasporto che prevedono un incontro tra domanda e offerta del servizio mediante piattaforme comunicative digitali non sarebbero in realtà qualificabili come *pubbliche*. Lodevole è peraltro lo sforzo concettuale compiuto dal parere in esame laddove esso opera, peraltro con discreto successo, un tentativo definitorio delle caratteristiche dei servizi di recente affermazione con attributi analoghi a *UberPop*: si osserva infatti che questi ultimi non si limitano alla creazione di contatti tra utenti e fornitori di un servizio di trasporto, ma offrono altresì altri servizi complementari ed innovativi che valgono a differenziarli rispetto alle altre fattispecie esistenti sul mercato ed oggetto di specifica regolamentazione; le start-up del settore propongono infatti, oltre alla prestazione di trasporto che costituisce il *core-business* dell'offerta al consumatore, anche un meccanismo di pagamento elettronico dello stesso, un sistema di geo-localizzazione sia del veicolo che della posizione del richiedente, nonché un servizio di assistenza legale in caso di inconvenienti. Il corretto funzionamento di tali servizi, tuttavia, implica la necessaria installazione di una applicazione informatica, integrante la conclusione di contratti privatistici tra i fruitori degli stessi e le società di gestione della piattaforma; il fulcro giuridico del ragionamento compiuto dal Consiglio di Stato, in sostanza, è rappresentato dalla qualificazione della fattispecie giuridica considerata nel suo complesso, cercando in particolare di verificare in che rapporto reciproco si pongano il servizio di trasporto e quelli ad esso complementari di cui si è detto.

La tesi offerta in tal senso dal provvedimento che ci occupa appare di un certo interesse sotto il profilo interpretativo, e discende dal presupposto secondo il quale l'obbligazione di trasporto sarebbe comunque un'obbligazione diretta della società informatica che gestisce Uber, mentre ad essere mediata sarebbe

³¹ Mentre infatti il servizio taxi si caratterizza tanto per il fatto di rivolgersi ad un'utenza indifferenziata che richiede il servizio in modo diretto, quanto per la distinguibilità dei veicoli che stazionano in appositi luoghi pubblici, nonché per la predeterminazione amministrativa delle tariffe, la prestazione di NCC si fonda invece su una più specifica domanda dell'utenza, la quale richiede quella particolare tipologia di servizio, secondo condizioni economiche pattuite dalle parti e con alcuni vincoli territoriali legati sia al luogo di rilascio della relativa autorizzazione sia al c.d. obbligo di rimessa.

soltanto la sua operatività in concreto, attraverso servizi di carattere complementare: in estrema sintesi, il Consiglio di Stato giunge a qualificare la figura giuridica *UberPop* un contratto atipico rispetto a quelli oggetto di disciplina specifica, e ciò particolarmente in considerazione del ruolo fondante rivestito dalla struttura digitale dell'intera fattispecie; i servizi complementari di natura finanziaria, telematica ed eventualmente legale, la cui operatività è mediata appunto da tale sistema informatico, non costituirebbero infatti elementi accessori o accidentali rispetto al servizio di trasporto, ma all'opposto elementi costitutivi in assenza dei quali la figura perderebbe i propri caratteri peculiari. Tutto ciò conduce ad una possibile concettualizzazione giuridica esplicita della complessa figura contrattuale, ai sensi della quale *«si può descrivere il negozio atipico in questione come una fattispecie doppiamente bilaterale che pone al vertice di due distinti rapporti non legati direttamente tra loro, la società che gestisce la piattaforma informatica, che da un lato è legata da una prestazione sinallagmatica con il fruitore del servizio di trasporto ed annessi servizi telematici e finanziari, dall'altra è legata al trasportatore a cui riconoscerà una parte del compenso ricevuto quale remunerazione dell'attività in favore di terzi esercitata»*.

Ciò necessariamente precisato, d'altronde, il ragionamento del Consiglio di Stato si completa poi mediante un tentativo di soluzione al quesito oggetto di principale interesse, ossia quello circa la natura giuridica della fattispecie in termini di servizio di trasporto non di linea pubblico o privato, ai fini dell'applicabilità delle norme esistenti previste dal Codice della Strada e dalla l.n. 21/1992. A partire dalle premesse concettuali richiamate *supra*, nel parere in esame si finisce per concludere, logicamente, per la natura giuridica *privata* del servizio Uber: troppe, e di certo non marginali, sarebbero infatti le differenze che lo distinguono dal servizio di taxi e che ne comprovano l'incompatibilità rispetto ai tratti costitutivi del servizio pubblico; e tuttavia, al pari del servizio di noleggio con conducente, anch'esso acquisisce inconfutabilmente rilevanza pubblicistica, discendente dagli interessi generali che entrambi intercettano, in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost.

Se per un verso tale conclusione a cui giunge il Consiglio di Stato è conforme a quanto già aveva affermato l'Antitrust nel parere del 29.09.2015, è pur vero che le ragioni addotte a sostegno della stessa sono nel parere del primo maggiormente esplicitate; in esso infatti si cerca di stabilire la *ratio* del particolare regime autorizzatorio a cui sono sottoposti sia i taxi e sia gli autisti NCC, ravvisandola in particolare negli interessi pubblici alla sicurezza della circolazione, all'incolumità dei passeggeri, alla regolamentazione della viabilità e dei flussi di traffico e alla tutela dell'ambiente che caratterizzano l'attività di trasporto e guida su strada quando essa venga destinata a terzi dietro corrispettivo. Sono tali profili, pertanto, che debbono essere oggetto di primaria considerazione per valutare la liceità o meno di servizi come *UberPop*, e non invece altri elementi privi di concreta incidenza sulla questione quali l'esistenza di prestazioni complementari, l'uso di sistemi

informatici o le caratteristiche tecniche e giuridiche di dettaglio del servizio stesso; ancorché sia riconosciuta la liceità giuridica della fattispecie come contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c. mediante il necessario vaglio di meritevolezza, pertanto, sarà pur sempre necessario verificare la compatibilità del servizio con i limiti di ordine pubblico che condizionano la disciplina dell'attività, pur nella piena validità del negozio giuridico che ne costituisce il fondamento: e l'ammissibilità di tali forme di trasporto dipenderà dal rispetto dei presupposti fissati dalla legge a tutela degli interessi pubblici di rilievo primario quali la sicurezza stradale e l'incolumità dei passeggeri.

Se sino a questo punto del ragionamento il parere in esame si era certamente contraddistinto per chiarezza ricostruttiva e lodevole sistematicità nella concettualizzazione giuridica, il Consiglio di Stato non giunge però a fornire una compiuta risposta alle molte questioni ancora aperte; esaurite le argomentazioni qui brevemente ripercorse, infatti, esso si limita a prendere atto delle posizioni espresse sulla questione Uber dall'AGCM e dall'Autorità di regolazione dei Trasporti, nonché dell'incompletezza della legislazione esistente in materia, disponendo per tale ragione la trasmissione del parere al Presidente del Consiglio ai sensi dell'art. 58 del regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato (R.D. 21 aprile 1942, n. 444).

L'esaminato parere ha pertanto il merito di aver fornito un quadro chiaro e tendenzialmente esaustivo del quadro normativo ed esegetico esistente sulla questione Uber: non v'è dubbio peraltro che ai fini dell'acquisizione di qualche ulteriore certezza in materia appaia ormai improcrastinabile un compiuto intervento normativo da parte del Legislatore che provveda a disciplinare la fattispecie in conformità con il diritto interno ed europeo e nel rispetto degli interessi pubblici primari in gioco.

4. *UBER come esempio del paradigma Smart: nuove funzioni pubbliche, confini mobili e quesiti aperti*

Il tentativo di ricostruzione della vicenda Uber che si è proposto in questa sede ha messo in luce una serie di difficoltà che tale figura ha fatto emergere tanto sul piano ricostruttivo quanto su quello dogmatico-interpretativo, nonché una serie di interrogativi che essa ha suscitato come conseguenza del misurarsi dell'ordinamento con fattispecie non direttamente riconducibili a quelle tradizionali del mondo giuridico.

Va in proposito evidenziato come la realtà attuale, condizionata dai fenomeni globali, dalla riduzione degli spazi fisici e dalla conseguente continuità politico-istituzionale tra sistemi normativi differenti, imponga un ripensamento dei modelli giuridici tradizionali e metta in evidenza la necessità di rivedere le conso-

lidate gerarchie tra interessi in virtù di nuovi meccanismi di contemperamento; indubbiamente lo sviluppo di internet e delle connesse nuove forme di comunicazione, nonché la diffusione di piattaforme inedite a carattere informatico e digitale ha reso più complesso il delicato compito di bilanciamento di valori spettante al Legislatore, all'amministrazione e al Giudice, ma resta pur sempre compito indeclinabile di questi ultimi quello di concorrere ad un adeguamento delle politiche pubbliche agli interessi concreti eventualmente emergenti nella società in continua evoluzione.

La figura di *UberPop* e il nuovo modello di concezione di trasporto che da essa discende sembrano rispondere, in questo senso, a quelle nuove esigenze di semplificazione, efficientamento dei servizi e uso razionale delle risorse in condivisione che caratterizzano il paradigma della *Smart City*, oggi spesso individuato come il modello virtuoso a cui ambire per ogni metropoli moderna³². Il predetto modello pare caratterizzato dall'intento di rendere più efficiente lo sfruttamento delle infrastrutture mediante l'utilizzo di piattaforme informatiche, ma anche dall'obiettivo di particolare rilievo sociale di fornire informazioni e progettare ed erogare servizi accessibili senza limitazioni anche a categorie deboli o svantaggiate, mirando a garantire la massima inclusività mediante la condivisione delle risorse; da ciò tuttavia discende anche un'ulteriore finalità propria del paradigma *Smart*, di maggior respiro e pertanto anche maggiormente ambiziosa, coincidente con il miglioramento della qualità della vita dei cittadini e con il complessivo accrescimento del capitale umano, anche attraverso strategie di rigenerazione e riqualificazione urbana³³.

In questo senso, d'altronde, il concetto di *Smart City* sembra più coerente-

³² Per una approfondita analisi giuridica sul tema si veda F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere)?*, in www.federalismi.it, 22/2015, 25 novembre 2015.

³³ In proposito sembra assai significativo, a conferma delle riflessioni richiamate e più in generale ai fini del presente lavoro, richiamare lo studio recentemente effettuato da alcuni economisti francesi in ordine all'impatto di Uber sulla popolazione delle *banlieues* parigine ed in particolare sulle opportunità di lavoro che esso sta fornendo a cittadini che vivono in contesti urbani caratterizzati dall'alto degrado socio-culturale. Dai risultati sociologici dell'analisi svolta sui profili dei *drivers* francesi, è emerso che il mestiere di conducente con Uber rappresenta ad oggi la via d'accesso al mondo del lavoro per molti giovani figli dell'immigrazione, contribuendo in tal senso non solo a ridurre in modo significativo la disoccupazione e la delinquenza delle periferie ma anche ad abbattere le barriere sociali, avvicinando mondi e persone che difficilmente avrebbero altrimenti occasioni di relazionarsi e promuovendo così una coesione sociale spontanea che da tempo pare perseguita anche attraverso interventi politico-istituzionali, sinora tuttavia rimasti senza risultato: cfr. A. LANDIER – D. SZOMORU – D. THESMAR, *Travailler sur une plateforme Internet. Une analyse de chauffeurs utilisant Uber en France*, 4 marzo 2016, in <http://t.uber.com/france-etude>.

Più in generale, cfr. anche il rapporto presentato dal gruppo professionale THE EUROPEAN HOUSE – AMBROSETTI, *Smart cities in Italia: un'opportunità nello spirito del Rinascimento per una nuova qualità della vita*, 2012, richiamato in F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere)?*, cit., 8.

mente riferibile alle comunità, piuttosto che alle città in senso stretto, tanto che all'ordinamento non pare del tutto sconosciuta l'espressione *comunità intelligenti*³⁴; ciò implica, anche nell'ottica della vicenda Uber concretamente in esame in questa sede, l'emersione di inedite questioni in ordine, da un lato, al ruolo riservato in tale nuovo modello al potere pubblico e, dall'altro, all'individuazione di un livello territoriale ottimale di riferimento per l'assunzione di tale ruolo.

Con riferimento al primo punto, va significativamente osservato che caratteristica essenziale delle figure che fanno capo al modello *Smart*, propria come tale anche di *UberPop*, appare in sostanza quella di essere espressione del principio costituzionale di sussidiarietà, inteso nella sua accezione orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), e pertanto emergere direttamente e spontaneamente dalla società, in assenza di concrete iniziative a tal fine da parte del potere pubblico; le operazioni e prestazioni che fanno capo a tali figure, pertanto, paiono espressione di iniziative che promanano direttamente dal basso, mirando a risultati di complessivo miglioramento della qualità della vita mediante aggregazione di risorse e informazioni e sfruttando la tecnologia, in ossequio ad una concezione nuova del consumatore che non è più soltanto utente passivo ma è capace di attivarsi assumendo iniziative che da semplice *consumer* lo rendono *prosumer*³⁵. Dando seguito a tale interpretazione, d'altra parte, pare di poter affermare che modelli di questo tipo, così come Uber, non sembrerebbero in realtà sovrapponibili a forme di servizio pubblico, nelle quali è certamente prevista, all'opposto, una organizzazione pubblicistica alla base dell'offerta di prestazioni all'utenza: la logica *smart*, invece, imporrebbe iniziative spontanee da parte dei cittadini, le quali possono trovare giustificazione anche in un intervenuto mutamento, ad esempio per ragioni socio-culturali, dei concreti bisogni della comunità, ai quali per ciò stesso lo strumento tradizionale del servizio pubblico potrebbe non essere più in grado di fornire adeguate risposte.

Con riferimento alle nuove fattispecie giuridiche che come *UberPop* si collocano in questa logica, pertanto, il ruolo pubblico dovrebbe forse essere ripensato in un'ottica di garanzia del principio fondamentale di eguaglianza sostanziale, concretandosi nell'obbligo di intervento per rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena parità tra i soggetti, favorendo le iniziative spontanee espressione

³⁴ Cfr. in tal senso già la deliberazione CIPE n. 150 in data 21 dicembre 2000, nella quale compare il riferimento al progetto «*Sviluppo di piattaforme abilitanti – “comunità intelligenti”*»; v. anche, più di recente, l'art. 20, commi 16 e 17, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla l.n. 17 dicembre 2012, n. 221.

³⁵ Per alcune delle riflessioni richiamate in queste pagine cfr. ancora F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere)?*, cit., 17 ss. Si segnala, a fini di completezza, che la figura del *prosumer* è progressivamente emersa come evoluzione di quella del consumatore tradizionale di pari passo con l'affermazione dei modelli di *sharing economy* e può essere definita come intermedia fra consumatore e professionista, indicando quei cittadini che producono beni o rendono servizi ad altri privati cittadini.

di sussidiarietà orizzontale che mirano a fornire una risposta universale ai bisogni delle comunità intelligenti. O forse, più radicalmente, è il concetto stesso di servizio pubblico che dovrebbe essere oggetto di ripensamento, nel senso di verificare se, quando i soggetti privati svolgono prestazioni accompagnate da obblighi legati alla tutela di interessi pubblici primari, non si sia in realtà in presenza di una estensione dell'area tradizionalmente considerata servizio pubblico, secondo un'accezione *oggettiva* dello stesso nella quale la connotazione pubblicistica si frammenta sulla totalità degli operatori³⁶; una simile interpretazione, d'altronde, imporrebbe la presa d'atto di un nuovo modo di intendere il servizio pubblico da parte degli utenti, che ad oggi appaiono maggiormente concentrati su profili di carattere sostanziale che richiedono un'offerta flessibile, continua ed integrata in risposta a quella che è stata definita domanda *intermodale*³⁷. Ciò che preme agli utenti, in altre parole, non è tanto la modalità di trasporto ma il risultato concreto di raggiungere una certa destinazione da un preciso punto di partenza; in questo senso, per rispondere in modo congruo alla nuova configurazione della domanda, la regolazione pubblica dovrà essere principalmente orientata a rendere la mobilità più efficiente ampliandone l'offerta anche attraverso modalità inedite.

In definitiva, quale che sia l'interpretazione a cui si vuole aderire, sembra palese che il ruolo primario dei poteri pubblici dinanzi alle nuove figure negoziali che rispondono alla logica *smart* sia in particolare da individuare nel dovere di implementare le esigenze di sviluppo della persona attraverso funzioni di coordinamento e di programmazione della e nella comunità di appartenenza; ciò rende senza dubbio privilegiati, quali soggetti a cui affidare tali funzioni, proprio gli enti locali, la cui già richiamata *politicità* ben descrive la relativa vocazione a farsi carico della cura degli interessi generali della collettività di riferimento.

Resta in ogni caso aperto il delicato quesito relativo all'ambito territoriale più indicato per tali funzioni: da sempre una delle questioni più complesse che riguardano prestazioni a carattere locale offerte all'utenza, aventi o meno natura di servizio pubblico, è coniugare la connotazione territoriale delle stesse con la rile-

³⁶ Tale suggestiva tesi è proposta ed approfondita, se pur con particolare riferimento al servizio radiotelevisivo italiano, da B. CARAVITA, *Un'occasione da non perdere: ripensare in senso oggettivo il servizio pubblico*, in www.federalismi.it, Focus – Comunicazioni, Media e Nuove Tecnologie, 1/2016, 4 marzo 2016, in part. 5 s.; l'Autore sottolinea come appaia ormai indispensabile superare la nozione di servizio pubblico in senso *soggettivo* incentrata sulla verifica di chi possa svolgere le relative funzioni, e concentrare invece l'attenzione sull'individuazione dell'oggetto del servizio con particolare considerazione per la qualità e le modalità di fruizione dello stesso, ripensandone i caratteri ai fini del suo adeguamento ai nuovi bisogni dell'utenza.

³⁷ Cfr. L. SENN, intervento al convegno *Trasporto e concorrenza. Il ruolo dell'Autorità di regolazione*, 24 novembre 2014, Milano, Università Bocconi; v. anche G. GREÀ – U. TORTORI, *Le coordinate della mobilità intelligente dalla tecnologia alla condivisione*, in *Smart City, la città si reinventa: strumenti, politiche e soluzioni per un futuro sostenibile*, Milano, 2015, 84 ss. Entrambe le opere sono richiamate da F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere)?*, cit., 18.

vanza degli interessi tutelati, che spesso trascendono tale dimensione per divenire di rilievo nazionale o addirittura europeo; occorrerà dunque tenere conto di una certa necessaria elasticità dei concetti e delle definizioni, nonché della natura mobile di alcuni confini concettuali, ed in particolare del fatto che il carattere locale di un «servizio» non sempre implica necessariamente tanto il contesto sul quale si esplica una determinata autorità quanto una specifica dimensione territoriale³⁸.

5. Conclusioni

Per fornire risposta ai tanti e delicati quesiti che restano aperti con riferimento alla vicenda Uber, nonché più in generale al nuovo paradigma che caratterizza l'offerta di prestazioni all'utenza mediate dal ricorso alla tecnologia, sembra inevitabile attendere l'introduzione in via legislativa di una disciplina che superi le incertezze sulla natura ed i caratteri di tali figure atipiche, anche mediante l'introduzione di norme a carattere definitorio, all'opposto correndosi il rischio di perdere anche le minime certezze esistenti stante la pluralità di opzioni interpretative in astratto possibili.

L'occasione per una prima presa di posizione politico-istituzionale sul tema potrebbe in proposito porsi nell'ambito della discussione alle Camere del disegno di legge sulla Concorrenza, prevista nelle prossime settimane: esso contiene infatti alcuni emendamenti favorevoli ai servizi NCC che provvederebbero a superare i vincoli al confronto competitivo già denunciati dall'AGCM (in particolare l'obbligo di rimessa) ed estenderebbero la disciplina anche al servizio *UberBlack*.

La questione Uber, tuttavia, non intercetta soltanto complesse questioni giuridiche a rallentare il suo percorso di compiuta definizione, ma anche opposizioni di carattere politico e culturale legate agli interessi di categorie e/o corporazioni tradizionalmente forti: la proposta di disciplinare già in sede di DDL Concorrenza i requisiti di professionalità e sicurezza dei conducenti, che aprirebbe la strada alla sperimentazione e allo sviluppo di *UberPop*, ha infatti incontrato opposizioni trasversali ed in particolare quella dei tassisti, i quali mediante reiterati scioperi sia

³⁸ Richiamando alcune considerazioni già svolte in apertura del presente lavoro, non pare superfluo sottolineare che nella Segnalazione dell'Autorità dei Trasporti del 21 maggio 2015, più compiutamente analizzata *supra*, si afferma come assuma rilevanza primaria, nell'ottica della modifica della disciplina quadro sull'autotrasporto di persone non di linea, la revisione del concetto di *territorialità*: l'Autorità propone al riguardo di rimettere alle Regioni l'individuazione dei bacini ottimali di gestione dei servizi di taxi e NCC in ragione della natura economica, culturale e turistica dei territori, nonché delle funzioni amministrative inerenti la fissazione del relativo fabbisogno numerico di vetture; tale proposta si concreterebbe, in sostanza, nell'ampliamento dell'ambito gestionale dei servizi, attualmente incardinato sul livello comunale. A completamento della nuova disciplina sarebbe altresì prevista la possibilità per le Regioni di stipulare accordi su base inter-regionale per regolare l'operatività dei servizi.

in Italia che all'estero hanno mostrato di voler far uso di ogni mezzo per rinviare il più possibile la diffusione di un servizio che minaccia il monopolio da essi acquisito sul trasporto pubblico locale: come già ricordato, peraltro, in questo senso assumerà rilievo determinante la pronuncia che si attende dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale potrebbe escludere in via definitiva l'esistenza di un rapporto di concorrenzialità fra i due servizi.

THE *UBER CASE* AND LOCAL PUBLIC SERVICES: REGULATION, JUDICIAL REVIEW AND A NEW ROLE FOR LOCAL AUTHORITIES

by Olivia Pini

Abstract

Within the new trends of today's administrative law, great interest has been raised by the subject of *technology services for mobility* (STM), and particularly by the *UberPop* issue; this system can be described as a passenger transport service, carried out by non-professional drivers, which aims to the matching between supply and demand by the use of a digital operating system and isn't subject to the public rules generally applied to other transport services such as taxis. Many different institutions (both *Authorities* and judges) have recently expressed their point of view on *UberPop*, particularly focusing on its nature, on its compliance to the law and most of all on pointing out the most suitable regulation for it; moreover, also the European Court of Justice has been lately involved in the matter. What seems to emerge from these facts is the urgent necessity, in this subject, of a new regulation, able to overcome its complexities and to enhance its advantages in terms of *smart technologies*' development and competition-promoting.

Il *welfare generativo* tra dimensione teorica e applicazioni pratiche: cenni sul ruolo degli enti locali

di Simona Polimeni

SOMMARIO: 1. Premessa: le dinamiche del *welfare* di fronte alla *soggettivizzazione* della domanda di giustizia. – 2. Il *welfare generativo*: un'analisi della proposta di legge della Fondazione Zancan. – 3. I soggetti del *welfare generativo* e il ruolo degli enti locali nella realizzazione delle azioni a corrispettivo sociale (ACS). – 4. *Giustizia riparativa* e *welfare generativo*: una nuova sfida?

1. *Premessa: le dinamiche del welfare di fronte alla soggettivizzazione della domanda di giustizia*

In ambito storico-giuridico, parlare di *welfare* ha significato per lungo tempo discutere di diritti e, in particolare, di diritti sociali, che hanno avuto il pregio di porre l'attenzione sulla persona, nella sua dimensione relazionale e quindi nel suo vivere associato. Al contempo, l'erogazione di prestazioni sociali è stata solitamente collegata alle categorie “deboli”, dapprima circoscritte prevalentemente alla classe lavoratrice e poi, via via, ampliatesi.

Posto che «i sistemi di *welfare* [...] si occupano di giustizia sociale»¹, questa visione dello Stato sociale è strettamente connessa alla teoria della giustizia di matrice rawlsiana. Tuttavia, l'evoluzione sociale ne ha messo inevitabilmente in luce le criticità e gli aspetti problematici, che sono stati sottolineati e discussi in particolare da Amartya Sen².

In primo luogo, nelle società moderne pluraliste e multiculturali, divenute al loro interno sempre più *confittuali*, emerge chiaramente che l'equilibrio raggiunto dall'accordo teorizzato da Rawls porta ad una soluzione *sottodeterminata*: infatti, aumentano valori e principi etici, politici e sociali, posti a fondamento di convincimenti non arbitrari e razionali su cosa sia “giusto”, ma essi sono tra loro

¹ Come nota O. DE LEONARDIS (*Principi, culture e pratiche di giustizia sociale*, in *Animazione sociale*, n. 12/2002, 1), che, di seguito, afferma: «Del resto, basta [...] ricordare la storia dello sviluppo del *welfare State*, che è storia di conflitti e di compromessi su questioni di giustizia, cioè su questioni di scelta pubblica su quale società consideriamo migliore. Oggi, tuttavia, nelle elaborazioni che accompagnano le trasformazioni del *welfare*, le questioni di giustizia tendono a restare in ombra, implicite».

² Per J. RAWLS v. ovviamente *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971-1999), trad. it., Milano, 2008. Per A. SEN, cfr. *The Idea of Justice* (London 2010), trad. it., Milano, 2010. Per una sintesi dell'*idea* di giustizia elaborata da A. Sen, cfr., fra gli altri, F. BARCA, *L'idea di giustizia di Amartya Sen: sintesi e osservazioni per l'uso quotidiano*, in *Parolechiave*, n. 1/2015, 17 e ss. V. pure L. BRUNI, *L'idea di giustizia di Amartya Sen*, in *Nuova Umanità*, n. 6/2011, 713 e ss.

profondamente *diversi* e sempre più difficilmente conciliabili³. Pertanto, anziché ricercare *una* soluzione (presuntuosamente) giusta, fondativa del “patto sociale”, Sen propone di incentrare l’analisi sulla ricerca di un metodo ottimale per confrontare e valutare le *diverse pratiche di giustizia*, confrontando valutazioni alternative e argomentazioni concorrenti, non in prospettiva astratta e «trascendentale», ma concreta e comparativa, per comprendere *come rimuovere l’ingiustizia*, oltre che come promuovere la giustizia.

In secondo luogo, «la soluzione perfetta non dà alcuna garanzia di attuazione», perché «i principi della teoria di Rawls riguardano solo le “istituzioni giuste”, non la loro realizzazione, ovvero le “società giuste”, che sono anche il risultato del comportamento effettivo degli individui»⁴.

³ A. SEN, *L’idea di giustizia*, cit., 31. Per comprendere meglio le critiche di Sen alle diverse teorie della giustizia che hanno, fino ad oggi, caratterizzato e fondato i diversi sistemi di *welfare*, sia consentito riportare un efficace esempio, brillantemente illustrato dall’Autore (alle pp. 28 e ss.). Consideriamo la seguente situazione: ci sono tre bambini, Anne, Bob e Carla, che stanno litigando per un flauto e si deve decidere a chi darlo. Anne è la sola che lo sa suonare; Bob è il più povero del gruppo e quel flauto sarebbe il suo unico giocattolo; Carla, invece, è più ricca di Bob, ma è quella che ha costruito faticosamente con il proprio lavoro il flauto e si sente defraudata dagli altri due, che accampano pretese nei confronti dello strumento. Sen fa notare che le diverse teorie della giustizia «trascendentali» porterebbero a tre scelte diverse: quella utilitarista lo assegnerebbe probabilmente ad Anne, quella egualitarista (di Rawls) a Bob, e quella liberale-pratica a Carla. «È qui che Sen afferma l’insufficienza di teorie che scelgono una sola dimensione per arrivare a definire politiche giuste (tra cui la stessa teoria delle *capabilities*, da lui stesso formulata). Sen indica invece che in questi casi il criterio “giusto” è quello del *dibattito pubblico*, che accetta l’incompletezza dei criteri e il conflitto tra di essi, e che, nonostante questo, [...] arriva ad una scelta, sulla base di più valutazioni che non potranno che essere contingenti, e sottoposte a continuo riesame e scrutinio critico (e quindi anche a cambiarle spesso nel tempo e nei diversi contesti culturali e storici). Per ogni scelta di giustizia, ciò che Sen propone [...] non è una teoria della giustizia in sé, ma criteri di scelta tra situazioni più o meno giuste»: così L. BRUNI, *L’idea di giustizia di Amartya Sen*, cit., 718-719. Si deve, però, notare che, non appena i protagonisti – tutti potenzialmente, fuor di metafora, *beneficiari* della prestazione in gioco – vengono messi in comunicazione tra di loro, instaurano dei particolari *legami*, per cui ben potrebbe ipotizzarsi la situazione in cui, per esempio, si decida di dare il flauto a Bob, perché è il bambino economicamente più svantaggiato e trarrebbe molto beneficio (in termini di felicità/benessere personale) dall’aver lo strumento (né si può escludere a priori che impari a suonarlo); ma, al contempo, si potrebbe porre in capo a Bob l’*onere* (di non danneggiare il flauto e di) cederlo periodicamente ad Anne per esercitarsi (valorizzando, in tal modo, il talento della bambina); ancora, si potrebbe chiedere ad Anne di accordarsi con Carla – che ha pur sempre il merito di aver costruito, con fatica, il flauto – per renderle una *controprestazione* che generi una qualche utilità per Clara stessa (“ripagandola”, così, del lavoro svolto), o ancora, per l’intera collettività (come ad es. suonare per Clara e per Bob). Inoltre, a ben vedere, così operando, i bambini non ottengono solo *ciascuno quanto gli spetta*, ma, al contempo, *si prendono cura* (del flauto e) *gli uni degli altri*. Quella riportata – come si tenterà di mostrare meglio *infra* nel testo – è solo una metafora (forse un po’ semplicistica) della *logica (generativa)* sottesa al corrispondente modello di *welfare (generativo)*, che, accanto ad una *giustizia dialogica e comparativa*, pone l’accento sulla *responsabilità* intesa come *cura reciproca*.

⁴ F. BARCA, *cit.*, 20. Non sorprende, infatti, se le cose stanno così, che lo stesso Rawls sia stato

In terzo luogo, l'imparzialità sottesa al patto iniziale rischia di apparire oggi ristretta e provinciale⁵, perché circoscritta – oramai irrealisticamente – entro i confini (sempre più erosi) di uno Stato sovrano⁶, e incapace di mediare tra dimensione universale e dimensione particolare dei diritti umani, per correggere eventualmente le distorsioni causate da diversi e possibili localismi⁷. Tale aspetto – forse il più problematico lasciato aperto dalla teoria di Rawls – è tanto più evidente quanto più si assiste all'intensificarsi dei flussi migratori⁸.

L'imparzialità sottesa alle teorie di giustizia «trascendentali» rischia, in tal modo, di essere semplicisticamente declinata come *indifferenza che produce esclusione*⁹.

In un simile contesto, si registra una «erosione dell'idealità»¹⁰, per cui i valori apicali dell'ordinamento (in teoria: «costituzionali») non sempre riescono a costituire un *limite* al potere, ma, esattamente al contrario, talvolta si mostrano cedevoli al *potere* che si cela dietro di essi. Potere che, se slegato completamente dalla dimensione politica generale per essere affidato al solo circuito delle garanzie giudiziarie del singolo, comporta la *soggettivizzazione delle questioni di giustizia*, causando un'eccessiva frammentazione sociale¹¹. Come è stato acutamente notato, «questo è il prezzo che è necessario pagare per il fatto che la moralità positiva ha perso di uniformità e di stabilità e la moralità critica è divenuta un elemento essenziale del contenuto delle norme giuridiche. [...] Questo è un problema serio, perché, mentre la morale deve essere critica, riflessiva e dialogale, il diritto deve

costretto a riconoscere che le persone necessitano di “incentivi” per comportarsi secondo i principi di giustizia stabiliti.

⁵ F. BARCA, *op. et loc. ult. cit.*

⁶ Sulla crisi della sovranità statale, fra i tanti, v. spec. G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2013, 905 e ss.

⁷ Non si può qui neppure accennare all'affascinante questione connessa alla tensione interna dei diritti fondamentali, sospesi tra particolarismo e universalismo. Si rinvia, tra i molti, a M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, 537 e ss.; e ai suggestivi spunti offerti da J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, 521 e ss.

⁸ Cfr., di recente e per tutti, C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, in corso di stampa.

⁹ A. SEN, *L'idea di giustizia*, cit., 102 e ss.

¹⁰ Così R. DE MONTICELLI (*Al di qua del bene e del male*, Torino, 2015, 17) descrive l'erosione dell'idealità: «Questo fenomeno è l'appiattimento del dover essere sull'essere, del valore sul fatto, della norma sulla pratica comune anche se abnorme, e in definitiva del diritto sul potere».

¹¹ Sembra qui condivisibile l'affermazione di G. AZZARITI (*Legislatore e giudice nella protezione dei diritti fondamentali. Il caso dell'Unione Europea*, in *Parolechiave*, n. 1/2015, 107), per cui «se la legislazione abbandona i diritti, non si può cercar rifugio tra le braccia di nessun giudice». Ma resta fermo che le Corti (costituzionali, in particolare) sono custodi di un *peculiare* tipo di *welfare* e dell'attuazione di precise «priorità costituzionali» (secondo la nota terminologia utilizzata da L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, 154 e ss.), la cui irragionevole compressione o opposizione alle esigenze economiche deve essere adeguatamente sanzionata.

essere certo e dotato di una qualche stabilità, altrimenti non risponde alle ragioni della sua esistenza. Quando il diritto è messo a contatto diretto con la moralità critica, si produce inevitabilmente l'instabilità del diritto, segno della presenza del pungolo morale. Frammentarietà della morale positiva e instabilità del diritto sono una sola cosa, cioè appartengono alla stessa fenomenologia sociale¹².

Spesso, i “nuovi diritti” prodotti dalla ricordata “soggettivizzazione” della giustizia sono stati assurti al rango di diritti fondamentali e, all'interno di questo ampio *genus*, sono stati ricompresi nell'alveo dei diritti sociali e considerati come *nuovi bisogni sociali*¹³, sebbene, a rigore, non tutti si possano definire tali. L'instabilità del diritto, così prodotta, si riverbera sul *welfare* che, per far fronte a tali dinamiche, si *flessibilizza*¹⁴. Non interessa qui indagare le cause della crisi del *welfare*¹⁵, ma ci si vuole piuttosto interrogare sulle “strategie” approntate dal “nuovo” *welfare* per far fronte alla disgregazione sociale che tale soggettivizzazione rischia di comportare.

Naturalmente, le strategie possono essere molteplici, ma la maggior parte di queste è accomunata da un richiamo costante alla necessità di perseguire una rinnovata *coesione sociale* e di incentivare la *responsabilizzazione* dei beneficiari delle prestazioni sociali.

Quella appena descritta sembra una reazione immediatamente collegabile alla frammentazione della sfera sociale causata dal passaggio dalla moralità positiva a quella critica, di cui si è detto. Ed ecco che, parimenti, sempre più spesso accade che teorie della giustizia e configurazioni del *welfare* siano caratterizzate da un penetrante riferimento ai *doveri*, che marginalizza la dimensione dei diritti (sociali). Con simili premesse, che modello di *welfare* si produce? Probabilmente un «welfare della moralizzazione, dove le questioni di giustizia sono soggettivate, trattate con il vocabolo della responsabilità personale e tradotte in giudizi morali»¹⁶. In tale modello di *welfare*, la figura centrale è quella della persona “povera ma

¹² F. VIOLA, *Diritto e morale: una rilettura aggiornata*, in A. Rovello e V. Viva (a cura di), *Legalità ed etica pubblica*, Assisi, 2015, 91-92.

¹³ Sui “nuovi” diritti sociali, cfr. per tutti S. SCAGLIARINI, «L'incessante dinamica della vita moderna». *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. CAVASINO – G. SCALA – G. VERDE, *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti del Convegno di Trapani 8 – 9 giugno 2012, Napoli, 2013, 235 e ss.

¹⁴ Come nota R. CASTELL, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Torino 2004, 88. Inoltre, è necessario considerare l'esistenza di una «diretta proporzionalità tra processo di espansione e inattuazione pratica dei diritti»: 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, 4.

¹⁵ Per la cui disamina, sia consentito rinviare a S. POLIMENI, *Il pieno sviluppo della persona umana tra diritto ed economia: alla ricerca di un indice di sviluppo economico per un welfare generativo*, in L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inesausta. La verifica delle teorie economiche che condizionano la costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016 (in corso di stampa). Le riflessioni sul *welfare generativo* che seguiranno riprendono in parte, e sviluppano, l'analisi iniziata nel lavoro appena citato.

¹⁶ O. DE LEONARDIS, *Principi, culture e pratiche di giustizia sociale*, cit., 14.

abile al lavoro” (c.d. *able-bodied poor*), «la cui condizione di bisogno resta associata alla capacità di svolgere una vita attiva, dunque di lavorare e di procurarsi un reddito – e le politiche relative sono quelle di sostegno al reddito e di inserimento lavorativo»¹⁷. E ancora, il giudizio morale sotteso a tale tipo di *welfare* «è guidato dal sospetto che la dipendenza sia volontaria, espressione di atteggiamenti irresponsabili e opportunistici, in definitiva di difetti morali. E a loro volta le misure [...] sono guidate da un intento moralizzatore. E la responsabilità assume i caratteri della *blame responsibility*, dell'imputazione di colpa»¹⁸. In particolare, però, «il principio di moralizzazione e la relativa stigmatizzazione della dipendenza incorrono nella classica trappola dell'ingiunzione paradossale (sii responsabile, altrimenti...) che nega ciò che vorrebbe far esistere. Le intenzioni dichiarate di superare il carattere paternalistico del *welfare State* e la dipendenza che esso crea producono un effetto paradossale: un'autorità che applica giudizi di meritevolezza, con il potere di distribuire premi e punizioni, ancora più letteralmente paternalistica del vecchio *welfare States*»¹⁹.

La verità, a ben vedere, è che pensare al soddisfacimento dei “nuovi” diritti sociali senza considerare una qualche forma di “attivazione” sociale da parte del beneficiario, di tipo deontologico, comporta l'affievolimento dei legami sociali, fino al rischio della loro definitiva rottura. In altri termini, i doveri di solidarietà – sapientemente enunciati dai nostri Costituenti come contraltare dei diritti fondamentali, nell'art. 2 Cost. – e il principio di responsabilità sono parti costitutive del *welfare*, ma non per trarne conclusioni semplicistiche, quindi paternalistiche e unilaterali, bensì per valorizzarne la specifica attenzione alla cura di ciascuna, singola persona, com'è implicito nei “nuovi diritti” sociali. Al contempo, però, i diritti sociali nemmeno devono essere “schiacciati” sui doveri di solidarietà, altrimenti la ricercata *coesione sociale* si trasformerebbe ben presto in *ordine sociale*, che reprime i conflitti sociali interni, percependoli come una minaccia, e attuerebbe politiche di tipo escludente, invece che integrante.

Sembra, cioè, che il “nuovo” *welfare* sia in continua tensione tra diritti e doveri, e non possa trascurare alcuno dei due estremi, senza esserne depotenziato.

¹⁷ Cfr., ancora, O. DE LEONARDIS, *cit.*, 8. Per tornare all'esempio descritto *supra*, dei tre bambini con il flauto, sembra, insomma, che tale modello di *welfare* della moralizzazione “conceda” il flauto a Bob, ma a patto che, al posto di giocarci, impari a usarlo e *dimostri* di saperlo suonare così bene da poter fare della musica il suo lavoro, o comunque una forma di sostentamento economico.

¹⁸ Così sempre O. DE LEONARDIS, *cit.*, 10 (c.vo dell'A.). Sembra utile riportare di seguito ancora una parte della riflessione, molto critica e interessante, dell'Autrice, secondo cui che il destinatario delle politiche di *welfare* «è costantemente “in prova”, sotto il profilo morale. Ed è costantemente in bilico sulla china dell'immiserimento, sotto il profilo materiale: l'“indipendenza dal welfare” così intesa, e il raggiungimento di una condizione lavorativa, è così misera che viceversa conferma uno stato di povertà. Si tratta spesso soltanto di una reimmissione della persona in una condizione al di sotto della “soglia di povertà”, e al di sotto della soglia di visibilità pubblica».

¹⁹ O. DE LEONARDIS, *cit.*, 10.

Infatti, solo il nesso armonico fra *diritti* e *doveri* – se si vuole, fra condivisione e competizione, fra solidarietà e merito – crea un circolo virtuoso coerente con un’adeguata teoria della giustizia²⁰.

Allora la giustizia (sottesa a questo tipo di *welfare*), nella sua aspirazione universalizzante, al fine di correggere la su menzionata *imparzialità che causa esclusione*, deve introdurre un elemento ulteriore, che Sen identifica nella *prossimità*²¹, declinata nei termini del “prendersi cura”. Si tratta di promuovere «la diffusione di un’imparzialità aperta», alimentata «dall’ampiezza di vedute degli uomini»; per cui Sen afferma lapidariamente: «è in virtù della forza dei mutui legami [tra gli esseri umani] che i confini della giustizia si dilateranno»²².

Perciò, nei sistemi di *welfare* aperti e plurali la giustizia sarebbe incompleta senza la *cura/custodia*. Infatti, «nel nesso giustizia-custodia troviamo un elemento universale-singolare. Nel linguaggio esiste la parola tutti ed esiste la parola ognuno: entrambe vogliono dire la stessa cosa, tranne che la prima riguarda la classe, gli individui nel loro complesso, la seconda riguarda il singolo individuo, la singolarità. Per capire bene il valore del tutti occorre pensarlo nella forma dell’ognuno: se tutti non fossero pensati nella forma dell’ognuno sarebbero traditi. Ecco, allora, il rapporto tra singolarità e universalità»²³.

Pertanto, accanto ad una teoria della giustizia che affronti le questioni critiche lasciate aperte da Rawls e, in genere, dai contrattualisti, è necessario teorizzare un tipo di *welfare* in cui *solidarietà* e *responsabilità* non mostrino (solo) il loro lato deontico (*sollen* necessario, ma non sufficiente), essendo piuttosto e prima di tutto componenti che alimentano la *relazionalità* insita nella prestazione sociale. E quest’ultima, si noti bene, non si esaurisce con l’erogazione, ma implica il “coinvolgimento attivo” del beneficiario, perché *generativo* di altra utilità sociale. Ciò, non solo per rinsaldare il legame sociale, ma per *includere* nel processo generativo di utilità sociale (privata e collettiva) il maggior numero possibile di soggetti, che, altrimenti, subirebbero un’ingiustizia (razionalmente argomentabile ed empiricamente percepibile).

Si potrebbe, inoltre, indirizzare teleologicamente l’*empowerment* del beneficiario. Com’è stato notato in dottrina²⁴, si ravviserebbe un ulteriore ambito di sviluppo dei diritti di libertà e, nell’alveo delle libertà *di*, potrebbero cogliersi peculiari

²⁰ Cfr., sul punto, A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell’età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (Cz), 2005.

²¹ A. SEN, *L’idea di giustizia*, cit., 181 e ss. Sul punto, cfr. anche le osservazioni di L. BRUNI, *L’idea di giustizia di Amartya Sen*, cit., spec. 720 e ss.

²² A. SEN, *L’idea di giustizia*, cit., 184.

²³ S. NATOLI, «Sono forse io il custode di mio fratello?». *Le radici antropologiche del prendersi cura*, intervista a cura di M. Conte, in AA. VV., *Il lavoro nella comunità locale. Percorsi di cittadinanza attiva, Quaderni di Animazione Sociale*, supplemento n. 2/2008, 20.

²⁴ Spunti in questo senso si colgono in A. BARBERA, *Prefazione*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 10.

“libertà *per*”, che andrebbero oltre il rapporto tra potere pubblico e autodeterminazione della persona (che è vista adesso come capace di un agire finalizzato) e pertanto potrebbe divenire necessario inserire all’interno di tale rapporto un elemento di strumentalità. In tal modo, il godimento di determinati diritti sociali potrebbe non essere fine a se stesso, ma *strumentale* al raggiungimento di un obiettivo che non può essere ostacolato, neppure indirettamente, dal potere pubblico (si pensi, ad esempio, alla residenza, il cui ottenimento è strumentale al godimento di altri diritti sociali o, in genere, di libertà). Inoltre, la strumentalità lascia spazio ad un’argomentazione razionale nell’attribuzione delle risorse e giustifica logicamente la presenza di *doveri* (insieme ai diritti), nella misura in cui, com’è stato notato, nella prospettiva «di una libertà finalizzata, l’esercizio di un diritto comporta sempre l’assunzione parallela di un dovere nei confronti della società; e ogni libertà è fondamento di responsabilità»²⁵. Si consideri, a titolo esemplificativo, il caso delle politiche *per* l’immigrazione poste in essere nel c.d. *modello Riace* (su cui si tornerà brevemente *infra*).

Un sistema di *welfare* che prenda in considerazione entrambe le dimensioni, del diritto e del dovere, *insieme*, non si può fermare all’erogazione della prestazione sociale, ma dovrà coinvolgere “attivamente” il beneficiario, che avrà *diritto* a godere della prestazione sociale, al fine di poter essere messo in condizioni di autodeterminarsi, altrimenti – si badi – le politiche di *welfare* poste in essere dallo Stato sociale non potrebbero dirsi “giuste”. Ma, al fine di evitare che l’autodeterminazione del singolo causi una qualche forma di *ingiustizia* nei confronti di altri potenziali beneficiari (o, comunque, genericamente dei consociati) e ciò determini la (parziale o totale) disgregazione dei legami sociali, il beneficiario dovrà essere inserito nel circuito circolare della *custodia*, che implica responsabilità (intesa come *cura*) e (doveri di) solidarietà reciproca.

È per queste ragioni che si spiega – appunto nella logica del *welfare generativo* – che all’erogazione della prestazione sociale si colleghi una *controprestazione a corrispettivo sociale*. Tale controprestazione non depotenzia il diritto sociale *dovuto* al beneficiario, ma è essenziale al fine di completare il circuito virtuoso “*giustizia - responsabilità - custodia*”, che solo se considerato in tutti i suoi elementi può aiutare a costruire un sistema di *welfare* che aspiri non solo ad essere giusto, ma parimenti a rimuovere l’*ingiustizia* (le due azioni, si badi bene, non sempre coincidono).

La “controprestazione” non serve ad eliminare la soggettivizzazione della domanda di giustizia – che resta un elemento costitutivo del “nuovo” *welfare* – ma serve, da un lato, a responsabilizzare il beneficiario e, dall’altro, ad evitare (o, quanto meno, a rendere più difficile) la disgregazione sociale e a tentare di rimuovere almeno in parte l’*ingiustizia* presente nella società, *nonostante* l’erogazione della prestazione. Tuttavia, sembra utile ricordarlo ancora una volta, la *responsabilità* qui considerata non assume i caratteri della *blame responsibility*, bensì quelli della

²⁵ F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 212.

cura/custodia, nei termini sopra illustrati, così da evitare la paternalizzazione del *welfare*. Ciò implica che il modello di *welfare* che si sta descrivendo sottende una teoria della giustizia che vada oltre la logica *redistributiva* e che abbia particolare riguardo per i c.d. bisogni di cura e, dopo averli soddisfatti con l'erogazione della prestazione sociale, *generi responsabilità di cura* a carico del beneficiario.

Quanto detto, non elimina ancora i “sospetti” che potrebbero celarsi dietro la previsione di una controprestazione a corrispettivo sociale, che verrà esaminata più dettagliatamente *infra*. Si spera, però, che il quadro generale che si è tentato di offrire, possa giustificare, almeno in parte, l'accento posto sul *dovere di solidarietà* e sul *principio di responsabilità* propri del modello *generativo*, senza destare il sospetto di cedere verso sistemi di *welfare* paternalistico.

Passiamo adesso ad illustrare meglio – attraverso il concreto esame di un interessante progetto di legge – le dinamiche insite nel c.d. *welfare generativo*.

2. Il welfare generativo nella prospettiva costituzionale: un'analisi della proposta di legge della Fondazione Zancan

Il modello di *welfare* oggetto del presente lavoro – la cui base filosofico-sociologica è volta al superamento della logica neo-liberista²⁶ – sembra in grado di superare le maggiori criticità della teoria di giustizia rawlsiana, sopra evidenziate, perché si fonda, essenzialmente, su una logica che consente il passaggio da un *welfare redistributivo*, appunto, ad un *welfare generativo*: il primo ha come unico soggetto agente le istituzioni pubbliche e si occuperebbe di *raccogliere e redistribuire*; il secondo, invece, include nel “circuitto” dell'erogazione sociale anche, anzi primariamente, la persona (più che l'istituzione) e, alle due funzioni appena menzionate, aggiunge *rigenerare, rendere, responsabilizzare*²⁷.

Di fatti, nella proposta di legge recentemente presentata dalla Fondazione Zancan²⁸, le finalità cui tenderebbe il *welfare generativo* sono le seguenti: *a.* perseguire il bene comune mediante l'incremento della coesione sociale e della solidarietà sociale; *b.* favorire il pieno sviluppo della persona e l'espressione delle sue capacità valorizzando l'apporto che può offrire al perseguimento del bene comune; *c.* realizzare il principio di solidarietà inteso come apporto responsabile di tutti alla costruzione del bene comune; *d.* promuovere lo sviluppo di soluzioni

²⁶ Per un'ampia analisi filosofico-sociologica della *generatività*, su cui non possiamo qui indugiare oltre, si rinvia a M. MAGATTI e C. GIACCARDI, *Generativi di tutto il mondo unitevi! Manifesto per una società dei liberi*, Milano 2014.

²⁷ Cfr. T. VECCHIATO, *Verso nuovi diritti e doveri sociali: la sfida del welfare generativo*, in *Dir. soc.*, n. 1/2014, 60; e M. BEZZE, D. GERON e T. VECCHIATO, *La lotta alla povertà con soluzioni di welfare generativo*, in *Studi Zancan*, n. 1/2014, 12.

²⁸ Per una presentazione generale della proposta, cfr. *Proposta di legge. Welfare generativo e azioni a corrispettivo sociale*, del 16 febbraio 2016, in www.fondazionezancan.it.

che valorizzano e incrementano le risorse disponibili per un nuovo sistema di welfare»²⁹.

Il nucleo strutturale centrale del *welfare generativo* si ravvisa, come si è detto, nella proposta di collegare all'erogazione della prestazione sociale, una *controprestazione* (o *azione a corrispettivo sociale* - ACS), consistente nello svolgimento di un'attività di utilità sociale. Nella proposta di legge citata, il *welfare generativo* è definito come «l'insieme delle modalità di rigenerazione e rendimento delle risorse a disposizione del sistema di welfare, mediante la responsabilizzazione dei soggetti destinatari di interventi di sostegno [...] che realizzano azioni a corrispettivo sociale»³⁰. Inoltre, al successivo art. 3, par. 2, è specificato che le ACS «contribuiscono alla realizzazione degli obiettivi costituzionali connessi alla tutela della salute e all'assistenza sociale; alla tutela e valorizzazione dell'ambiente e dell'ecosistema; alla valorizzazione della cultura; all'educazione ed istruzione; all'inclusione sociale, alle pari opportunità e al superamento di ogni forma di discriminazione; al sistema della protezione civile», e costituiscono, pertanto, attuazione dell'art. 117, II co., lett. m), Cost. (art. 4).

I teorici del *welfare generativo* si sono premurati di tracciare i contorni di questa “corrispettività”, che non vuole ricalcare la logica contrattuale sinalagmatica e non rappresenta uno «scambio di equivalenti», ma piuttosto una misura improntata alla ragionevolezza, intesa come *proporzionalità*: il beneficiario della prestazione sociale dovrebbe fornire una controprestazione corrispondente alle proprie capacità e possibilità, che diventerebbe così occasione di emancipazione sociale³¹.

Nella citata proposta di legge, le azioni a corrispettivo sociale sono così definite: «Per azioni a corrispettivo sociale (ACS) si intendono quelle attività che comportano il coinvolgimento attivo e responsabilizzante del soggetto destinatario di interventi di sostegno, definito Attore di ACS, finalizzato a rafforzare i legami sociali; a favorire le persone deboli e svantaggiate nella partecipazione alla vita sociale; a promuovere a vantaggio di tutti il patrimonio culturale e ambientale delle comunità; in generale, ad accrescere il capitale sociale locale e nazionale»³².

Si discute molto in dottrina per comprendere se l'erogazione della prestazione sociale sia *condizionata*, o meno, allo svolgimento dell'azione a corrispettivo

²⁹ Art. 1 della *Proposta di legge*, in *Welfare generativo e azioni a corrispettivo sociale. Proposta di legge*, Studi Zancan, n. 6/2015.

³⁰ Art. 2, par. 1, *Proposta di legge* cit.

³¹ Cfr. E. ROSSI, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, 11 e ss.; C. COLAPIETRO, *Alla ricerca di un Welfare State “sostenibile”: il Welfare “generativo”*, 39 e ss.; A. IANNUZZI, *La garanzia dei diritti sociali fra ipotesi di «nuovi» doveri e richieste di assunzione di maggiori responsabilità individuali. Riflessioni sul Welfare generativo e sulla comunicazione dei costi delle prestazioni sanitarie*, 55 e ss., tutti in *Dir. soc.*, n. 1/2014.

³² Art. 2, par. 2, *Proposta di legge* cit.

sociale. Sul punto, invero, non sembra esserci unanimità, laddove alcuni Autori ravvisano la novità del *welfare generativo* proprio nel fatto che la controprestazione sarebbe *condizionante*. A seconda di quanto “stretto” sia il legame che unisce la prestazione alla controprestazione, quest’ultima si configura come un semplice onere, un dovere o addirittura un obbligo del beneficiario. Inoltre, a seconda del “tipo” di diritto sociale coinvolto, cambierebbe il carattere giuridico della controprestazione, che sarebbe quindi “a geometria variabile”: essa si configurerebbe ora come onere, ora come obbligo.

A parere di chi scrive, sarebbe però preferibile l’esclusione dell’*obbligo*, poiché, ammettendo tale categoria, si dovrebbe collegare all’erogazione di una prestazione sociale a favore di un beneficiario l’adempimento di *una precisa* controprestazione, posto che l’obbligo si ricollega ad un interesse *particolare*. Di converso, come si è tentato di mostrare, si ritiene qui che la controprestazione non sia finalizzata al compimento di *una particolare azione a corrispettivo sociale*, ma sia funzionale alla realizzazione della *libertà per*, di cui si è detto *supra*, al *pieno sviluppo della persona* e alla rimozione di eventuali ulteriori *ingiustizie* persistenti nonostante l’erogazione della prestazione, che non sono determinabili a priori, ma individuabili a seguito di un processo dialogico e comparativo.

Sarebbe allora preferibile inquadrare la controprestazione nella categoria dell’*onere*, sebbene anche questa non sia completamente scevra da fraintendimenti. In questo caso, la controprestazione dovrebbe essere una libera facoltà del soggetto beneficiario e rappresenterebbe «una sorta di “restituzione sociale” (e non di corrispettivo monetario o di partecipazione al costo) da parte di chi riceve un servizio»³³, e solo in questi termini la si potrebbe ritenere in qualche modo *condizionante* un diritto sociale (fondamentale).

Tuttavia – considerando che la prestazione precede sempre la controprestazione e che nessuna sanzione dovrebbe essere collegata all’inadempimento di quest’ultima (se il modello in esame aspira ad inserirsi coerentemente all’interno del sistema costituzionale) – l’unica alternativa consisterebbe nel collegare la controprestazione ad un “servizio” di cui il beneficiario inadempiente non potrebbe più usufruire³⁴. Questa conclusione, però, comporterebbe la necessaria esclusione dalle dinamiche di *welfare generativo* proprio di gran parte dei LEP (livelli essenziali delle prestazioni). Se così è, la reale utilità di tale modello si dovrebbe misurare anche in ragione di *quanto* le ACS riusciranno effettivamente a diffondere la tutela e la garanzia dei diritti sociali oltre il loro nucleo essenziale, per permettere al beneficiario di oltrepassare la “soglia minima”, che spesso assurge a limite impeditivo (anche e soprattutto per questioni economico-finanziarie, che

³³ E. Rossi, *Prestazioni sociali con “corrispettivo”? Considerazioni giuridico-costituzionalistiche sulla proposta di collegare l'erogazione di prestazioni sociali allo svolgimento di attività di utilità sociale*, in *Consulta Online*, 23 settembre 2012, 5.

³⁴ Così E. Rossi, *Prestazioni sociali con “corrispettivo”?*, cit., 7 e 14 e ss.

sarebbero notevolmente ridimensionate con la logica generativa) per guardare ai diritti sociali nel loro insieme, come «capacità combinate»³⁵.

Il “confinamento” della controprestazione entro la categoria dell’onere potrebbe, invero, comportare un’evoluzione – auspicabile – dell’intero impianto del *welfare generativo*, verso una “unificazione” delle sue componenti (prestazione e controprestazione), viste non come momenti logicamente separati, bensì come inscindibili, per attuare un *certo tipo* di politiche di *welfare*. Per tale via, si potrebbe giungere a considerare in prospettiva *generativa* i diritti sociali, che non saranno più (solo) meri diritti a prestazione, ma «diritti a corrispettivo sociale»³⁶, «diritti a relazione», «socialmente condizionati»³⁷. In tal modo, il *welfare* non è visto riduttivamente come un costo da razionalizzare, ma come un vero e proprio *investimento sociale*³⁸. In breve: in un modello ottimale di WG (*welfare generativo*), l’erogazione della prestazione sociale “dovrebbe” essere ontologicamente inscindibile dalla controprestazione (che pure “rimarrebbe” libera), in un’auspicabile logica *circolare*³⁹, se si vogliono attuare politiche di *welfare* che siano espressione di una teoria della giustizia che abbia come destinataria la *persona*, intesa sia come *singulus* che come *socius*⁴⁰. Infatti, occorre tenere a mente la dicotomia «che mette in luce i due volti della solidarietà come strumento di integrazione: *la solidarietà che si riceve* – a volte, persino, si pretende – da una comunità davanti a un giudice e *la solidarietà che si offre*, non solo per generosità, ma perché il gesto di solidarietà consente di integrarsi, di interessare delle relazioni che sono a beneficio di chi le riceve, ma anche del suo protagonista. Nella dinamica della solidarietà, beneficiario e agente sono spesso indistinguibili; o meglio, convivono presso lo stesso soggetto»⁴¹.

³⁵ Per tale definizione, cfr. M.C. NUSSBAUM, *Capabilities and Human Rights*, in *Fordham Law Review*, n. 2/1997, 293.

³⁶ T. VECCHIATO, *Verso nuovi diritti*, cit., 153.

³⁷ E. LONGO, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, n. 1/2014, 74; ID., *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, 2012, spec. 431 e ss.

³⁸ T. VECCHIATO, *Il welfare generativo, una sfida politica e sociale*, in *Studi Zancan*, n. 4/2014, 40.

³⁹ E. ROSSI, *Prestazioni sociali con “corrispettivo”?*, cit., 18, parla di «circularità della solidarietà», atta a mettere in comunicazione «le due dimensioni della solidarietà»: quella c.d. *pubblica* o “*paterna*” e quella *doverosa* o *fraterna*.

⁴⁰ Entrambi questi aspetti, d’altronde, sono insiti già nell’etimologia greca (ma anche latina) della parola *persona*, che, rinviando alla “maschera” teatrale, designa al contempo la singolarità dell’individuo, che si soggettivizza immedesimandosi nelle caratteristiche proprie del personaggio che dovrà rappresentare, e la necessità di confrontarsi con la comunità/collettività, composta dagli altri personaggi, per comprendere e recitare meglio il proprio ruolo. Per una disamina dell’etimologia della parola, cfr. F.A. TRENDELENBURG, *Per la storia del termine persona*, Brescia, 2015, spec. 41 e ss.

⁴¹ M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, 30-31 (c.v.o dell’Autrice). Una simile accezione dei doveri inderogabili di solidarietà è stata ribadita di recente dalla Corte costituzionale nella sent. n. 119/2015, sulla quale cfr. A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in

Da un punto di vista più strettamente costituzionale, sembra utile ricordare che l'art. 3, par. 1, della citata proposta di legge statuisce che le azioni a corrispettivo sociale mirano a dare concreta attuazione ai seguenti principi costituzionali: «*a.* principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione, come specificato dalla previsione contenuta nell'art. 4, secondo comma, della Costituzione; *b.* garanzia dei diritti inviolabili della persona, sancita dall'art. 2 della Costituzione, realizzata anche attraverso il contributo da questa offerto al perseguimento del bene comune; *c.* principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione».

A parere di chi scrive, da tale assunto può essere enucleato un punto di forza e un punto debole, sul piano dei principi ispiratori delle azioni a corrispettivo sociale, che rivelano il delicato equilibrio in cui si trova questo singolare modello di *welfare*.

Da un lato, sembrerebbe che il riferimento al principio di solidarietà come declinato nell'art. 4, II co., Cost. implichi un rinvio al principio lavoristico, ma solo per quanto concerne la *scelta* dell'attività da svolgere⁴², purché contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, e non certo con riguardo al diritto-dovere di un lavoro retribuito; dato ulteriormente confermato dall'adesione *su base volontaria* del beneficiario (art. 6, par. 1), dalla precisazione del *carattere temporaneo* delle ACS e della necessità che queste siano volte a realizzare *servizi che non potrebbero essere oggetto di attività lavorativa retribuita* all'interno dell'ente attuatore (art. 6, par. 4). Per cui si dissolve almeno in parte il timore sia di vedere beneficiari persone "dequalificate" in virtù delle mansioni loro affidate, a titolo di controprestazione, sia di involvere verso un insperabile *welfare-to-work* (o *workfare*), ovvero di alimentare dinamiche viziose di sfruttamento del lavoro svolto dai beneficiari delle misure di *welfare*.

Dall'altro lato, però, si deve sottolineare la mancanza dell'importante riferimento all'art. 3, II co., Cost. tra i principi ispiratori a cui le ACS dovrebbero dare attuazione; se si considera, poi che un esplicito richiamo al *pieno sviluppo della persona* è inserito, come si è visto, tra le finalità della legge (art. 1), si potrebbe pensare ad una semplice dimenticanza (altrimenti si dovrebbe parlare di incoerenza interna). Tuttavia, il mancato riferimento all'art. 3, II co., Cost. è degno di nota nella misura in cui "sbilancia" la controprestazione verso la dimensione dei *doveri* (solidarietà sociale; responsabilizzazione; dovere di contribuire al progresso materiale o spirituale della società; garanzia dei diritti inviolabili subito "smorzata" dal riferimento al contributo offerto al perseguimento del bene comune), posponendo quella dei *diritti* (funzionali appunto al perseguimento del *pieno sviluppo*). La controprestazione, infatti, rileva anche in quanto idonea a (re)inserire

Rivista Aic, n. 4/2015.

⁴² Per tale lettura del disposto di cui all'art. 4, co. II, Cost., cfr. C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema demodè: il diritto al lavoro*, in *Pol. dir.*, n. 1/1995, 4 e ss.

il beneficiario del servizio all'interno di un tessuto sociale, dal quale era rimasto (più o meno, a seconda dei casi) estraneo, o in cui, in ogni caso, partecipava passivamente. Altrimenti, sarebbe davvero arduo distinguere il *welfare generativo* dal c.d. *welfare attivo*, modello suggestivo, che sembra, però, incentivare l'*empowerment* del soggetto beneficiario della prestazione sociale al fine di renderlo *indipendente dal welfare*; laddove, invece, il *welfare generativo* dovrebbe mirare a rendere la persona indipendente non *dal welfare*, ma *nel welfare*, inteso come comunità sociale solidale che il beneficiario stesso concorre ad alimentare e sviluppare, promuovendo la giustizia e rimuovendo al contempo l'ingiustizia.

In conclusione, se ci si dimentica che la responsabilità deve essere intesa come *cura* e non come criterio di meritevolezza (*blame responsibility*), si rischia di compromettere l'intero sistema del *welfare generativo*, che si alimenta del difficile equilibrio tra due poli: diritti e doveri; soddisfazione dei propri bisogni (giustizia) e cura di quelli degli altri (responsabilità). Obiettivo ultimo, in una teoria aperta e dialogica della giustizia, è il prendersi cura gli uni degli altri: un sano Stato sociale e sussidiario, insomma, mal sopporta cittadini *indifferenti*. D'altronde, l'art. 3, II co., Cost. evidenzia bene questo aspetto dello Stato sociale, nella misura in cui inserisce, accanto al *pieno sviluppo della persona*, l'*effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*, a riprova del fatto che le due dimensioni della persona, individuale e sociale, sono complementari e non possono essere tenute distinte.

3. *I soggetti del welfare generativo e il ruolo degli enti locali nella realizzazione delle azioni a corrispettivo sociale (ACS)*

Si cercherà, adesso, di comprendere – sempre alla luce di quanto delineato nella citata proposta di legge – quali sono le procedure adottabili per la realizzazione delle azioni a corrispettivo sociale (ACS).

Innanzitutto, il soggetto beneficiario della prestazione sociale (c.d. Attore di ACS) non è lasciato solo nella realizzazione della controprestazione, ma si avvale della «sistematica collaborazione» di: Stato, Regioni e Comuni; enti del Terzo settore ed enti religiosi; cittadini associati per la cura dei beni comuni o per lo svolgimento di attività socialmente utili; e infine, scegliendo una clausola aperta, si lascia spazio ad «ogni altro ente pubblico o privato che promuova ACS»⁴³.

Gli *Attori di ACS* svolgono materialmente l'azione a corrispettivo sociale (art. 5, par. 2). Invece, gli enti menzionati *supra* svolgono funzioni parzialmente diverse: Stato, Regioni e Comuni hanno il compito di *promuovere, regolare, moni-*

⁴³ Art. 5, par. 1, *Proposta di legge* cit.

torare e valutare le ACS⁴⁴; gli altri enti menzionati (c.d. Enti attuatori) *progettano e coordinano* le ACS⁴⁵.

È evidente l'importanza del ruolo assegnato agli Enti locali nella realizzazione delle azioni a corrispettivo sociale: questi sono riguardati, a ragione, come luoghi privilegiati per l'attuazione delle misure di *welfare generativo*. Pertanto, nella proposta di legge si ripartiscono sussidiariamente i compiti tra i diversi enti; infatti, l'art. 5, par. 3, statuisce: «A livello statale vengono definiti i criteri generali per la realizzazione di strategie di WG e gli elementi qualificanti delle ACS; le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano definiscono, nell'ambito delle proprie competenze, le modalità di sviluppo strategico e contribuiscono al monitoraggio delle ACS; gli enti locali [singolarmente o in forma associata] organizzano sul proprio territorio il registro della ACS [...]», provenienti dagli *Enti attuatori*, aventi sede o operanti nel territorio di competenza (art. 6, par. 2).

Nel momento in cui gli *Attori di ACS* (ossia i beneficiari della prestazione sociale) aderiscono alla proposta di ACS, gli enti responsabili dell'erogazione della prestazione sociale, direttamente o mediante soggetti terzi, sottopongono loro i registri comunali che raccolgono le ACS, in modo da poter individuare quella che intendono realizzare. Successivamente a tale scelta, ogni *Attore di ACS* sottoscrive un accordo di attuazione con l'ente erogatore della prestazione e con l'*Ente attuatore*, che ha progettato l'azione a corrispettivo sociale scelta e ne coordinerà l'attuazione.

Gli enti locali rivestono un ruolo importante nella delicata operazione della misurazione del valore sociale ed economico prodotto dalle azioni a corrispettivo sociale, che dovrà tenere conto: *a)* del valore economico generato mediante ACS, rapportato al costo della prestazione sociale erogata; *b)* dell'esito individuale e dell'impatto sociale di tali azioni, con particolare riguardo rispettivamente all'attore di ACS e a coloro che ne beneficiano» (art. 7, par. 1). I risultati di tale misurazione saranno pubblicati in un'apposita sezione del registro in cui è iscritta l'azione a corrispettivo sociale.

Le risorse così generate potranno essere reinvestite dagli *Enti attuatori*, per incrementare l'impatto sociale delle ACS e promuovere l'inclusione sociale nel territorio in cui operano (art. 8).

Si demanda il monitoraggio complessivo dell'attuazione delle ACS al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, insieme alle Regioni. Inoltre, è previsto che, entro il 31 marzo di ogni anno, i Comuni (singoli o associati) debbano trasmettere al Ministero del lavoro i dati relativi alle ACS realizzate. Sulla base di tali dati, il Ministero predisporrà un rapporto annuale di monitoraggio delle ACS (art. 9).

Infine, si prevede che ogni Comune (singolo o associato) presso cui è istitu-

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 5, par. 3, *Proposta di legge* cit.

⁴⁵ Art. 5, par. 4, *Proposta di legge* cit.

ito un registro delle ACS, realizzi una rendicontazione pubblica del valore sociale prodotto mediante le ACS sul territorio (art. 10).

La proposta di legge brevemente analizzata consente di comprendere meglio il meccanismo di realizzazione delle ACS, in un continuo interscambio tra Enti attuatori, Enti regolatori e singoli beneficiari, manifestando la fecondità operativa e la funzionalità del principio di sussidiarietà, in tutte le sue forme. Si sottolinea, in particolare, la pregevole scelta di incaricare i Comuni, singoli o associati, di redigere il registro delle ACS, quale ente più vicino al cittadino e più consono alla regolazione, alla promozione e al monitoraggio delle ACS sul territorio.

Riconosciute queste buone caratteristiche “di principio”, bisognerà poi vedere quali attività di *welfare* potranno concretamente rientrare nel modello generativo così delineato, che in teoria si presta a realizzare sia un’*estensione soggettiva* (del numero dei beneficiari che possono accedere alle prestazioni sociali e aderiscano alle ACS), sia un’*estensione oggettiva* (del numero dei servizi erogati), senza incorrere nel rischio di produrre inefficienze economiche, difficilmente gestibili, specie nei periodi di crisi finanziaria.

All’interno della prima tipologia di estensione, si potrebbero far rientrare le politiche *per* l’immigrazione attuate a livello locale e consistenti nell’erogazione di una prestazione sociale (che vada “oltre”, s’intende, il nucleo essenziale dei diritti coinvolti, che naturalmente, com’è noto, per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, deve essere garantito a prescindere dalla cittadinanza⁴⁶) agli immigrati, subordinata alla realizzazione di un lavoro di pubblica utilità o allo svolgimento di una particolare attività lavorativa finalizzata allo sviluppo locale (si pensi nuovamente al c.d. *modello Riace*, ripreso dalla legge della Regione Calabria n. 18/2009)⁴⁷.

All’interno della seconda tipologia di estensione potrebbe rientrare, invece, il c.d. *baratto amministrativo*, che consiste, come si sa, nella possibilità offerta ai contribuenti morosi di pagare le tasse comunali non in denaro, ma svolgendo lavori di pubblica utilità, ipotesi su cui com’è noto ci sono sperimentazioni in diversi Comuni.

La proposta di legge esaminata – forse con un pizzico di dirigismo paradossalmente in contrasto con lo spirito di libertà che ispira le ACS – mira a dare al *welfare generativo* una struttura unitaria e ordinata in sistema.

⁴⁶ Cfr., di recente e per tutti, M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 23 e ss.

⁴⁷ Cfr. M. RICCA, *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare il “globale” tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Bari, 2010 e, se si vuole, S. POLIMENI, *Un imprevedibile circuito virtuoso: disciplina sull’immigration regime ed esigenze di sviluppo locale (Notarella a margine della L. reg. calabrese n. 18/2009)*, in questa *Rivista*, n. 2/2015, 271 e ss. e in C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016 (in corso di stampa).

4. *Giustizia riparativa e welfare generativo: una nuova sfida?*

Una, pur breve, riflessione a parte merita l'art. 11 della citata *Proposta di legge*, che estende le ACS in ambito penale e penitenziario.

Il suddetto articolo statuisce che: «I soggetti destinatari di misure ed interventi di esecuzione penale esterna, messa alla prova ed affidamento ai servizi sociali previsti dalla disciplina penale vigente possono essere ammessi allo svolgimento delle ACS ai sensi della presente legge, secondo modalità definite dall'amministrazione penitenziaria».

È possibile leggere questo disposto limitandosi a considerarlo come l'introduzione di un ulteriore strumento, che si affiancherebbe a quelli già conosciuti dai sistemi punitivi. Utile, insomma, ma non indispensabile, né forse tanto meno innovativo.

Oppure, si potrebbe tentare di affidare al *welfare generativo* un compito ulteriore, che ben si inserirebbe nella logica generativa che dovrebbe alimentare l'intero modello. Si potrebbe, cioè, tentare di rinvenire all'interno del disposto di cui all'art. 11 della proposta di legge esaminata – e, in generale, all'interno del *discorso* sul WG – uno “spazio normativo” in cui sviluppare le misure proprie della c.d. *giustizia riparativa* (*restorative justice*). Questo peculiare modello di giustizia – di cui è stato detto: «se ne parla tanto, ma si pratica poco»⁴⁸ – è stato spesso ridotto dal legislatore al risarcimento del danno alla vittima del reato, ovvero allo svolgimento di attività socialmente utili o di volontariato sociale imposte dal giudice al condannato. Invero, anche queste misure potrebbero rientrare nella logica della giustizia riparativa, ma non sempre e in assoluto, perché si debbono, di volta in volta, esplorare le dinamiche interne che le giustificano e a cui si ispirano.

La Risoluzione n. 12/2002 del Consiglio Economico e Sociale dell'Onu, contenente i *Basic Principles* della *restorative justice*, fornisce una definizione simile a quella contenuta nella Direttiva 2012/29/UE, la quale, all'art. 1, lett. d) statuisce che – per giustizia riparativa – s'intende «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale» (in questo caso, dunque, la *mediazione* riveste un ruolo particolarmente importante).

Si riscontra, in tale definizione, una logica simile a quella generativa, suggerita immediatamente da alcune assonanze terminologiche: la *partecipazione attiva* della vittima e del reo; il fine ultimo della “ricostruzione” (per mezzo del diritto) di un legame sociale altrimenti definitivamente spezzato, e del *pieno sviluppo di tutti gli attori coinvolti* nel processo, posto che tale sviluppo è stato bruscamente

⁴⁸ C. MAZZUCATO, *Ostacoli e «pietre d'inciampo» nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. Mannozi e G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, 121.

interrotto (sia per il reo, che, si badi, per la vittima) a seguito della commissione del reato; la *produzione*, in ultimo, di *utilità sociale*, direttamente percepibile e quantificabile, funzionale alla *responsabilizzazione* del reo (e, a volte, anche della vittima), alla *rimozione dell'ingiustizia* e alla *creazione di un nuovo legame solidaristico*, che permette il reinserimento sociale del reo (e della vittima). Preme sottolineare, ancora una volta, come anche in questo caso la *responsabilità* non debba scivolare negli angusti spazi della *blame responsibility*, ma deve essere ricompresa nella più ampia prospettiva – che sarebbe ingeneroso considerare ingenua – della *custodia* e della *cura*⁴⁹.

Inoltre, bisogna considerare che «lo specifico della *restorative justice* sta non solo nel *cosa* si fa, ma altresì nel *come* lo si fa (volontarietà e partecipazione) e nel come si giunge (in modo attivo e partecipativo; reo-vittima-collettività insieme) agli impegni per il futuro che non sono esclusivamente riparativi dell'offesa arrecata, ma che sono soprattutto riparativi delle *relazioni*, potendo implicare modalità di interazione (di distanza o vicinanza) tra colpevoli, vittime e collettività che si dipanano nell'avvenire dei rapporti tra le persone separate-unite dal reato»⁵⁰.

Si può notare un'ulteriore “assonanza” tra *welfare generativo* e *giustizia riparativa*. Se il primo, come si è visto, aggiunge alle classiche funzioni del *welfare* quelle di *responsabilizzare*, *rendere*, *rigenerare*, la *giustizia riparativa* dovrebbe indurre il reo (ma anche la vittima del reato) a «*riconoscere*, *rimediare*, *ricucire*»⁵¹. Al di là dell'inevitabile retorica insita in tali espressioni, sembra, insomma, che entrambi gli istituti tendano allo stesso fine e si potrebbero implementare a vicenda.

In particolare, se si coglie la suggestione di chi autorevolmente ritiene che «la Repubblica [sia] legittimata a punire in proporzione a quanto realmente “rimuove” gli ostacoli e “promuove” o “tutela” i fattori propizi al pieno sviluppo della persona umana»⁵², si può facilmente notare lo stretto legame che sussiste tra *welfare* (in generale, e *welfare generativo*, in particolare) e *giustizia riparativa*. Il primo potrebbe addirittura divenire la *misura* del sistema punitivo, per mitigare la componente afflittiva della pena (naturalmente senza poterla eliminare del tutto), e per estendere, infine, la logica riparativa a *tutto il periodo* dell'esecuzione della pena stessa⁵³.

⁴⁹ Suggestivo appare, a tale riguardo, quanto scrive G. MANNOZZI, *Epilogo. La «visione» di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, in G. Mannozi e G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., 237: «L'atto linguistico della mediazione è [...] profondamente diverso da quello del processo: dà voce alle vittime, promuove empatia, diviene “veicolo di condivisione dell'esperienza dell'offesa”, è “linguaggio della premura” intesa quale “cura e com-passione”, sollecita responsabilizzazione, interpella alla riparazione, lavora per il riconoscimento dell'altro in una prospettiva di reciprocità, non già di azioni o di beni ma di *valore* tra i soggetti agenti» (c.vo dell'Autrice).

⁵⁰ C. MAZZUCATO, *Ostacoli e «pietre d'inciampo» nel cammino attuale della giustizia riparativa*, cit., 130. (c.vo dell'Autrice).

⁵¹ C. MAZZUCATO, *op. cit.*, 133 (c.vo aggiunto).

⁵² Così, L. LOMBARDI VALLAURI, *Dimensionamenti della retribuzione*, in G. Mannozi e G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., 47.

⁵³ Diversamente, infatti, come nota P. CIARDIELLO (*Giustizia riparativa, diritti e welfare plurale*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 1/2009, 87), «il rischio da segnalare è quello di una sostanziale

Se si vogliono attuare, per mezzo del *welfare generativo*, misure proprie di giustizia riparativa, ci si accorgerà che in questo caso il beneficiario non sarà uno, ma saranno due (il reo e, in misura variabile da caso a caso, la vittima), da considerare contestualmente. In ogni caso, la struttura dell'impianto generativo potrebbe restare invariata.

Così operando, si passerebbe dalla «delega della gestione dei conflitti al diritto e al carcere, alla *restituzione alla comunità*»⁵⁴ e, in tale passaggio, proprio gli *enti locali* potrebbero essere investiti di un ruolo non secondario. Infatti, tale modello, consente di «spostare» – nei limiti congeniti a tali settori – dal livello nazionale a quello locale la progettazione di una politica sociale negli ambiti della devianza e del controllo sociale.

In un simile contesto, il concetto di sicurezza non è «limitato alla protezione dalla criminalità o dai processi di vittimizzazione, ma esteso alla sfera della garanzia per i cittadini, circa l'esercizio di tutti i diritti, in vista di una progressiva rigenerazione della sfera pubblica adeguata alla complessità della società contemporanea»⁵⁵. Infatti, nella sua accezione più ampia, la giustizia riparativa è finalizzata a comporre i conflitti interni ad una comunità locale «attraverso un processo di attivazione delle reti sociali e delle risorse in essa presenti»⁵⁶. Risorse che ben possono essere razionalizzate e implementate con l'uso di strumenti di *welfare generativo*.

Da ultimo, ci si chiede allora se la giustizia riparativa non possa rappresentare un ulteriore, per certi versi forse più fecondo, campo di azione per il *welfare generativo*, concetto che certo presenta ancora alcuni nodi teorici difficili da sciogliere – cui *supra* si è accennato – ma che è suscettibile per sua natura intrinseca di essere perfezionato strada facendo, progressivamente e dialogicamente, verrebbe da dire: in via sperimentale, per mezzo della sua applicazione pratica in sede locale, dove si trova concretamente il c.d. *homme situé*.

Per quanto perfezionabile, la proposta di legge che qui si è brevemente esaminata “riconosce” e tenta di “razionalizzare” il WG, segnando un passo in avanti in questa direzione.

ininfluenza della parentesi riparativa, avulsa inevitabilmente da un contesto guidato, di frequente suo malgrado, da altre priorità».

⁵⁴ P. CIARDIELLO, *Giustizia riparativa*, cit., 92 e 94 (c.vo aggiunto). L'Autrice parla di «welfare plurale», ma il medesimo discorso potrebbe valere (anzi, varrebbe maggiormente) per il *welfare generativo*.

⁵⁵ P. CIARDIELLO, *Giustizia riparativa*, cit., 93.

⁵⁶ F. VIANELLO, *Giustizia riparativa, comunità, diritto. Rischi concreti e potenzialità non realizzate*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 1/2009, 7.

THE *GENERATIVE WELFARE* BETWEEN THEORY AND PRACTICAL APPLICATIONS: NOTES ON THE ROLE OF LOCAL AUTHORITIES

by Simona Polimeni

Abstract

The present work has as its object the study of so-called *generative welfare*, both from a theoretical point of view that in its possible practical applications. The starting point to frame the institution in question is the recent bill of Zancan Foundation, which provides a normative description and supervising the so-called social compensation actions (SCA).

The *generative welfare* implies a rethinking of theories of justice that characterized so far the *welfare* systems. In particular, we tried to pick up some hints offered by the *idea* of justice proposed by Amartya Sen, who considers, together with the unilateral decision as to what are the principles of justice, *removal of injustice*, through an open process of dialogue and comparison, among the various parties involved. We do not try, that is, only to include what type of institution can be considered *fair*, but, also, what kind of *society* we must train in order to avoid injustice, exclusion and indifference. In this complex process of reworking, finally it is necessary to support the idea of justice a further element: *care* (or *housing*). To remove injustice, in fact, it is necessary not only to make the right decisions (which must, in any case, be born from a comparison between several opinions, all equally reasonable), but also *to take care of the needs of others*.

This is, in hindsight, the idea of justice to the underlying *generative welfare* model, which responds well to the increasingly pressing *subjectivism* in the demand for justice. Only in such a theoretical perspective, in fact, one can accept that a social right (or rather: the provision of a social benefit), is conditioned to a positive act (or social compensation actions). It seemed necessary, in the present work, to dwell on the study of the relationship between the benefit to the *quid pro quo*, to see what legal category it should retract. It was decided, finally, for the burden category, drawing from this the appropriate conclusions about the limits and possibilities of practical application of this model.

The bill of Zancan Foundation accurately describes the process that allows to realize the *quid pro quo*, providing the intervention, next to the recipient (so-called *Actor of SCA*), a Lender of performance, of an *actuator body* (which projects SCAs) and a *regulator body* (which monitors the proper implementation of the SCA). We note, in this tripartite division, a peculiar role assigned to local authorities, who are entrusted with the task of pro-

moting, regulating, monitoring and evaluating the SCA, as well as to keep a (municipal) register of the SCA and to measure the social and economic value to these product.

Finally, analysing art. 11 of the bill, which extends the application of SCA - and, in general, the *generative* model – to the criminal and penitentiary sphere, we tried to assess the possible development of the *generative welfare* towards so-called *restorative justice*. We tried to show that the logic underlying the two institutions and the goal to achieve is very similar, and we believe that the *generative welfare* can be a useful tool to disseminate and implement *restorative justice* practices, especially at the local level.

Viene inserito in questo numero l'abstract dell'articolo di Simona Polimeni, dal titolo Un imprevedibile circuito virtuoso: disciplina sull'immigration regime ed esigenze di sviluppo locale (Notarella a margine della L. reg. calabrese n. 18/2009), pubblicato nel precedente numero 2/2015 di questa Rivista.

AN UNFORESEEABLE VIRTUOUS CIRCLE:
RULES AND REGULATIONS
ON THE *IMMIGRATION REGIME* AND NEEDS FOR LOCAL
DEVELOPMENT
(MINOR MARGINAL NOTE OF CALABRIAN REGIONAL
GOVERNMENT'S LAW NO. 18/2009)

by Simona Polimeni

Abstract

The paper deals with immigration phenomenon between multilevel governance and regional/local rules. It is taken into account the duty to welcome immigrants on the basis of the constitutional principles of equality and solidarity (as a form of juridicization of empathy?). Then it is faced the issue of Original citizenship, citizenship as sense of belonging, and citizenship as participation: turning the immigration 'problem' into a 'resource'. The analysis of Calabrian Regional Government's Law No. 18/2009 then leads to some conclusions on how the polycentric law-making can sometimes be effective.

I servizi museali come servizi pubblici essenziali, ratio e conseguenze dell'intervento normativo

di Giulia Silvia

SOMMARIO: 1. Le modifiche alla Legge 12 giugno 1990, n. 146. - 2. L'evoluzione del concetto di sciopero. - 3. I poteri della Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. - 4. Effetti del nuovo intervento normativo. Servizi di apertura museali come servizi pubblici essenziali.

1. *Le modifiche alla Legge 12 giugno 1990, n. 146*

Con Decreto Legge n. 146 del 20 settembre 2015 il Governo ha integrato la L. n. 146 del 12 giugno 1990, già oggetto di intervento con L. n. 83 dell'11 aprile del 2000, attribuendo ai servizi museali – “servizi di apertura di musei e luoghi di cultura di cui all'art. 101 del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42”¹ – la qualifica di servizi pubblici essenziali.

Evento determinante è stato lo scandalo suscitato nell'opinione pubblica europea e nazionale dalla chiusura di una serie di musei della Capitale in occasione dell'assemblea indetta dai lavoratori della soprintendenza archeologica, responsabile della gestione di tali servizi².

La conseguenza diretta dell'intervento è l'attribuzione di nuove competenze alla Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, fino ad oggi esclusa in riferimento ai servizi di apertura e gestione dei servizi museali. Nella veste di garante dei servizi indispensabili anche in occasione dell'esercizio del diritto di sciopero, la Commissione potrà esercitare poteri di valutazione circa il contenuto degli accordi collettivi e dei codici di autoregolamentazione previsti dalle parti sociali procedendo, in caso di violazione delle norme contenute nella legge, all'esercizio diretto del potere sanzionatorio anche verso il datore di lavoro³.

Ad oggi l'unica legge che si occupa di disciplinare il settore dei servizi pubblici essenziali è la legge n. 146/1990, approvata velocemente alla vigilia dei

¹ Il recente intervento normativo, nello stabilire all'articolo 1 comma 1 che sono istituti e luoghi della cultura i musei, le biblioteche e gli archivi, le aree e i parchi archeologici, i complessi monumentali, al terzo comma attribuisce agli stessi la qualifica di servizi pubblici (non specificandone tuttavia l'essenzialità).

² Nella specie si è trattato di un'assemblea sindacale indetta dalla Rsu rappresentante dei lavoratori della Soprintendenza archeologica, della durata di tre ore, che ha determinato la chiusura temporanea di alcuni siti culturali nevralgici per il nostro paese (Colosseo, Terme di Caracalla, scavi di Ostia antica).

³ In tal senso fondamentale importanza riveste l'art. 13 della l.146/1990

mondiali di calcio onde evitare che malesseri sociali potessero determinare – in occasione dell'importante evento – un danno all'immagine del paese. Il contesto economico dell'epoca non si presentava molto dissimile da quello attuale: la privatizzazione dei diversi enti responsabili dell'erogazione di servizi pubblici, tanto paventata allora, rimase ed è tutt'ora meramente formale salvo sporadici casi peraltro piuttosto recenti. Nel tentativo di contemperare i diritti degli utenti dei servizi pubblici - ritenuti fondamentali per la collettività - con il diritto di sciopero dei lavoratori dipendenti, il Parlamento approvò una legge auspicata per anni ed attuativa del disposto di cui all'articolo 40 Cost. La legge assunse pertanto il carattere di *lex specialis*, rispetto ai settori maggiormente determinanti per l'opinione pubblica e, come si legge dal testo della legge, “strettamente legati al soddisfacimento ed al godimento di diritti della persona costituzionalmente tutelati”.⁴

Si avvertì pertanto la necessità di far fronte alle frequenti proteste dei lavoratori attraverso uno strumento che, pur permettendo l'esercizio del diritto di sciopero, lo limitava alle sole ipotesi in cui ciò fosse compatibile con il sistema costituzionale.⁵

Il fatto che una legge non fosse mai intervenuta prima del 1990 è dovuto in gran parte all'egemonia di cui per anni hanno goduto le organizzazioni sindacali e che ha portato ad individuare esclusivamente nella contrattazione collettiva e nei codici di regolamentazione la fonte della disciplina di questa forma di astensione. A partire dagli anni '70 i sindacati hanno infatti tentato di disciplinare l'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici attraverso lo strumento dell'autoregolazione unilaterale, attuata attraverso l'approvazione di codici di comportamento in grado, si riteneva, di contemperare meglio il diritto di sciopero con gli altri interessi coinvolti.⁶

Si riteneva che i sindacati fossero i soggetti maggiormente in grado di contemperare i diritti degli utenti con quelli dei lavoratori, e che, con la loro azione, potessero evitare che gli effetti dell'astensione si ripercuotessero negativamente

⁴ G. AMOROSO, *Diritto del lavoro, la Costituzione il Codice civile e le leggi speciali* a cura di A. Lepore, Milano, 2013, 2251 ss. L'autore qualifica la legge n. 146/1990 come l'unica che ha dato attuazione all'art. 40 Cost. che nel suo dettato fa espresso riferimento alle leggi che lo regolano.

⁵ V. VALLEBONA *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Torino, 2007.

⁶ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI *Prime questioni in tema di sciopero nei servizi essenziali dopo la novella dell'11 aprile 2000*, n. 83, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 1, 193-200 si concentra sul ruolo delle parti sociali nello sviluppo della l. 146/1990.

sugli utenti⁷. Questa sorta di autodisciplina lasciava tuttavia ampio spazio all'interpretazione dei giudici che spesso si trovavano a dovere colmare le lacune lasciate prima dal legislatore e poi dalle stesse forze sindacali, spesso incapaci di dettare le condizioni per l'esercizio dello sciopero.

Il favor per l'autonomia delle organizzazioni di lavoratori e datori di lavoro durò anni⁸ fino a quando l'attenzione non cominciò a spostarsi sul potenziamento dei diritti dei lavoratori piuttosto che sulle modalità di esercizio del diritto di sciopero, conducendo all'eteroregolazione, simbolo del fallimento della classe sindacale e dei codici di comportamento⁹.

Il fallimento dei codici di autoregolazione fu dovuto principalmente al difetto di rappresentatività che agli stessi era attribuibile nel settore privato. Prima dell'intervento del D.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, (che nelle sue disposizioni iniziali individua l'ambito soggettivo di applicazione), la differenza tra soggetti di diritto privato e soggetti di diritto pubblico risultava essere piuttosto netta. L'efficacia degli accordi conclusi nel settore della Pubblica Amministrazione era infatti garantita dal loro recepimento in decreti presidenziali, elemento questo che garantiva l'attribuzione di un'efficacia generale e normativa. Nel settore privato invece, gli accordi potevano produrre effetti limitatamente a quelle organizzazioni sindacali che li avevano stipulati limitandone l'efficacia e lasciando di fatto privi di tutela consumatori ed utenti.¹⁰

⁷ Cfr. M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.* 2006, n. 2, 483, secondo cui il ruolo assunto dall'autoregolamentazione e dalla contrattazione collettiva successivamente alla l. 146/1990 è stato oggetto di un ampio dibattito in dottrina circa l'attribuzione di un diverso profilo causale che in tale senso verrebbe assegnato ai contratti elaborati dalle parti sociali. La legge attribuirebbe infatti un preciso vincolo di scopo al contratto collettivo, limitandone l'autonomia. Per un approfondimento circa gli accordi che individuano le prestazioni indispensabili cfr. F. CARINCI, *La Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge 146/1990*, DLRI, 1992,435; P. CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Bari, 1992, 66. M. PERSIANI, *Diritto fondamentale della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, *Dir.Lav.*,1992, I, 13.

⁸ In particolare essa consisteva in intese tra organizzazioni sindacali con cui si determinava l'esercizio del diritto di sciopero secondo certe modalità. Tale sistema entrò in crisi con il cosiddetto autunno caldo, nel 1969 e con il diffondersi di scioperi anomali. (O. MAZZOTTA, *Le regole dello sciopero fra autonomia ed eteronomia*”, in *Riv.giur.lav.*, 1989, 1, 61 ss.).

⁹ M. RICCI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: commento alla legge 146/1990*”, Milano, 2003, 141.

¹⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1999, 1, 40. L'autore, analizzando la nuova disciplina, si concentra sul ruolo della contrattazione collettiva e su come la legge 146 del 1990 abbia influito sull'autonomia contrattuale dei soggetti sindacali.

2. *L'evoluzione del concetto di sciopero*

L'evoluzione normativa cui si è assistito a partire dagli anni '90 ha coinciso con il mutamento della definizione di sciopero. Da una definizione di sciopero particolarmente dettagliata, tale da rendere possibile considerare illecito tutto ciò che si situava al di fuori della stessa (limiti interni), si è giunti ad un'enunciazione tipicamente costituzionale (elementi costitutivi dello sciopero venivano considerati: la totalità dell'astensione, la funzionalità ad uno scopo contrattuale, l'essere l'astensione posta in essere dai lavoratori subordinati). In tal senso, un contributo rilevante è stato fornito dalla giurisprudenza ed in particolar modo dalla Corte di Cassazione che, con sent. n. 711 del 30 gennaio 1980, ha superato la teoria dei limiti interni procedendo all'individuazione dei limiti esterni nelle posizioni soggettive consacrate dalla Costituzione e concorrenti su un piano paritario con il diritto di sciopero¹¹.

La legge n. 146/1990 rappresenta il primo momento attuativo della teoria dei limiti esterni nel tentativo di contemperare il diritto di sciopero con altre situazioni giuridiche soggettive suscettibili di essere lese dall'astensione collettiva e tuttavia poste su un piano di superiorità rispetto alla stessa. Sembrerebbe essere stata recepita la lettura che tempo prima la Corte Costituzionale aveva dato dei servizi pubblici essenziali¹² e che aveva portato a selezionare quei diritti su cui il diritto di sciopero incideva in senso negativo, spesso peggiorando la qualità della vita dei cittadini.

L'individuazione delle prestazioni indispensabili è stata rimessa ai contratti collettivi, oggetto del giudizio di idoneità di una neo autorità, la Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali¹³ il cui potere è stato implementato con il d. lgs. n.83/2000 che ha inciso in particolar modo sull'effettività del potere sanzionatorio.¹⁴

Si è assistito così all'apertura di un ampio dibattito circa il contenuto del diritto di sciopero oggetto di regolamentazione. Secondo parte della dottrina infatti, il ruolo attribuito alle organizzazioni sindacali ed alla Commissione di

¹¹ La Corte di Cassazione ha fornito una nozione molto ampia di sciopero, intendendo un'astensione collettiva dal lavoro, disposta da una pluralità di lavoratori per il raggiungimento di un fine comune, secondo il comune linguaggio usato nell'ambiente sociale.

¹² Con sentenza n. 123 del 28 dicembre 1962, la Corte costituzionale aveva qualificato come essenziali i servizi di interesse generale in quanto diretti a garantire i diritti fondamentali della persona, costituzionalmente tutelati.

¹³ Durante la prima fase di approvazione della legge i codici di autoregolamentazione mantengono ancora un ruolo importante, demandandosi agli stessi la previsione delle sanzioni; si assiste contemporaneamente all'esistenza di forme di autoregolamentazione unilaterale in senso stretto e bilaterale, cioè convenuta con il datore.

¹⁴ E. ALES, *Le finalità della legge e la nozione di servizio pubblico essenziale*, in *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di P. Pascucci, Milano 2000, 8 ss.

Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali comporterebbe una forte riduzione della “portata giuridica della titolarità individuale del diritto”¹⁵. Nel settore dei servizi pubblici essenziali il legislatore ha imposto pertanto l’obbligo di seguire un iter ben preciso il cui mancato esercizio preclude l’esercizio del diritto di sciopero che in tale sede viene limitato nella sua interezza onde salvaguardare i diritti prevalenti dei soggetti terzi.¹⁶ La nuova lettura che nel settore dei servizi pubblici essenziali è stata data al diritto di sciopero sembrerebbe essere una derivazione della maggiore attenzione attribuita al ruolo del consumatore e dell’utente nel settore. L’emanazione della legge ha coinciso infatti con l’introduzione di una serie di istituti giuridici particolarmente attenti ai bisogni di tali categorie di soggetti ed è stato fortemente influenzato dal diritto dell’Unione Europea che, nel contratto di servizio e nella Carta dei servizi pubblici ha individuato importanti strumenti di tutela e corretta regolazione dei rapporti trilaterali tra Pubbliche amministrazioni, concessionari di servizi ed utenti.

3. *I poteri della Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*

L’attività di bilanciamento tra diritti costituzionalmente tutelati è stata rimessa, come ormai suole spesso fare il Legislatore, ad un organismo tecnico, simbolo del raccordo tra ordinamento statale e sindacale.¹⁷ Questa istituzione, specialmente con la l. n. 83/2000 ha visto accrescere i suoi poteri connotati da una componente regolamentare. Essa può infatti intervenire ex ante, ricorrendo anche alle procedure di raffreddamento e conciliazione, sia ex post, avvalendosi anche di poteri sanzionatori. Assumendo un importante ruolo di mediatore, la Commissione può indurre le parti a tentare la risoluzione pacifica dei conflitti, rilevando la sua capacità, in tal senso, di individuare i bisogni e le esigenze delle parti coinvolte onde scongiurare la produzione di effetti dannosi sugli utenti fina-

¹⁵ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, GDLRI, II, 1988, 583, oltre che P. POZZAGLIA, *La rarefazione degli scioperi nel pluralismo sindacale*, Torino, 2012, 48 ss. Quest’ultimo analizzando le modalità di proclamazione dello sciopero introdotte nel settore dei servizi pubblici essenziali attribuisce al lavoratore un mero diritto di adesione allo sciopero proclamato dalle organizzazioni a loro volta soggette al sindacato della Commissione di Garanzia. Lo sciopero supererebbe la dimensione unitaria di diritto individuale per essere suddiviso in due momenti facenti capo a due diversi soggetti, l’organizzazione che lo proclama ed il lavoratore che lo attua e può farlo liberamente solo nei limiti in cui legittimato dalla Commissione ed in quanto facente parte dell’organizzazione, (Cfr. A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit. 70-71).

¹⁶ L’iter prevede l’obbligo di preavviso dei sindacati, la Comunicazione da parte delle imprese sia agli utenti sia alla Commissione di Garanzia oltre alla comunicazione ai mass media.

¹⁷ P. FERRARI, *La Commissione di Garanzia*, in *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. Lunardon, Padova, 2011, 419 ss. Per un approfondimento circa il ruolo di interlocutore attribuito alla Commissione cfr. G. GHEZZI, *Sul ruolo istituzionale della Commissione di Garanzia*, in *Riv. Giur. Lav.* I, 2002, 363.

li. L'istituzione della Commissione non ha tuttavia del tutto privato di effettività i codici di autoregolamentazione considerato che è proprio la loro mancanza, in sede di esercizio del diritto di sciopero, a legittimare l'intervento regolamentare della stessa.¹⁸

La composizione ed il forte tecnicismo che connotano l'attività della Commissione hanno portato a qualificarla come autorità amministrativa indipendente, con tutti gli effetti che ne derivano in termine di riconoscimento dei caratteri di autonomia ed indipendenza propri di tutti i soggetti qualificabili come tali.¹⁹ Essa è considerata come soggetto neutrale ed indipendente, in grado di esercitare un corretto bilanciamento dei diritti coinvolti in caso di esercizio del diritto di sciopero, in ragione della formazione altamente tecnica e specializzata dei suoi componenti²⁰.

Con l'intervento del 2000 il legislatore ha così attribuito a tale istituzione il potere di irrogare sanzioni sia disciplinari (emesse queste nei confronti dei lavoratori che si astengono dal lavoro per attuare uno sciopero proclamato senza preavviso) sia collettive (nei confronti delle organizzazioni di lavoratori che proclamano lo sciopero o vi aderiscono violando l'articolo della legge)²¹.

La Commissione si inserisce pertanto all'interno di un procedimento in cui la stessa è chiamata, in posizione neutrale, “ a valutare l'idoneità della misure volte ad assicurare il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui al comma 1, art. 1, della legge.”²²

I poteri dell'Autorità sono elencati agli articoli 13 e seguenti della legge 146/1990 e come già anticipato sono, almeno in astratto, riconducibili ai tradizionali poteri delle autorità amministrative indipendenti. Sono le parti sociali che devono procedere, attraverso accordi e codici di autoregolamentazione,

¹⁸ Per un approfondimento, specie in merito al carattere vincolante delle delibere della Commissione ed al potere sanzionatorio della stessa cfr. M.V. BALLESTRERO, *La Commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *Quad. dir. Lav. relaz. industr.*, I, 2001, 23 ss.

¹⁹ La qualificazione della Commissione come autorità amministrativa indipendente è stata confermata anche in un parere Consiglio di Stato n. 1081/2010.

²⁰ La Commissione si compone di nove membri, scelti dai Presidenti della Camera e del Senato tra esperti in diritto costituzionale, del lavoro e relazioni industriali, nominati con decreto del Presidente della Repubblica. Tale composizione contribuisce ad assicurare all'autorità un'“autorevolezza soggettiva”, come affermato anche da P. FERRARI, *La Commissione di garanzia*, cit., 430.

²¹ Prima di tale intervento normativo il potere sanzionatorio nei confronti degli enti erogatori di servizi pubblici era molto blando prevedendosi l'irrogazione di sanzioni pecuniarie minime la cui applicazione richiedeva l'intermediazione del Ministro del Lavoro che avrebbe dovuto emanare un decreto. La l.n.83/2000 nel ridisegnare l'apparato sanzionatorio ha previsto l'esercizio diretto di poteri sanzionatori da parte della Commissione sia verso le organizzazioni sindacali che verso i lavoratori autonomi e subordinati, anche in caso di forme di astensione diverse dallo sciopero.

²² Per un commento della legge 146/1990 cfr. M. RICCI, *Sciopero e servizi pubblici*, cit. 41.

all'individuazione delle prestazioni che ritengono indispensabili, impegnandosi così a rispettare i livelli minimi di garanzia del servizio. Questi accordi sono così soggetti alla valutazione della Commissione che, in tale sede, può ritenere insoddisfacente il livello di prestazioni indispensabili garantito dalle parti coinvolte e proporre così una nuova valutazione. Ancor prima della proclamazione di forme di astensione collettiva quindi, si procede a regolamentarne il servizio e la violazione, in via successiva, delle regole stabilite, comporta la possibilità per la Commissione di irrogare direttamente sanzioni o di indicare al datore di lavoro quelle da applicare. In via preventiva quindi, essa è chiamata a verificare che le discipline concordate delle prestazioni indispensabili, contengano idonee clausole specie riguardo alle procedure di raffreddamento e di conciliazione dei conflitti. Ove essa le ritenga valide ed idonee queste regole acquistano una rilevanza tale da legittimare il potere sanzionatorio in caso di loro violazione.²³

Ove la valutazione di idoneità della Commissione sugli accordi o sui codici abbia un esito negativo, la stessa è chiamata ad esercitare, seppur temporaneamente, un potere normativo che si concretizza nell'emanazione di regolamenti provvisori limitati al rispetto degli stessi criteri che, per le parti, sono previsti dall'art. 13 lett. a), legge 146/1990. Tale disposizione infatti, stabilisce che ove l'accordo delle parti o il codice di autoregolamentazione manchi o sia valutato inidoneo, la Commissione può adottare una provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e di conciliazione. L'art. 13 tuttavia, diversamente da quanto normalmente avviene per le altre Autorità amministrative indipendenti, tende a delimitare fortemente il contenuto del potere normativo imponendo degli stretti limiti alla Commissione applicabili, peraltro anche in sede di valutazione dei codici di condotta o di autoregolamentazione. Si stabilisce infatti che le prestazioni indispensabili siano individuate "in modo da non compromettere, per la durata della regolamentazione stessa, le esigenze fondamentali di cui all'articolo 1" e che salvo casi particolari, esse devono essere contenute "in misura non eccedente mediamente il 50 per cento delle prestazioni normalmente erogate e riguardare quote strettamente necessarie di personale non superiori mediamente ad un terzo del personale normalmente utilizzato per la piena erogazione del servizio nel tempo interessato dallo sciopero, tenuto conto delle condizioni tecniche e della sicurezza". Nel proseguire con l'elencazione di quanto la Commissione è tenuta a rispettare nell'esercizio del suo potere, la possibilità di derogare alla normativa è ammesso solo ove strettamente necessario alla garanzia dei livelli di funzionamento e sicurezza indispensabili all'erogazione del servizio, imponendo però in capo all'Autorità un onere motivazionale rafforzato che raramente si richiede a soggetti di tale natura.

²³ Cfr. V. VALENTINI, A. BURATTI *Le sanzioni della Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Clarich, M. Fratini, Padova, 2011, 1100 ss.

L'attività della Commissione è stata pertanto fortemente delineata dal legislatore limitando la discrezionalità di un soggetto che invece, nell'attività di ponderazione degli interessi coinvolti e valutazione delle circostanze del caso concreto, avrebbe dovuto essere dotato di maggiori poteri di carattere discrezionale.

L'individuazione dei criteri in base al quale la Commissione può esercitare il suo potere normativo – se tale può definirsi – rende le sue delibere facilmente suscettibili di ricorso al giudice del lavoro malgrado la legittimazione procedurale di cui la stessa è dotata. Da più parti e prima dell'intervento in sede consultiva del Consiglio di Stato, si è sottolineata l'incerta collocazione istituzionale della Commissione che sembrerebbe il tramite attraverso cui, le maggiori organizzazioni sindacali, continuano a conservare il potere regolamentare.²⁴

Malgrado la consacrazione della natura della Commissione come autorità amministrativa indipendente, non può non sottolinearsi come il suo intervento rischi di essere poco incisivo ove fortemente limitato, già in sede legislativa, alla verifica della sussistenza di quanto richiesto in via stringente dall'ordinamento.

Rivedere il ruolo della Commissione rafforzando i poteri ad essa attribuiti in sede regolamentare ed attribuendole in tal senso un'effettiva indipendenza nella valutazione degli interessi coinvolti in sede di proclamazione dello sciopero potrebbe effettivamente attribuire maggiore identità ad un'Autorità il cui ruolo risulta essere fortemente oscuro e poco chiaro anche nell'opinione pubblica²⁵.

4. *Effetti del nuovo intervento normativo. Servizi di apertura museali come servizi pubblici essenziali*

Con il recente intervento normativo la Commissione si trova pertanto ad operare in un settore nuovo suscettibile di divenire oggetto dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Amministrazione indipendente.

Il ruolo fondamentale nell'individuazione dei servizi pubblici essenziali è rimesso all'art. 1 comma 2 della legge n.146/1990 che, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali indica la misura entro cui il diritto di sciopero può esercitarsi, in modo da consentire l'erogazione di “prestazioni indispensabili, da garantire indipendentemente dalle dimensioni e dai motivi dello sciopero. Di tali servizi (servizio elettrico, gas, acqua, trasporti, audiovisivo ed oggi anche servizi museali) l'articolo 1 della legge n. 146/1990 appronta un elenco meramente esemplifica-

²⁴ G. FERRARO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino, Milano, 2008, 200 ss.

²⁵ M. ROCCELLA, *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, Padova, 1991, 66 ss. classifica i poteri della Commissione in poteri di proposta, valutazione, attivazione delle procedure sanzionatorie ed intervento nei maggiori conflitti nazionali. Il potere di proposta sarebbe inoltre dotato di un'efficacia generale a metà strada fra obbligo giuridico e morale.

tivo, onde garantire la realizzazione di quei diritti di cui il legislatore appronta un elenco tassativo, come tale non ampliabile²⁶.

L'elencazione meramente esemplificativa dei servizi pubblici essenziali manifesta la consapevole impossibilità per il legislatore di individuare a priori tutti i servizi indispensabili per i cittadini, influenzati spesso dalle modifiche di tendenze e dal progresso scientifico e tecnologico. Ciò rischia però di trasformarsi in un arma pericolosa a vantaggio della classe politica di turno che, nel tentativo di mascherare i malesseri di un sistema socio economico, amplia l'elenco di ciò che è ritenuto indispensabile per la collettività attribuendo così competenze ulteriori ad un'Autorità piuttosto scarna di poteri e mezzi adeguati.²⁷

L'applicazione di sanzioni è volta a scoraggiare l'esercizio del diritto in contrasto con quelle misure volte a garantire il contemperamento dei diritti in esso coinvolti. Nel settore dei servizi museali quindi, al pari di come avviene nel settore dei trasporti, dovrà pertanto garantirsi la cosiddetta "fascia di garanzia" con il conseguente rischio di incorrere in sanzioni che possono essere emanate non solo dall'Autorità ma anche dall'autorità amministrativa competente per la precezione nell'ipotesi in cui l'esercizio del diritto ponga in pericolo diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.

La Commissione valuta pertanto l'attività dei lavoratori ponendo in essere una fondamentale attività di bilanciamento degli interessi coinvolti e che deve in via assoluta rendersi indipendente da qualunque potere politico o parte sociale coinvolta.²⁸

I servizi museali di cui si tratta sono i tipici servizi accessori che, nel nostro ordinamento, sono stati introdotti sulla scorta dei modelli stranieri in cui gli stessi vengono però solitamente erogati da soggetti privati o nell'ambito di partenariati pubblico - privati.

Come sembrerebbe dall'interpretazione della legge gli stessi, nell'ambito della legge 146 sarebbero riducibili all'art. 9 Cost., introduttivo del concetto di tutela del patrimonio storico-artistico²⁹, cui era fin'ora ricondotto esclusivamente il ser-

²⁶ M.V. BALLESTRERO, U. ROMAGNOLI, "Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali", *Art.40.Supplemento. Legge 12 giugno 1990, n. 146.*, Bologna, 1994, 352.

²⁷ Lo stesso Presidente Alesse nella Relazione annuale per l'Attività del 2014 presentata al Parlamento ha sottolineato la necessità di implementare non solo il potere sanzionatorio ma soprattutto la capacità di intervento ex ante dell'Autorità. Lo stesso ha in particolare sottolineato il bivio dinanzi al quale si è frequentemente trovata la Commissione circa l'obiettivo di garantire la mera regolarità formale della procedura o piuttosto quella sostanziale. La Commissione avrebbe optato per quest'ultima scegliendo quindi di valutare il comportamento dei soggetti scioperanti con riguardo anche al comportamento dell'Azienda o, il più delle volte, della Pubblica Amministrazione responsabile del servizio. Il Presidente ha cioè sottolineato come il mancato rispetto della legge non possa prevalere rispetto alle mancate garanzie lavorative predisposte dal datore di lavoro.

²⁸ A garanzia dell'indipendenza della Commissione, non possono far parte della stessa, componenti di organi di Governo o esponenti politici.

²⁹ In particolare l'art. 9 della Cost. viene suddiviso in due commi fortemente correlati tra loro;

vizio di vigilanza e tutela del patrimonio storico artistico, qualificato in termini di essenzialità.

Sin dall'approvazione della Costituzione, complice anche il saccheggio di opere d'arte che aveva connotato il XX sec, i beni culturali hanno ricoperto un importante ruolo che ha determinato l'ampliamento della tutela loro garantita non più statica e tendente ad una loro conservazione ma altresì dinamica, volta a garantirne la fruibilità collettiva.³⁰ Frequenti sono i tentativi della dottrina di ricondurre il godimento del patrimonio artistico ai diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost., da garantire indistintamente a tutta la collettività e concorrente allo sviluppo della persona umana nel senso prescritto dall'art. 3 Cost.³¹

L'attribuzione del carattere di essenzialità all'apertura al pubblico di musei e luoghi di cultura sembrerebbe riconducibile al carattere dinamico di tutela dai più individuato nel secondo comma dell'art. 9 Cost. ed oggi oggetto di grande attenzione da parte del legislatore.

Tuttavia risulta difficile nascondere i dubbi che lecitamente la novella legislativa ha determinato nell'opinione pubblica.

Avvalendosi dell'elencazione esemplificativa effettuata dall'articolo 1 comma 2 della L. n.146/1990, il Governo sembra avere confuso i beni culturali e la tutela degli stessi con la gestione del servizio che, di per sé, non può considerarsi come riconducibile all'art. 9 Cost. L'apertura dei servizi museali è indubbiamente un servizio pubblico ma l'essenzialità della prestazione non risulta di facile comprensione specie ove si considerino le differenti caratteristiche dei siti museali presenti nel nostro paese. Difficile sembra inoltre essere l'individuazione delle prestazioni essenziali da garantire specie ove si consideri la spesso sottolineata carenza di personale del settore.

Il neo intervento normativo rischia di veder vanificate le sue pretese già sul nascere, suscitando malumori generali e privandosi di effettività. Più che di intervento regolatore del Governo sembra di trovarsi davanti all'ennesimo tentativo di mascherare i reali problemi del paese a svantaggio dei lavoratori. Se da un lato è vero che una politica disincentivante l'esercizio di forme di protesta da parte dei lavoratori costituisce pur sempre attività di regolazione, non sembrano esserci stati dei tentativi effettivi di regolare il settore dei servizi museali e culturali secondo quei principi di efficacia, economicità ed efficienza che governano l'azione amministrativa. La necessità di garantire una risposta celere alla collettività ha spinto ad operare un intervento che rischia di qualificarsi come non risolutivo.

Auspicabile ed importante può tuttavia considerarsi l'intervento della Com-

il primo comma sancisce che la Repubblica promuove i valori e la ricerca scientifica; il secondo comma prevede la tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico della Nazione. Per un approfondimento P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 2001, p. 46.

³⁰ S. SETTIS, *La tutela del patrimonio culturale e paesaggistico e l'art. 9 Cost.*, Napoli, 2007, 10 ss.

³¹ S. SETTIS, *La tutela del patrimonio ...*, cit., 25 ss.

missione che, in sede di esercizio dell'attività di moral suasion, ben potrebbe trovare le soluzioni più adatte volte a scongiurare forme di astensione collettiva ed indicarle anche al Parlamento.

La L.n. 146/ del 1990 doveva rappresentare un aiuto per gli operatori del settore che nella stessa avrebbero dovuto trovare gli strumenti necessari per assicurare il giusto temperamento dei diritti in essa contemplati provvedendo all'emanazione dei codici di comportamento. Non può poi dimenticarsi che il diritto di sciopero è stato consacrato in seguito ad un lungo dibattito Parlamentare che ha visto contrapporsi molte forze politiche chiamate a negoziare la Costituzione ed i diversi interessi in essa coinvolti: da un lato le forze imprenditoriali, dall'altro quelle operaie. La Corte costituzionale stessa, si aprì allo sciopero mantenendo tuttavia un atteggiamento piuttosto conservatore riguardo allo sciopero nei servizi pubblici essenziali considerati diversi dai normali servizi pubblici in quanto connotati dal carattere di indispensabilità e di garanzia di continuità che deve assicurarsi nel settore. Normalmente questi servizi vengono gestiti in regime di monopolio pubblico, con effetti devastanti per le casse dello Stato, per gli utenti e per i lavoratori, malgrado i diversi istituti che si è cercato di individuare per renderne più efficiente la gestione.³²

L'intervento pregnante del legislatore è abbastanza recente³³ ma rischia di diventare un pericoloso strumento ove usato, come negli ultimi anni, per risolvere i problemi di un Paese che avrebbe invece bisogno di riforme strutturali senza preoccuparsi di verificare la compatibilità dell'intervento con quel bilanciamento richiesto dai padri costituenti all'art. 40 Cost.³⁴

L'attenzione al problema dei diritti sindacali e dell'essenzialità dei servizi pubblici da garantire al cittadino rischia di divenire un modo per distogliere l'attenzione dai problemi di inefficienza e cattiva gestione delle risorse che coinvolgono le Pubbliche Amministrazioni. Come recentemente ha sottolineato lo stesso Presidente della Commissione³⁵ l'intervento modificativo della legge del 1990 dallo stesso auspicato, rischia di essere privo di effettività ove le Istituzioni politiche del Paese non prendano adeguata coscienza della mala gestione e delle situazioni economiche negative in cui versano le società pubbliche chiamate all'erogazione dei servizi pubblici. Esemplificativa è in tal senso la situazione dell'A-

³² Esempi sono il contratto di servizio, che regola i rapporti tra gestori del servizio e pubblica amministrazione, e la carta dei servizi con la quale invece vengono fissati gli obblighi del gestore nei confronti dell'utente.

³³ M. BALLESTRERO, U. ROMAGNOLI, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero*, cit., 41 ss. Critica i sindacati del settore terziario che totalmente miopi rispetto al contesto economico di riferimento hanno preferito considerarsi autonomi senza predisporre un sistema di regole e preoccupandosi piuttosto di scegliere le fonti attivabili per la regolazione del conflitto scegliendo l'autoregolazione in sé invece non ancora matura.

³⁴ Proposto da Merlin e mutuato in parte dall'ordinamento francese.

³⁵ Relazione Audizione alle Camere, 7 ottobre 2015.

TAC, società trasporti municipali di Roma, che, di fronte ad un enorme passivo si trova nella totale incapacità di garantire un servizio efficiente.

La titolarità da parte della Commissione di una posizione di garanzia comporta conseguentemente la necessità tutelare la comunità da un evento temuto. Tuttavia ci si dovrebbe cominciare a chiedere quale sia l'evento temuto. Se lo sciopero esercitato in modo indiscriminato è la risposta, allora l'intervento potrebbe considerarsi effettivamente risolutivo, specie in ragione dell'ampliamento dei poteri attribuito all'Amministrazione sia in sede di concertazione che sanzionatoria.

L'evento temuto sembrerebbe piuttosto essere la modalità di gestione del servizio non attribuibile ai lavoratori dipendenti ma piuttosto a soggetti posti più in alto nella scala politica e sociale, ed in tal senso il Decreto, ora convertito, non risolve il problema.

La Commissione, in quanto autorità trasversale, è chiamata ad intervenire in più settori e proprio per questo, limitatamente al bilanciamento di situazioni, dovrebbe essere tenuta ad esercitare un potere maggiormente incisivo e pregnante, anche attraverso consultazioni con le altre autorità di regolazione onde proporre al Parlamento l'attuazione di politiche sociali in grado di risolvere problemi di gestione dei servizi pubblici essenziali che ormai troppo facilmente rischiano di essere mascherati a danno del diritto di sciopero.³⁶

Senza un ampliamento di tali poteri, e l'introduzione di forme di cooperazione tra essa e le altre autorità di regolazione dei servizi pubblici l'attività della Commissione rischia di essere fortemente limitata nella sua effettività. Soluzione alternativa potrebbe piuttosto essere un aumento dei poteri dell'autorità amministrativa o il deferimento della questione ad altre sedi come avviene già in Germania o in Francia ove il Conseil d'état, in sede consultiva, è chiamato ad esercitare la determinazione dei livelli minimi di personale necessari per assicurare la continuità del servizio.

Non può escludersi peraltro un intervento dell'Unione Europea proprio in materia di esercizio del diritto di sciopero e garanzia dei servizi pubblici. La peculiarità delle relazioni industriali presenti in ogni Stato membro e la necessità di considerarle in sede di definizione delle modalità di esercizio del diritto ha reso sino ad oggi difficile pensare ad un intervento in sede europea.

In conclusione, si rende necessario un intervento che attribuisca all'esercizio del diritto di sciopero la giusta dimensione costituzionale, allontanando le minacce derivanti da un indiscriminato uso dello strumento legislativo che rischia solo di vanificare le conquiste raggiunte in anni di lotta sindacale, offrendo invece nuove modalità di gestione dei servizi pubblici essenziali.

³⁶ A. D'ATENA, *Costituzione ed autorità indipendenti, il caso della Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. D'Atena, A. Predieri, 1997, 259-277.

MUSEUM SERVICES AS ESSENTIAL PUBLIC SERVICES: RATIO AND REGULATORY CONSEQUENCES OF THE INTERVENTION

by Giulia Silvia

Abstract

In September the Government adopted an important Decree that produces effect in the public service sector, including museum services in the list of 1990 September 12, n. 146. Nevertheless this seems only an attempt to defend the government's image. In effect the Decree was adopted during a particular event, a meeting of the workers who carry out their service at the Colosseum, that caused an unannounced closure of the monument. This paper analyses the evolution of strike regulation and tries to explain the role of the public service on strike commissions and how it must act. Currently the Commission has limited power even though this role is important in the balance of its work. It's important to define the role and authority of the commission in order to bring some regulation to strikes in essential public services but also try to organize this sector that is characterized by inefficiency and disorganization.

Hanno collaborato a questo numero:

Maria Immordino

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Olivia Pini

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Bologna – Alma Mater Studiorum

Aristide Police

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Roma Tor Vergata

Simona Polimeni

Dottoranda di ricerca in Diritto ed Economia nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Marco Ragusa

Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Antonio Senatore

Avvocato in Roma

Giulia Silvia

Dottoranda di ricerca in Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali, nell'Università degli studi di Palermo

Anna Simonati

Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Trento

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI MAGGIO 2016
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI

