

IL PIEMONTE DELLE AUTOC

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Anno III, Numero 3 - 2016

Editoriale

M. DOGLIANI

Che ne è stato, e che ne è ora, della Costituzione?

Saggi

M. BARBERO

La manovra di bilancio 2017-2019

M. CAVINO

Il CAL e la rappresentanza territoriale del Senato nel quadro della riforma costituzionale

Approfondimenti

L. GENINATTI SATÈ

La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi

R. PORRATO

Informazione ambientale e trasparenza: due discipline a confronto

Osservatori

LEGISLAZIONE E POLITICHE

B. GAGLIARDI

La professionalizzazione della pubblica amministrazione nella riforma Madia

S. BALLARI

Regolamento edilizio unico: rapporti con la disciplina regionale e locale

G. GHIAZZA, M. MARZOLA

Nuova banca dati Arianna. Il nuovo sistema legimatico del Consiglio regionale del Piemonte

STORIA

L. PROVERO

Principi e città nel Piemonte basso medievale

Commenti su casi e note di giurisprudenza

C. SPADA

La retribuzione delle mansioni superiori nel pubblico impiego ai tempi della crisi

S. ZOPPETTI

Mobilità e pubblico concorso tra obbligatorietà e preferenza

Direttore scientifico:

Mario Dogliani

Direttore responsabile:

Alessandro Bruno

Direttore editoriale:

Silvia Bertini

Vicedirettore editoriale:

Aurelia Jannelli

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Che ne è stato, e che ne è ora, della Costituzione?

MARIO DOGLIANI[1]

Secondo una definizione pressoché unanimemente accettata, le Costituzioni democratiche sono il "minimo comun denominatore che rende possibile l'esistenza di un corpo politico (un popolo)".

Questa definizione viene rappresentata con l'immagine biblica dell'"Arca dell'alleanza" (a sottolinearne la natura pattizia), o con quella del "ponte", dell'arco a secco: una costruzione artificiale, autoportante, che sta in piedi, che "regge", perché trae il suo equilibrio dalle spinte contrapposte delle pietre che la compongono (a sottolinearne la natura convenzionale: se tutti stanno al posto che la costituzione loro assegna, la costituzione regge, nell'interesse di tutti).

Il nerbo della opposizione intellettuale alla riforma bocciata stava proprio in questo: ammesso che la forma di governo richiedeva robuste correzioni per evitare "le degenerazioni del parlamentarismo", essa negava però - per il modo stesso con cui venne proposta e approvata - la natura pattizia-convenzionale della costituzione, e riesumava le antiche concezioni della costituzione stessa come atto d'imperio che i vincitori impongono ai vinti (e che organizza conseguentemente in modo analogo il processo di determinazione della politica nazionale).

Per descrivere la fragilità delle costituzioni è chiarissimo questo breve scritto di Franz Kafka, intitolato, appunto, *Il ponte*[2]:

«Ero rigido e freddo, ero un ponte, stavo sopra un abisso.

Di qua avevo le punte dei piedi, di là avevo confitto le mani, e mi tenevo rabbiosamente aggrappato all'argilla friabile. Da una parte e dall'altra mi si agitavano le falde della giacca. In fondo rumoreggiava il gelido torrente popolato di trote. Nessun turista si smarriva fino a quelle impervie altezze, il ponte non era ancora registrato nelle carte topografiche. Così me ne stavo e aspettavo. Dovevo aspettare. Un ponte, una volta costruito, non può cessare di essere ponte senza precipitare.

Una volta, era verso sera – la prima? la millesima? non so – i miei pensieri erano sempre confusi e giravano in tondo. Verso sera, d'estate, il torrente scrosciava più buio, udii un passo d'uomo. A me, a me! Stenditi, ponte, mettiti in posizione, trave senza spalletta, reggi colui che ti è affidato. Pareggia insensibilmente il suo passo incerto, ma se vacilla, fatti conoscere e come una divinità montana scaglialo a terra.

Quello venne, mi percosse con la punta ferrata del bastone, sollevò con essa le mie falde e me le aggiustò addosso. Infilò la punta nei miei capelli folti e ve la lasciò a lungo, probabilmente guardandosi ansiosamente intorno. Ma poi – stavo appunto seguendolo nel sogno per monti e valli – mi balzò in mezzo al corpo a piedi pari. Rabbrividii per un dolore lancinante, ignaro di tutto. Chi era? Un bambino? Un sogno? Un bandito? Un suicida? Un tentatore? Un distruttore? E mi girai per vederlo.

Un ponte che si volta! Non mi ero ancora voltato che già precipitavo e già ero straziato e infilzato sui sassi aguzzi che mi avevano sempre fissato così pacifici dall'acqua impetuosa.».

Il ponte crolla perché si pone una domanda sbagliata, che non avrebbe mai dovuto porsi: «chi è di preciso, quello che mi sta utilizzando? quello che si sta facendo portare? quello che mi sta calpestando?».

Un ponte che si volta! Non può accadere! E infatti non si era ancora voltato che già precipitava.

* * *

Adesso a che punto siamo?

La Costituzione del 1947 si è sfracellata o no? L'esito del referendum ha evitato che la costituzione negasse se stessa trasformandosi in un atto unilaterale imposto da alcuni contro altri, o, invece, la costituzione ha ormai perso la sua legittimazione, per motivi opposti, di fronte a tutti? Al contrario, si può forse dire che abbia addirittura guadagnato una nuova legittimazione (come si diceva dopo il referendum del 2006, quando si parlò di una sua "novazione")? Il grande ammalato - il sistema parlamentare - potrà trarre qualche beneficio da quanto è successo, o resterà impantanato nelle sue contraddizioni e nella sua impotenza?

I primi giorni successivi al referendum non lasciano presagire nulla di buono; anzi. I temi di fondo della campagna referendaria sono stati dimenticati. La spiegazione di quanto è accaduto, di quanto si è mosso nel profondo della società italiana, è stato sepolto nel silenzio. La stampa si è beatamente dedicata ai pettegolezzi connessi alla soluzione della crisi di governo.

Ma è troppo presto per spingersi oltre, dal punto di vista di giuristi interessati al buon funzionamento del sistema istituzionale e al modello di società buona che lo deve ispirare. Ma torneremo presto - nel nostro piccolissimo - a ritessere la tela della *téchne basilichè*, dell'arte regia, che - come ci dice Platone - è analoga all'arte della tessitura.

[1] Professore Ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Torino.

[2] *Il ponte* (*Die Brücke*, 1917, titolo apposto da Max Brod) pubblicato nel 1932 in una raccolta di 37 racconti postumi editi da Max Brod e di Hans-Joachim Schops intitolata (dal titolo di uno di essi) *Durante la costruzione della muraglia cinese*.

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

La manovra di bilancio 2017-2019

MATTEO BARBERO[1]

1. Premessa.

La manovra di finanza pubblica che si sta delineando in queste settimane per il triennio 2017-2019 si articola su diversi provvedimenti: oltre al disegno di legge di bilancio (che, come diremo, incorpora anche i contenuti della ormai superata legge di stabilità) ed al c.d. “decreto fiscale” (D.L. 193/2016), già in vigore e che fornisce una quota significativa (circa 4,5 miliardi) delle entrate che garantiscono (insieme all’incremento del disavanzo su cui è in corso una trattativa fra il Governo e la Commissione europea) la copertura delle misure espansive sul lato della spesa, occorre considerare, specialmente in un’analisi delle disposizioni che avranno un impatto sugli enti territoriali, la L. 164/2016, approvata in via definitiva dal Parlamento lo scorso mese di agosto.

Quest’ultima, infatti, ha novellato la L. 243/2012 (a sua volta attuativa dell’art. 81 Cost., come riscritto dalla L. Cost. 1/2012), definendo la cornice dei vincoli di finanza pubblica imposti a regioni, città metropolitane, province e comuni. Si tratta di una riforma di notevole rilevanza, che sancisce il definitivo superamento del Patto di stabilità interno (già disapplicato a decorrere dal 1° gennaio 2015 dalla L. 208/2015) e la stabilizzazione normativa del pareggio di bilancio, che rappresenterà per i prossimi anni il principale meccanismo di coordinamento finanziario fra lo Stato e i livelli di governo autonomi in funzione del rispetto degli obiettivi comunitari di contenimento del disavanzo e di riduzione del debito.

Il presente lavoro, quindi, prende le mosse dall’analisi di quest’ultimo provvedimento (paragrafo 2), per procedere successivamente ad una rapida analisi degli altri due (paragrafi 3 e 4); nel paragrafo 5, infine, sono riportate alcune brevi considerazioni conclusive.

2. La riforma del pareggio di bilancio.

Il testo originario della L. 243/2012 prevedeva che regioni ed enti locali dovessero garantire l’equilibrio dei seguenti saldi:

- a) saldo fra entrate e spese finali in termini di competenza;
- b) saldo fra entrate e spese finali in termini di cassa;
- c) saldo fra entrate e spese correnti in termini di competenza;
- d) saldo fra entrate e spese correnti in termini di cassa.

Si trattava, dunque, di una disciplina estremamente restrittiva, la quale, considerata la necessità di garantirli sia a preventivo che a consuntivo, avrebbe portato a otto gli obiettivi da conseguire, rispetto all’unico obiettivo previsto dal Patto.

Essa si sarebbe dovuta applicare già a decorrere dal 1° gennaio 2016; tuttavia, con una lettura giuridicamente assai discutibile, si è ritenuto che la sua applicazione riguardi i bilanci relativi agli

esercizi 2017 e seguenti, che come noto devono essere approvati (secondo la disciplina ordinaria, peraltro sempre derogata) nel corso del 2016.

Questa contorsione interpretativa è figlia del carattere “rinforzato” della L. 243, la quale, a mente dell’art. 81, comma 6, Cost., è modificabile solo mediante una legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di Camera e Senato. La sua riscrittura, quindi, ha richiesto tempi non compatibili con la scorsa sessione di bilancio dello Stato ed è stata completata solo la scorsa estate, con l’approvazione della L. 164/2016.

Nel frattempo, però, la L. 208/2015 (legge di stabilità 2016) aveva, per così dire, anticipato la novella, disponendo il superamento del Patto e l’introduzione già per l’esercizio 2016 del pareggio fra entrate e spese finali, declinato però solo in termini di competenza.

La L. 164 ha completato il percorso, abrogando gli altri tre saldi previsti dalla prima versione della L. 243 (ovvero il saldo finale di cassa ed il saldo corrente, sia di competenza che di cassa).

Essa, inoltre, ha adeguato l’aggregato contabile di riferimento alla riforma dei bilanci degli enti territoriali introdotta dal D. Lgs. 118/2011, anch’essa entrata a pieno regime dal 2016. In particolare, la L. 164 ha regolamentato la rilevanza, ai fini del saldo finale, del fondo pluriennale vincolato, che nel bilancio armonizzato rappresenta il nuovo strumento per raccordare la gestione delle entrate e delle spese in funzione della loro diversa esigibilità.

Il tema è solo apparentemente tecnico, ma in realtà presenta una dimensione strategica: l’inclusione del fondo pluriennale vincolato nel saldo rilevante ai fini del pareggio, infatti, è essenziale per garantire un quadro programmatico stabile alle amministrazioni regionali e locali, ma pone un problema di copertura finanziaria nel bilancio dello Stato. Per questa ragione, la L. 208/2015 l’aveva prevista solo limitatamente all’anno 2016, creando una pericolosa discontinuità nell’orizzonte temporale ormai necessariamente triennale previsto dall’armonizzazione. La L. 164 ha ricucito lo strappo, ma per il triennio venturo ha rimesso l’individuazione della copertura finanziaria alla legge di bilancio.

La novella della L. 243 ha anche modificato altri punti rilevanti, che in questa sede è solo possibile richiamare succintamente.

In primo luogo, essa ha ridisegnato le intese (sia di livello regionale che di livello nazionale) che, in base all’art. 10, dovrebbero garantire l’ottimale distribuzione della capacità di spesa, per quanto concerne in particolare la possibilità di utilizzare la leva del debito o gli avanzi di amministrazione come fonti di finanziamento degli investimenti. Ciò in quanto tali entrate non sono utili ai fini del conseguimento del pareggio (come già accadeva in regime di Patto), per cui il loro utilizzo deve essere regolamentato in modo da assicurare l’equilibrio a livello aggregato.

Infine, la L. 164 ha modificato il sistema di incentivi e sanzioni chiamato a rafforzare la coerenza dei vincoli appena descritti.

3. Il disegno di legge di bilancio.

Come già accennato, per effetto della recente riforma della contabilità di Stato operata dalla L. 163/2016, i contenuti della legge di bilancio e della legge di stabilità vengono ora ricompresi in un unico provvedimento, costituito dalla nuova legge di bilancio, riferita ad un periodo triennale ed articolata in due sezioni: la prima svolge essenzialmente le funzioni dell’ex legge di stabilità, la seconda quelle della legge di bilancio.

Le misure riguardanti gli enti territoriali sono contenute nella prima sezione, principalmente agli art. 63 e seguenti (ma la numerazione di articoli e commi è destinata a cambiare nel corso dell’iter

parlamentare).

Prima, però, occorre richiamare l'art. 10, che estende al 2017 il divieto di incrementare la pressione fiscale a livello regionale e locale già previsto dal comma 26 della L. 208/2015. Stop, quindi, anche per il prossimo anno, agli incrementi delle aliquote (anche se già deliberati), all'istituzione di nuovi prelievi, ovvero alla cancellazione di agevolazioni. Rimangono fuori dal blocco solo (per le regioni) le manovre su Irap e addizionale regionale Irpef legate ai piani di rientro del disavanzo sanitario o necessarie per accedere alle anticipazioni di liquidità previste dal D.L. 35/2013 per accelerare il pagamento dei debiti commerciali delle pubbliche amministrazioni, la Tari (per i comuni) e gli enti in pre-dissesto ed in dissesto.

Per gli enti locali, non sono previsti tagli aggiuntivi, mentre per le regioni, oltre ad una sostanziale riduzione del fondo sanitario nazionale (che viene bensì incrementato, ma in misure inferiori rispetto alle nuove o maggiori spese, a partire da quelle per i nuovi Lea), rimangono inalterati gli effetti delle pesanti manovre varate negli scorsi anni. Per assicurare un sostegno finanziario agli enti territoriali, l'art. 63 del disegno di legge stanziava due fondi per complessivi 3 miliardi di euro circa (di cui 2 miliardi solo in termini di saldo netto da finanziare e 1 miliardo anche in termini di indebitamento netto), che dovranno essere distribuiti fra regioni, città metropolitane, province e comuni. Il riparto è attualmente rimesso ad un dpcm, ma potrebbe essere disposto direttamente mediante un emendamento.

L'art. 65 ridefinisce la disciplina pareggio di bilancio per adeguarla, come detto, alla L. 243/2012 novellata dalla L. 164/2016.

Fra le novità più attese, senza dubbio l'inclusione del fondo pluriennale vincolato nel saldo anche per il triennio 2017-2019, al netto della quota derivante da debito, mentre dal 2020 non potrà essere conteggiato neppure quello originato da applicazione di avanzo. Non varrà ai fini del saldo, invece, la quota di fondo di entrata che finanziava impegni cancellati in sede di rendiconto: tale precisazione sembra confermare a contrario che per il 2016 le economie su impegni finanziati da fpv (fondi pluriennali vincolati) in entrata producono effetti positivi sul pareggio.

Il ddl prevede, in deroga al punto 5.4 del principio contabile applicato sulla contabilità finanziaria (allegato 4/2 del D. Lgs. 118/2011), la possibilità di utilizzare il fondo pluriennale vincolato anche per le spese per lavori pubblici per le quali non sia ancora stata bandita la gara o impegnata una parte del quadro tecnico economico, purché l'ente disponga almeno di un progetto esecutivo redatto e validato a norma di legge e approvi il bilancio di previsione del prossimo triennio entro il 31 gennaio 2017. La norma fa riferimento esclusivamente al fondo nato in spesa nel 2015, per cui non vi rientra al momento quello nato nel 2016 (ad esempio a seguito di applicazione di avanzo nell'anno in corso). Come nel 2016, non saranno da conteggiare nel saldo il fondo crediti di dubbia esigibilità e gli altri fondi accantonati.

Viene anche ridisegnato, sempre sulla scorta della riforma della L. 243, il sistema sanzionatorio, prevedendo innanzitutto la spalmatura del taglio che colpisce le amministrazioni che sfiorano: anziché essere caricato tutto sull'anno successivo alla violazione o del suo accertamento, verrà rateizzato su tre anni a quote costanti. Rimangono, invece, annuali le altre sanzioni, consistenti nel tetto agli impegni di spesa corrente (che si abbassa, perché gli enti inadempienti non potranno superare l'importo dell'anno precedente ridotto dell'1%), nel divieto di indebitarsi per finanziare le spese di investimento, nel blocco delle assunzioni (da cui vengono escluse a tempo determinato su alcune funzioni sensibili) e nella decurtazione delle indennità del sindaco/presidente e dei componenti della giunta (che viene attualizzata all'importo percepito nell'anno della violazione, mentre fino al 2016 si faceva riferimento all'ammontare risultante alla data del 30 giugno 2014).

La seconda novità riguarda la previsione di attenuanti a favore degli enti che realizzano uno

sforamento contenuto: qualora il mancato conseguimento del saldo risulti inferiore al 3% degli accertamenti di entrate finali realizzati nell'anno della violazione, il tetto agli impegni correnti sarà calcolato senza la decurtazione dell'1%, il blocco delle assunzioni si applicherà solo a quelle a tempo indeterminato (e non alle assunzioni flessibili) e la "multa" agli amministratori scenderà al 10%.

Ricompiono gli incentivi, in ossequio alla L. 243/2012, che saranno di due tipi:

1) una premialità monetaria finanziata coi proventi delle sanzioni applicate a quelli inadempimenti nell'anno precedente, che andrà agli enti in regola col saldo di competenza e che abbiano conseguito un saldo finale di cassa non negativo;

2) un alleggerimento dei vincoli alla spesa di personale per gli enti che non lasceranno spazi finanziari inutilizzati in misura superiore all'1% degli accertamenti delle entrate finali.

Infine, per ciascuno degli anni 2017, 2018 e 2019, viene previsto un plafond di spazi finanziari da 1.200 milioni all'anno per il prossimo triennio (500 per le Regioni, 700 per i comuni), destinati a sbloccare l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione o del debito. Tali spazi saranno assegnati secondo un preciso ordine di priorità.

Il meccanismo, quindi, a differenza degli anni passati, sarà prevalentemente a regia nazionale, mentre alle regioni spetterà un ruolo di seconda istanza. Esse, infatti, dovranno coordinare le intese previste dall'art. 10 della L. 243/2012.

Per i comuni, meritano di essere segnalate anche le norme (art. 64) riguardanti il fondo di solidarietà. La dote complessiva rimane sostanzialmente invariata (compresa la quota di 80 milioni destinata agli enti che applicano la Tasi sull'abitazione principale con aliquota inferiore all'1 per mille), ma vengono modificati nuovamente i criteri di riparto. La quota assegnata in base ai fabbisogni standard salirà nel 2017 al 40%, per arrivare progressivamente al 100% dal 2021. Per evitare contraccolpi eccessivi, è prevista una clausola di salvaguardia che sterilizzerà le variazioni in più o in meno superiori all'8%.

Al momento, il testo non prevede un rifinanziamento del c.d. fondo Imu-Tasi che lo scorso anno ha distribuito 390 milioni a favore dei 1800 comuni. Tuttavia, tale misura potrebbe essere ripescata e coperta con le risorse al momento allocate nei fondi di cui al già citato art. 63.

4. Il decreto fiscale.

L'ultima componente della manovra è rappresentata dal decreto fiscale (D.L. 193/2016), come detto, già entrato in vigore ma anch'esso suscettibile di modifiche in sede di conversione.

Fra le disposizioni di interesse degli enti territoriali, segnaliamo l'art. 2, comma 1, che sopprime Equitalia, le cui società saranno sciolte a decorrere dal 1° luglio 2017 sostituendola con il costituendo ente pubblico economico "Agenzia delle entrate – Riscossione". Tale misura impatta ovviamente anche sul mondo della riscossione locale, interessato da un risalente mai completato percorso di riforma. Già l'art. 3, commi 25 e 25-bis, del D.L. 203/2005, stabiliva che le attività svolte in regime di concessione per conto degli enti locali potessero continuare ad essere esercitate da Equitalia, salvo diversa determinazione dell'ente locale, fino alla data del 31/12/2010, termine più volte prorogato, anche per attendere l'attuazione (mai arrivata) della sopravvenuta legge delega fiscale (art. 10, comma 1, lettera c, L. 23/2014).

Ora, con la chiusura di Equitalia, è arrivata l'ennesima proroga (per la precisione, si tratta della nona) fino al prossimo 30 giugno. Per il futuro, invece, con deliberazione adottata entro il 1° luglio 2017, gli enti locali potranno continuare ad avvalersi, per sé e per le società da essi partecipate, del soggetto preposto alla riscossione nazionale. Infine, il comma 3 stabilisce che, entro il 30 settembre di ogni anno, i medesimi comuni possono deliberare l'affidamento dell'esercizio delle funzioni relative alla

riscossione al predetto soggetto. Ciò non solo, come accaduto fino ad oggi, per la riscossione coattiva, ma per tutte le attività di accertamento, liquidazione e riscossione (anche spontanea) delle entrate.

Da citare, infine, l'art. 6, che prevede la definizione agevolata dei carichi inclusi in ruoli affidati agli agenti della riscossione negli anni dal 2000 al 2015. I contribuenti interessati potranno estinguere il debito senza corrispondere sanzioni e interessi di mora e dilazionando il pagamento entro il limite massimo di quattro rate. La misura riguarda anche i ruoli riguardanti gli enti locali (non delle regioni), compresi quelli che hanno abbandonato Equitalia e utilizzano lo strumento dell'ingiunzione fiscale. Questi ultimi, esclusi dal testo vigente, saranno recuperati grazie ad un emendamento già approvato, che consentirà loro di deliberare l'adesione alla c.d. "rottamazione" entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, definendo tempi e modalità. Per i ruoli affidati a Equitalia, invece, la rottamazione è automatica.

5. Conclusioni.

La manovra in precedenza sommariamente illustrata si presenta, quindi, molto articolata e ancora in divenire. Già adesso, tuttavia, è possibile esprimere qualche breve valutazione.

Molto positivo pare il tentativo di normalizzare la finanza locale, garantendo regole stabili che possano consentire agli enti di approvare i bilanci di previsione in tempi ragionevoli (il ddl di bilancio concede una proroga del termine ordinario del 31 dicembre, ma solo fino al 28 febbraio 2017, inserendosi in un trend già avviato nelle precedenti manovre).

Rimane aperto, invece, il problema dell'autonomia finanziaria, che, dopo anni di federalismo fiscale promesso e non realizzato, si trova oggi ai minimi termini, non solo a causa del blocco della fiscalità, ma anche per effetto della reintroduzione di forme surrettizie di finanza derivata (basti pensare alle compensazioni dei mancati gettiti Imu e Tasi a favore dei comuni).

Ancora particolarmente critica, infine, la situazione degli enti di area vasta, di fatto mantenuti in una sorta di "coma farmacologico" in attesa di completarne la trasformazione prevista dalla L. 56/2014.

È su questi aspetti che occorrerà lavorare nei prossimi anni.

[1] Avvocato e dottore di ricerca in diritto pubblico, funzionario della Regione Piemonte - Direzione Risorse finanziarie.

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Il CAL e la rappresentanza territoriale del Senato nel quadro della riforma costituzionale

Intervento al Convegno "I CAL nella riorganizzazione dei sistemi regionali delle autonomie", Consiglio Regionale della Toscana, Firenze, 10 maggio 2016.

MASSIMO CAVINO[1]

Sommario: 1. Premessa. 2. Il Senato delle autonomie a prevalenza regionale. 3. Il ruolo del CAL nel sistema di rappresentanza delle istituzioni territoriali. 4. I punti di contatto tra CAL e Senato.

1. Premessa.

Interrogarsi sul ruolo che il Consiglio delle autonomie locali potrà giocare rispetto alla rappresentanza territoriale nel quadro istituzionale delineato dalla riforma in itinere, impone di affrontare la questione preliminare sulla natura che verrà ad assumere il futuro Senato.

Il tema è stato oggetto di attente riflessioni nei mesi precedenti e pare di poter affermare che, nell'alternativa tra l'ipotesi di una camera di rappresentanza territoriale e una di rappresentanza politica, sia prevalsa come plausibile la seconda.

È opinione diffusa che sulle logiche territoriali finiranno per imporsi quelle di partito.

Le rapide osservazioni che seguono muovono invece da una premessa differente; dalla considerazione che nell'articolato sistema politico italiano, rispetto alla maggior parte dei temi dell'agenda politica, non sia possibile distinguere con chiarezza le posizioni nazionali di partito da quelle che esprimono interessi prevalentemente territoriali.

La recente vicenda referendaria *no triv* ha evidenziato con chiarezza tale intreccio, non tanto nella contrapposizione tra Governo e Regioni, presieduti da esponenti dello stesso partito, quanto nella tendenza dei leader politici locali ad interpretare le istanze territoriali come elemento distintivo della propria azione politica in vista di competizioni sulla ribalta nazionale.

Si assiste con una frequenza via via maggiore ad una commistione tra personalizzazione e territorializzazione dei partiti[2] che assumono sempre più la struttura del network.

In tale prospettiva il nuovo Senato potrebbe sfuggire all'alternativa secca tra camera-politica e camera-territoriale e divenire lo spazio nel quale si organizzano e si intrecciano i nodi di una rete di cui i territori forniscono il filo.

2. Il Senato delle autonomie a prevalenza regionale.

L'art. 55, comma 5, Cost., approvata la revisione costituzionale, disporrà che «Il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali ed esercita funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica».

L'art. 57 stabilirà, al primo comma, che esso sia composto da «novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali»; al secondo che i Senatori saranno eletti dai consigli regionali «fra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, fra i sindaci dei comuni dei rispettivi territori»; al quarto comma disporrà che «Nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a due»; e al quinto che la ripartizione dei seggi tra le regioni si effettuerà in proporzione della loro popolazione.

Il quadro normativo appena delineato mostra con tutta evidenza il superamento della originaria intenzione di fare del Senato una camera delle autonomie.

Nella impostazione originaria del d. d.l. n. 1429 il Senato risultava composto da: 42 membri di diritto (19 presidenti di giunta regionale; 2 presidenti di provincia autonoma; 21 sindaci dei capoluoghi di regione o di provincia autonoma); 80 membri eletti in secondo grado, con voto limitato (2 consiglieri per ciascun Consiglio regionale dallo stesso Consiglio e 2 sindaci per ciascuna regione da un collegio elettorale costituito dai sindaci della Regione); (fino a) 21 membri, nominati per la durata di 7 anni, dal presidente della Repubblica alla stregua dei requisiti previsti dal testo originario della Costituzione per i senatori a vita; ad esaurimento, gli attuali senatori a vita; e, per il futuro, salvo rinuncia, i Presidenti della Repubblica cessati dalla carica.

Il testo approvato definitivamente dalle Camere ha invece abbandonato la pariteticità del rapporto tra sindaci e rappresentanti regionali, ha attribuito al consiglio regionale anche l'elezione dei sindaci e ha reintrodotto il criterio «della “pesatura” delle rappresentanze regionali (che è da sempre stata presente anche nella distribuzione dei senatori tra circoscrizioni elettorali regionali) rispetto a quanto previsto dal d.d.l. Renzi-Boschi, che attribuiva lo stesso numero di senatori ad ogni regione»[3].

Benché formalmente ciascun senatore rappresenterà, senza vincolo di mandato, le istituzioni territoriali, non è chi non veda le conseguenze delle proporzioni numeriche tra la compagine dei senatori/consiglieri e quelle dei senatori/sindaci.

Il nuovo Senato sarà caratterizzato dalla netta prevalenza delle istanze regionali rispetto a quelle locali.

La scelta operata è però del tutto coerente con la struttura regionale dello Stato.

Regioni ed enti locali sono titolari di forme di autonomia differenti.

L'autonomia regionale è “materialmente” disciplinata dalla Costituzione, mentre gli ambiti materiali della autonomia locale sono definiti dalla legge.

Per questa ragione strutturale le regioni sono titolari del potere legislativo mentre gli enti locali dispongono del solo potere regolamentare.

E poiché solo le regioni dispongono del potere legislativo è coerente con la logica del nuovo modello bicamerale la loro prevalenza nella partecipazione all'esercizio del potere legislativo statale.

La questione sulla quale possiamo comunque interrogarci è un'altra.

La logica che regge la prevalenza “numerica” dei senatori/consiglieri vale a giustificare l'attribuzione al consiglio regionale del potere di eleggere anche i senatori/sindaci?

Posto che in ogni regione ordinaria[4] lo statuto deve disciplinare il Consiglio delle autonomie locali, non sarebbe stato preferibile attribuire a quell'organo regionale l'elezione della parte sindacale dei senatori?

3. Il ruolo del CAL nel sistema di rappresentanza delle istituzioni territoriali.

Il d.d.l. Costituzionale Boschi-Renzi non interviene in alcun modo sulla disciplina del Consiglio delle Autonomie Locali.

Ciò può destare qualche perplessità ove si consideri che i tentativi immediatamente precedenti di riforma costituzionale avevano considerato il CAL come un elemento significativo per la riforma del bicameralismo con attribuzione alla seconda camera della rappresentanza delle autonomie territoriali.

Il disegno di legge costituzionale approvato in duplice deliberazione dal Parlamento nel corso della XIV legislatura (A.S. n. 2544D), e non confermato dal referendum, che si svolse il 25-26 giugno 2006, disciplinava il CAL quale organo, non solo di consultazione, ma anche di concertazione e di raccordo tra la regione e gli enti locali e prevedeva che ai lavori del Senato, composto da senatori eletti contestualmente al rinnovo dei consigli regionali, potessero partecipare rappresentanti eletti dai consigli regionali e dai CAL.

L'articolo 64, comma 6 Cost., come modificato dallo stesso disegno di legge costituzionale, avrebbe demandato al regolamento del Senato di disciplinare le ipotesi nelle quali la Seconda camera avrebbe assunto i pareri che i Consigli regionali avrebbero espresso sulle deliberazioni legislative statali, sentiti i CAL.

E le proposte di legge costituzionale A.C. n. 553 e abb.-A della XV legislatura, cosiddetta "bozza Violante", nel testo unificato approvato dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati il 17 ottobre 2007, prevedevano che i CAL eleggessero, tra i componenti dei Consigli dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane, un senatore nelle regioni con popolazione fino a un milione di abitanti, e due senatori nelle regioni con popolazione superiore.

Il d.d.l. Boschi-Renzi non coinvolge il CAL nel procedimento elettorale per la composizione del Senato e non modificando l'ultimo comma dell'art.123 Cost. gli conserva la funzione di organo di consultazione tra la regione e gli enti locali.

Questa scelta è stata determinata da considerazioni, prevalentemente, di carattere pratico: non tutte le regioni hanno portato a termine il percorso istitutivo del CAL e l'organo, anche dove esso è già operativo, fatica a trovare una precisa collocazione, con grandi oscillazioni rispetto alla sua efficienza, nei diversi contesti regionali.

Altrimenti detto. Il CAL non è stato considerato abbastanza maturo per potergli affidare il compito di eleggere i senatori/sindaci.

Si potrebbe ritenere, ragionando in termini contrari, che una riforma delle sue funzioni, con l'attribuzione esplicita della rappresentanza degli interessi locali presso la regione, avrebbe fornito una spinta per riposizionare il CAL nella organizzazione costituzionale regionale; così da considerare il mancato intervento del d.d.l. Boschi-Renzi come una occasione mancata.

Questa impostazione non pare tuttavia condivisibile.

Se riflettiamo sulla posizione del CAL nella organizzazione costituzionale, rispetto a quella del consiglio regionale, possiamo concludere che le ragioni pratiche che hanno portato ad escluderlo dalla "selezione" dei futuri senatori possono trovare una giustificazione di sistema (per quanto è lecito dubitare che essa sia stata presa in considerazione dal legislatore costituzionale).

Costituzionalizzare[5] la funzione di rappresentanza regionale delle autonomie locali in capo al CAL, nello stesso momento in cui si mette mano alla struttura bicamerale del Parlamento, facendo del Senato la camera rappresentativa delle istituzioni territoriali, legittimata da una elezione di secondo grado, avrebbe condotto ad una bicameralizzazione surrettizia del sistema regionale[6].

Se prendiamo in considerazione la disciplina della partecipazione del Senato ai procedimenti legislativi statali, così come disegnata dal d.d.l. di riforma costituzionale, e quella prevista dagli statuti e dalle leggi regionali in ordine alla partecipazione del CAL al procedimento legislativo regionale non possiamo sottrarci alla suggestione della analogia.

Escluse le ipotesi di partecipazione paritetica previste dal primo comma dell'art. 70 Cost., il d.d.l. costituzionale, rispetto alle leggi che potranno essere approvate dalla Camera, attribuisce al Senato l'iniziativa legislativa e il potere di proporre modifiche alle deliberazioni legislative già assunte.

E gli Statuti e le leggi regionali attuative hanno attribuito al CAL, spesso il potere di iniziativa, sempre il potere di esprimere pareri sulle deliberazioni del Consiglio regionale.

Certo. Molte sono le differenze. Il Senato si vede espressamente attribuita la titolarità della funzione legislativa che, in ambito regionale appartiene solo al consiglio regionale.

Ciò non di meno una lettura attenta delle disposizioni costituzionali quali risulterebbero dopo la riforma induce a soffermarsi.

L'articolo 55, comma 4, Cost., approvata la riforma, disporrebbe che la Camera eserciti la funzione legislativa mentre il comma 5 disporrebbe che il Senato vi concorra nei casi e secondo le modalità stabiliti dalla Costituzione.

Si faccia molta attenzione: non solo secondo le *modalità*, ma anche *neicasi* stabiliti dalla Costituzione.

Ciò può indurre a concludere che le leggi approvate con il solo voto definitivo della Camera rappresentino casi nei quali il Senato non concorre all'esercizio della funzione legislativa? Del resto, nella maggior parte delle ipotesi, la deliberazione di proposte di modifica da parte del Senato sarebbe meramente eventuale.

Malgrado il dato testuale, la risposta all'interrogativo che ci siamo posti è unanimemente negativa sulla base della considerazione che «a ritenere diversamente, il potere del Senato dovrebbe qualificarsi come di controllo, secondo logica non distante da quella cui si ispira il silenzio-assenso nei procedimenti amministrativi: ma la natura dell'atto, la legge, e il contesto politico-parlamentare, non consentono una simile traslazione concettuale»[7].

Se la natura dell'atto, la legge, e il contesto politico parlamentare non consentono di degradare la partecipazione del Senato al procedimento legislativo ad un potere di controllo, per ragioni analoghe e di segno contrario potrebbe prodursi, una attrazione nell'ambito legislativo delle delibere con le quali il CAL interviene sulla approvazione delle leggi regionali, se ad esso venisse riconosciuta la funzione di rappresentanza regionale delle autonomie locali.

Ciò comporterebbe una spinta significativa verso il consolidamento della posizione del CAL nella organizzazione costituzionale regionale ma determinerebbe inevitabilmente un indebolimento del ruolo politico del consiglio regionale rispetto alla funzione in cui si esprime fundamentalmente l'autonomia regionale, la funzione legislativa.

La mancata previsione di una funzione di rappresentanza in capo al CAL, che non permette di considerare i suoi interventi sul procedimento legislativo come momenti di integrazione politica, risponde dunque alla logica del sistema regionale costruita intorno al ruolo legislativo del consiglio regionale.

Logica con cui è del tutto coerente la scelta di attribuire al solo consiglio regionale il compito di eleggere tutti i futuri senatori.

4. I punti di contatto tra CAL e Senato.

Se la scelta di non intervenire sulle attribuzioni del CAL e di non coinvolgerlo nel procedimento elettorale per la formazione del Senato trova una sua giustificazione nella struttura regionale dello Stato, è però legittimo attendersi che, approvata la riforma, la sua funzione consultiva sia oggetto di un ripensamento sostanziale.

La configurazione del Senato come camera rappresentativa delle istituzioni territoriali e il doppio ruolo assunto dai senatori/consiglieri e dai senatori/sindaci dovrebbe enfatizzare il ruolo del CAL.

La definizione dell'art.123, ultimo comma, che vuole il CAL «quale organo di consultazione tra la Regione e gli enti locali» se non comprende la rappresentanza come strumento di integrazione politica, non esclude la rappresentatività dell'organo, intesa come capacità di rappresentazione degli interessi locali.

In un sistema virtuoso di decisione politica (e non) la consultazione non deve essere svalutata a “mera consultazione”.

Naturalmente affinché la consultazione riesca efficace e sia capace di orientare in modo corretto la decisione politica devono realizzarsi presupposti oggettivi e soggettivi.

Essa deve svolgersi secondo procedure compatibili con i tempi della decisione politica e deve intervenire tra soggetti preparati.

In tale prospettiva può non essere sufficiente la pur essenziale capacità di supporto amministrativo che i consigli regionali, presso i quali sono stati istituiti tutti i CAL, sono in grado di sviluppare.

Può rendersi necessaria una integrazione di carattere organico che permetta di stabilire un contatto diretto tra l'ambito nazionale e locale, così che da quest'ultimo possano essere rappresentate (nel senso precisato) con maggiore efficacia le istanze dei territori.

Una possibile soluzione è nella disponibilità del legislatore regionale che potrebbe attribuire, *ope legis*, la presidenza del CAL al senatore/sindaco della regione e prevedere espressamente (compatibilmente con gli impegni già gravosi del doppio incarico) forme istituzionalizzate di partecipazione ai lavori del CAL dei senatori eletti nella regione.

[1]Professore associato di Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale.

[2]Cfr. le osservazioni di S. Parisi, *La tensione tra personalizzazione e territorializzazione dei partiti politici alla luce della network analysis*, in S. Staiano, a cura di, *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Jovene, Napoli, 2014, 221 e ss.

[3]Cfr. S. Sicardi, *Il nuovo bicameralismo previsto dalla riforma del 2016*, in M. Cavino, L. Conte, L. Imarisio, S. Sicardi, G. Sobrino, *La Costituzione dopo la riforma. 2016 ...*, in corso di stampa per i tipi de il Mulino, Bologna.

[4]La scelta di attribuire al CAL il potere di eleggere i senatori/sindaci avrebbe imposto la costituzionalizzazione dell'organo anche per le regioni e province speciali (ove per altro organi del tutto o in parte assimilabili al CAL già operano da tempo).

[5]La funzione di rappresentanza è espressamente riconosciuta dalle norme di diversi statuti. Calabria (articolo 48, comma 1 dello Statuto); Emilia Romagna (articolo 23, comma 1 dello Statuto); Lazio (Legge regionale 26 febbraio 2007, n. 1, articolo 1); Liguria (articolo 65, comma 1 dello Statuto); Puglia (articolo 45, comma 1 dello Statuto); Veneto (articolo 16, comma 1 dello Statuto); Toscana (articolo 66, comma 1 dello Statuto). Sulla difficoltà di definire i connotati di questi riconoscimenti di rappresentatività cfr. L. Imarisio, in M. Cavino, L. Imarisio, *Il consiglio delle autonomie locali*, Giappichelli, Torino, 2012, 26 e ss.

[6]Cfr. Le riflessioni di L. Imarisio, *loc. cit.*

[7]S. Staiano, *Le leggi monocamerali (o più esattamente bicamerali asimmetriche)*, in *Rivista AIC*, 1/2016, 4.

La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi

LUCA GENINATTI SATÈ[1]

Sommario. 1. Premessa. 2. L'ambito soggettivo di applicazione e le categorie di società pubbliche: (a) in generale. 3. (segue): (b) società ammesse e società non consentite. 4. (segue): (c) il tema delle "società quotate". 5. Oneri per la costituzione delle società ammesse, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite. 6. Modifiche alla *governance* delle società pubbliche: (a) in generale. 7. (segue): (b) la nuova *governance* delle società "a controllo pubblico". 8. (segue): (c) il divieto di costituire organi diversi da quelli previsti da norme generali e la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci. 9. (segue): (d) l'adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti. 10. La nuova disciplina delle società *in house*. 11. La nuova disciplina delle società c.d. "miste". 12. L'assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica. 13. Limiti e regole in materia di personale delle società a partecipazione pubblica. 14. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti.

1. Premessa[2]

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, entrato in vigore il 23 settembre 2016, ha strutturalmente rivisitato la disciplina delle società a partecipazione pubblica[3].

Il testo (sovente identificato, nella prassi, come "decreto Madia", sebbene questa dizione sia equivoca, perché vari sono i decreti di riordino della legislazione riconducibili all'attività del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione) è stato approvato dal Governo in attuazione della delega conferita con la l. 7 agosto 2015, n. 124[4].

Stando ai criteri di delega, fine prioritario del decreto è "*assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza*", attraverso la "*razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità*" e la "*ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche*".

Questo scritto non si propone di verificare se questi obiettivi siano stati raggiunti: si limita soltanto a una ricognizione delle principali novità introdotte dal decreto in una materia interessata da oltre dieci anni di successione normativa e di stratificazioni giurisprudenziali[5] (novità che inducono a considerare il d.lgs. n. 175/2016 un "testo unico innovativo"[6]).

Queste novità – si può nel complesso rilevare – appaiono significative per almeno due ordini di motivi: (i) sotto il profilo della disciplina puntuale, perché apportano numerose modifiche alla costituzione delle società pubbliche e, soprattutto, alla loro operatività, imponendo quindi rilevanti oneri di adeguamento alle pubbliche amministrazioni; (ii) sotto il profilo dogmatico, perché l'insieme di queste modifiche definisce una fisionomia delle società a partecipazione pubblica che si distacca ormai nitidamente da quella delle società regolate, in via generale, dal codice civile[7]: sembra affermarsi, anzi, uno *status* giuridico proprio delle società pubbliche, diverso e speciale rispetto a

quello delle società private, che impone anche di riconsiderare il principio di autonomia privata sino ad oggi riconosciuto (da alcuni anni, anche dal diritto positivo[8]) alle pubbliche amministrazioni per l'esercizio dell'attività non autoritativa[9].

2. L'ambito soggettivo di applicazione e le categorie di società pubbliche: (a) in generale.

La definizione dell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 è apparentemente un'operazione semplice: l'art. 1, c. 1, del decreto chiarisce infatti che esso si applica alla *“costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta”*.

La definizione di *“amministrazioni pubbliche”* contenuta nell'art. 2 rinvia poi alla nozione dettata dall'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 (diventa sostanzialmente la nozione codificata nell'ordinamento positivo), che identifica nominalmente tutti i soggetti qualificabili come pubbliche amministrazioni; ad essi, il d.lgs. n. 175/2016 aggiunge i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali.

L'aggiunta degli enti pubblici economici è particolarmente significativa, poiché la loro assimilazione alle amministrazioni pubbliche (sia pure al limitato fine di assoggettarne le società partecipate alle regole del d.lgs. n. 175/2016) supera il dibattito sulla possibilità di configurare le società da essi partecipate come società a partecipazione pubblica[10].

Per il resto, la delimitazione compiuta dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016 è molto ampia, perché comporta di includere nella categoria delle *“società pubbliche”* anche società indirettamente partecipate, anche in via minoritaria, dalle pubbliche amministrazioni.

Ciò rende molto delicato il compito (che, come si vedrà, spetta alle amministrazioni stesse) di provvedere alla ricognizione delle società a partecipazione pubblica: è infatti sufficiente una minima partecipazione di uno dei soggetti indicati dall'art. 1 perché la società interessata, nonché quelle eventualmente appartenenti al suo gruppo, ricadano nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto.

Chiarito questo punto, la tecnica normativa utilizzata dal d.lgs. n. 175/2016 obbliga però a un supplemento di analisi per identificare correttamente quali società a partecipazione pubblica siano effettivamente soggette alle norme in esso contenute e quali no.

Le disposizioni del decreto conducono infatti a un'articolata classificazione delle società pubbliche, che può essere sintetizzata in questo schema:

- (a) società a partecipazione pubblica che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, possono essere costituite o, se esistenti, nelle quali può essere mantenuta la partecipazione (e alle quali d'ora innanzi, per semplicità espositiva, ci riferiremo come *“società ammesse”*);
- (b) società a partecipazione pubblica esistenti che possono essere mantenute indipendentemente dal loro oggetto sociale, perché nominalmente individuate nell'Allegato A del decreto (e alle quali ci riferiremo come *“società espressamente ammesse”*);
- (c) società *“quotate”* (nella definizione che di esse risulta dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016, e sulla quale ci soffermeremo ampiamente in un paragrafo successivo);
- (d) società che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, non possono essere costituite e devono essere dismesse, liquidate o comunque interessate da un procedimento di alienazione delle

partecipazioni.

Rispetto a questo schema, va sottolineato che *sia* le “società ammesse”, *sia* le “società espressamente ammesse” ricadono nell’ambito oggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016; pertanto, le società nominalmente incluse nell’Allegato A[11] (successivamente ampliabile con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) non sono per questo sottratte all’applicazione del decreto: semplicemente, esse possono sopravvivere indipendentemente dalla verifica circa la rispondenza delle loro finalità a una delle categorie che il decreto stesso individua quale presupposto necessario per l’ammissibilità di una società pubblica.

Invece, le società che, non rispondendo a quelle finalità, non sono consentite (nel senso che ne è divenuta vietata la costituzione e, ove costituite, sono necessariamente soggette a dismissione) rientrano nell’ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 solo nella parte in cui – appunto – sono destinatarie degli obblighi di dismissione, mentre – com’è ovvio – le norme in materia di *governance*, di personale e, in generale, che disciplinano l’operatività della società non saranno ad esse applicabili per la ragione che tali società non possono più sussistere come società a partecipazione pubblica.

Infine, le “società quotate” (nella definizione che di esse è data dall’art. 1 del d.lgs. n. 175/2016) sono formalmente ricomprese nell’ambito soggettivo di applicazione del decreto, ma nella sostanza – come si vedrà – ciò si traduce nella soggezione di queste società soltanto a due norme (la cui incidenza è peraltro molto poco significativa).

Queste precisazioni sono importanti per chiarire a fondo il tema dell’ambito di applicazione del decreto (rispetto al quale la tecnica normativa che esso adotta può talora indurre in equivoco).

A questo fine, anziché riferirsi genericamente all’“ambito soggettivo di applicazione” è più opportuno distinguere (i) le norme del decreto che contengono i criteri per stabilire se una società a partecipazione pubblica sia o no ammessa e (II) le norme del decreto che disciplinano la *governance* e il funzionamento delle società a partecipazione pubblica (ovviamente: solo di quelle ammesse).

Le prime disposizioni *non* si applicano alle società elencate nell’Allegato A (perché ammesse sulla mera base della loro inclusione nell’elenco), né alle “società quotate” (per le ragioni che si esamineranno); le seconde, invece, *si* applicano anche alle società elencate nell’Allegato A, *non* si applicano alle “società quotate” (per le ragioni che vedremo) e, naturalmente, *non* si applicano a quelle società che, in applicazione delle norme che dettano i criteri per stabilire l’ammissibilità di una società pubblica, siano interessate da procedure di dismissione o alienazione che conducano a escludere del tutto la partecipazione pubblica (rendendole, quindi, società private).

3. (segue): (b) società ammesse e società non consentite.

Chiarito quanto precede, è necessario soffermarsi sui criteri e sul metodo attraverso i quali il d.lgs. n. 175/2016 individua le “società ammesse” e, specularmente, quelle non consentite (mentre l’identificazione delle “società espressamente ammesse” non presenta problemi perché deriva dalla semplice lettura dell’elenco contenuto nell’Allegato A).

Il punto è rilevante, da un lato, perché incide in modo molto significativo sulle società esistenti, conducendo alla necessaria dismissione di tutte quelle non appartenenti alla categoria delle “ammesse”; dall’altro, perché costituisce un’innovazione strutturale nella disciplina delle società a partecipazione pubblica: il decreto compone infatti una classificazione tassativa (e quindi chiusa) di queste società, in forza della quale – d’ora in poi – una società a partecipazione pubblica dovrà necessariamente essere riconducibile a una delle categorie da esso previste.

Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, sono infatti ammesse (nel senso (a) che possono essere costituite e (b) che le partecipazioni pubbliche in esse detenute possono essere conservate) cinque categorie di società, identificate rispetto alle loro finalità:

(1) le società costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi [art. 4, c. 2, lett. a)];

(2) le società costituite o partecipate per la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche [art. 4, c. 2, lett. b)];

(3) le società costituite o partecipate per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato [art. 4, c. 2, lett. c)];

(4) le società costituite o partecipate per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento [art. 4, c. 2, lett. d)];

(5) le società costituite o partecipate per lo svolgimento di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici [art. 4, c. 2, lett. e)].

Va osservato che ciascuna di queste categorie solleva autonome questioni interpretative, ma una compiuta trattazione di esse esorbita dai limiti di questo scritto.

Si può unicamente rilevare che:

(i) per quanto riguarda le società “*costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale*”, deve applicarsi la definizione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. h), del d.lgs. n. 175/2016, secondo la quale tali servizi devono identificarsi in quelle attività “*che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*”[12]; in tale definizione sono però espressamente inclusi, dalla stessa norma, anche i servizi di interesse economico generale, che invece sarebbero di per sé compresi nella successiva definizione della lett. i), che riguarda i “*servizi di interesse economico generale*”; la torsione della prima definizione (che finisce in questo modo con il ricomprendere anche la categoria ad essa opposta) è da ritenersi dovuta alla tecnica normativa con cui il d.lgs. n. 175/2016 ha individuato le società ammesse, perché la semplice lettura dell'art. 4, c. 2, lett. a) (che include – appunto – le società qui in commento) potrebbe condurre a ritenere che siano escluse da quelle ammesse le società che gestiscono servizi pubblici locali, esito evidentemente irragionevole; trattandosi di uno stratagemma di *drafting*, può ritenersi quindi che la *summa divisio* fra servizi d'interesse generale e servizi d'interesse economico generale non sia stata intaccata[13];

(ii) per quanto riguarda le società “*costituite o partecipate per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti*”, è ragionevole ammettere che questa categoria tenderà a identificarsi – di fatto – con quella della società *in house*; è sì vero, infatti, che queste ultime si caratterizzano, tradizionalmente, per la particolare natura del legame con le amministrazioni partecipanti (in particolare: per l'essere soggette a un controllo degli enti soci analogo a quello che essi esercitano sulle proprie attività[14]) più che per la finalità sociale; tuttavia, poiché in concreto le attività affidate alle società *in house* sono tipicamente quelle destinate alla produzione di attività strumentali agli enti partecipanti, ne deriva che, nei fatti, le due categorie sono destinate a sovrapporsi.

Le questioni interpretative concernenti le categorie di società ammesse hanno naturalmente un riverbero sulle difficoltà di ricondurre le società esistenti all'una o all'altra di tali categorie, essendo

questa riconducibilità il necessario presupposto per la facoltà di mantenere in essere la società stessa (o la partecipazione in essa detenuta).

Al riguardo, basti qui rilevare (ancora con riferimento alle società “*costituite o partecipate per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti*”) che presupposto necessario per la riconducibilità di una società pubblica a questa categoria sarà il fatto che la società abbia come finalità la produzione di beni e servizi funzionali al raggiungimento, da parte degli enti soci, di finalità istituzionali, intendendosi come tali, tipicamente, quelle risultanti dallo statuto dell'ente o dell'amministrazione.

Questa operazione di riconduzione delle società alle categorie ammesse, per quanto delicata, è però imposta alle amministrazioni pubbliche, chiamate a compiere una periodica razionalizzazione delle partecipazioni e, soprattutto, a svolgere in via straordinaria un'iniziale ricognizione entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (come meglio si vedrà in un paragrafo successivo).

Oltre alle cinque categorie di “società ammesse” ora esaminate (e oltre alle “società espressamente ammesse”) sono inoltre consentite, in via d'eccezione, altre tre tipologie di società: (a) le società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni partecipanti (che possono però venire costituite soltanto tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato); (b) le società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane; (c) le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari previste dall'art. 6, comma 9, della l. n. 240/2010, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca.

L'analisi del testo normativo conduce infine a ritenere “ammesse” anche le “società quotate”: a questa conclusione si giunge però attraverso un percorso argomentativo che deve puntualmente soffermarsi sulla nozione stessa di “società quotate”, secondo la definizione che di esse è data dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016.

4. (segue): (c) il tema delle “società quotate”.

L'art. 2, c. 1, lett. o), del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che, ai fini di quanto in esso disposto, si intendono per “società quotate” sia “*le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati*”, sia “*le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati*”, nonché “*le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche*”.

Si tratta di una tipica definizione stipulativa, che accomuna convenzionalmente le tre categorie di società entro l'unica ellittica dizione di “società quotate”.

Assume particolare rilievo la seconda categoria di società ricomprese nella definizione: le “*società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati*”, perché il d.lgs. n. 175/2016 non fornisce una definizione di “*mercati regolamentati*”.

Per stabilire quale significato debba allora essere attribuito a questa nozione si potrebbe ipotizzare di ricorrere a eventuali definizioni contenute in altri provvedimenti legislativi.

In questo senso, va segnalato che il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6*

febbraio 1996, n. 520F” (di seguito, “T.U.F.”) contiene in effetti, nell’art. 1, comma 1, lett. w-ter, una definizione di “mercato regolamentato”, corrispondente a “sistema multilaterale che consente o facilita l’incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, ammessi alla negoziazione conformemente alle regole del mercato stesso, in modo da dare luogo a contratti, e che è gestito da una società di gestione, è autorizzato e funziona regolarmente”.

L’utilizzo di questa definizione anche ai fini del d.lgs. n. 175/2016 non è però esente da criticità.

In primo luogo, infatti, questa definizione è destinata a valere, secondo quanto espressamente affermato dallo stesso art. 1, comma 1, del T.U.F., soltanto all’interno di quest’ultimo provvedimento, il che potrebbe precludere una integrale trasposizione della stessa definizione nell’ambito del decreto sulle società a partecipazione pubblica.

D’altra parte – come si è visto – il d.lgs. n. 175/2016 adotta a propria volta definizioni stipulative, che in alcuni casi si discostano apertamente da quelle presenti in altri provvedimenti o in altri settori dell’ordinamento (come avviene, infatti, per la nozione di “società quotate”, che ai fini del decreto assume un contenuto diverso da quello che presenta altrove), e questo potrebbe essere di ostacolo a stabilire che una definizione convenzionale assunta da un altro decreto legislativo debba valere anche nel d.lgs. n. 175/2016.

Del resto, il decreto Madia non contiene alcun espresso rinvio alla definizione di “mercato regolamentato” contenuta nel T.U.F., perché – come si è osservato – la definizione contenuta nell’art. 2, c. 1, lett. o), si limita a menzionare i “mercati regolamentati”, pur non definendoli, senza però aggiungere che questa nozione va intesa ai sensi del d.lgs. n. 58/1998.

Ciò potrebbe essere interpretato come indice del fatto che il d.lgs. n. 175/2016 non ha ritenuto di assumere all’interno del provvedimento la stessa definizione contenuta nel T.U.F., poiché – diversamente – l’avrebbe richiamata in modo esplicito (*ubi lex voluit, dixit*[15]).

Infatti, quando il legislatore intende riferirsi a una nozione definita da una specifica norma legislativa lo specifica espressamente: così accade, per esempio, nello stesso decreto Madia, quando il citato art. 1, c. 5, stabilisce che “le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera o)”; in questo caso – come si vede – il legislatore ha chiarito che la nozione di “società quotate” deve intendersi come quella definita da una specifica norma.

Analogamente avviene – per un altro esempio – nell’art. 17, comma 1, lett. e), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ove il legislatore, menzionando i “servizi finanziari relativi all’emissione, all’acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari”, chiarisce espressamente che essi devono intendersi quelli disciplinati “ai sensi del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.

Nel caso in esame, invece, la definizione contenuta nell’art. 2, c. 1, lett. o), del d. lg. n. 175/2016 non contiene alcun rinvio al d.lgs. n. 58/1998, e questo fatto, unitamente alla circostanza che la nozione di “mercato regolamentato” prevista da quest’ultimo decreto è destinata a valere soltanto all’interno di esso, sembra di ostacolo a trasporre identicamente la definizione del T.U.F. all’interno del decreto Madia.

E’ pur vero che esistono disposizioni normative nelle quali la nozione di mercato regolamentato è impiegata senza alcun richiamo esplicito alla corrispondente definizione del T.U.F. e che, quando intendono riferirsi a sistemi non rientranti in tale definizione, lo dispongono in modo esplicito[16], come se presupponessero la nozione contenuta nel T.U.F. quale definizione cui rinviare in via sistematica.

Non si può quindi del tutto escludere la possibilità che, nell’esegesi dell’art. 2, c. 1, lett. o),

l'interprete utilizzi un argomento sistematico, attribuendo alla nozione di "*mercato regolamentato*" il significato proprio del T.U.F. (che, di fatto, costituisce l'unica definizione normativa di mercato regolamentato codificata dal nostro ordinamento giuridico).

Tuttavia, in assenza di un rimando definitorio esplicito all'interno del Testo Unico, sembra maggiormente persuasivo attribuire alla nozione di "*mercati regolamentati*" in esso contenuta il significato che deriva dall'applicazione dei criteri interpretativi dettati dall'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*.

Ai sensi di questa norma, "*nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*".

Pertanto: ai fini di stabilire quale significato assuma – beninteso: ai limitati fini del d.lgs. n. 175/2016 – la dizione "*mercati regolamentati*" contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. o), occorre utilizzare due criteri interpretativi: l'argomento letterale e l'argomento dell'intenzione del legislatore.

L'argomento letterale impone di attribuire agli enunciati normativi, oppure alle parole e ai termini in essi contenuti, il significato che assumono nella conversazione ordinaria o nel linguaggio tecnico del diritto, tenendo conto della loro relazione sintattica[17].

Seguendo questo argomento, la dizione "*mercati regolamentati*" pare doversi riferire, nell'ambito del decreto Madia, a tutti quei mercati che siano soggetti a una regolamentazione, ossia nei quali esista una disciplina per l'organizzazione e il funzionamento del mercato stesso.

L'argomento dell'intenzione del legislatore può invece essere sdoppiato, da un lato, nell'argomento psicologico e, dall'altro, nell'argomento teleologico.

L'argomento psicologico è quello per cui "*a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico*"[18]: il significato della norma va quindi ricercato nelle fonti che consentono di ricostruire l'intenzione con cui l'estensore della norma ha provveduto a scriverla.

Nel caso del d.lgs. n. 175/2016, alcuni elementi utili al riguardo possono rinvenirsi dalla previsione contenuta nella legge delega (della quale il TU costituisce il decreto legislativo attuativo) 7 agosto 2015, n. 124, il cui art. 18, comma 1, include fra i principi e criteri direttivi la necessaria "*distinzione tra tipi di società*" in relazione "*alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati*".

Dalla Relazione al testo proposto dalla Prima Commissione Permanente al Senato (atto n. 1577-A) si evince, infatti, che la *ratio* di questa necessaria differenziazione consiste nell'intento di riconoscere le peculiarità che presentano le società pubbliche ove siano oggetto d'investimenti finanziari.

Soprattutto soccorre, poi, il criterio di delega in forza del quale finalità del decreto di riordino delle norme in materia di società pubblica dev'essere anche la "*eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo*".

Ora, guardando all'argomento teleologico (che impone di attribuire a un enunciato normativo "*quel significato che corrisponde al fine proprio della legge di cui l'enunciato è documento*"[19], e quindi di ricostruire non tanto l'intento storicamente assunto dal legislatore concreto, ma i "*fini della legge*", ossia l'obiettivo cui l'intervento normativo tende, esaminando gli interessi che il diritto ritiene di proteggere), va ricordato che la speciale disciplina dedicata alle società pubbliche in relazione alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati costituisce un elemento ricorrente della legislazione degli ultimi anni, almeno a partire dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (che escludeva le società quotate o in corso di quotazione dalla cessazione anticipata degli affidamenti diretti) e sino all'art. 34, comma 38, del d.l. 18 ottobre 2012, n.

179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 (che, ai fini della limitata applicazione delle norme in materia di contenimento della spesa pubblica riguardanti le società partecipate da pubbliche amministrazioni, espressamente equipara alle società quotate quelle “*emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati*”).

La finalità precipua e ricorrente di questadisciplina va individuata, in particolare, nell’esigenza di accordare una specifica tutela agli investitori (anche in attuazione del principio costituzionale dell’incoraggiamento e della tutela del risparmio, *ex art. 47 Cost.*), nonché nel correlato obiettivo di garantire l’affidabilità e la stabilità del sistema finanziario.

In ragione di queste esigenze, la speciale disciplina riguardante la trasparenza delle operazioni e la correttezza dei comportamenti degli operatori, così come gli strumenti di controllo e vigilanza affidati alle autorità di tutela del sistema finanziario, non si prestano a una intersezione con le regole dettate in via generale per le società a partecipazione pubblica, regole che – per un verso – risulterebbero in parziale sovrapposizione e interferenza con quelle poste a tutela degli investitori e la cui applicazione – per altro verso – potrebbe risultare suscettibile di generare effetti incompatibili con le stesse finalità di garanzia di stabilità del sistema finanziario.

In questo senso si è anche espresso il Consiglio di Stato, nel parere reso sul testo del decreto in esame, osservando che l’art. 2, comma 1, lett. o), “*è coerente con il principio, accolto dal sistema positivo vigente, secondo cui per le società quotate in mercati regolamentati opera interamente un regime di mercato*”[20].

Da queste considerazioni si evince dunque anche l’argomento dell’intenzione del legislatore conduce complessivamente a ritenere che la nozione di “*mercati regolamentati*”, per come essa si attegga nell’ambito del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, pare doversi riferire ai mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza di funzionamento.

Questo percorso argomentativo può dunque condurre a ritenere che la nozione di “*mercati regolamentati*” contenuta nell’art. 2, comma 1, lett. o, del d.lgs. n. 175/2016 sia da riferire (non solo, restrittivamente, a quella definita dall’art. 58 del T.U.F., ma più estensivamente) a tutti i mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza, e per i quali esista quindi una disciplina di organizzazione e funzionamento preordinata a questi obiettivi.

Chiarito questo profilo, va osservato che l’art. 1, c. 5, del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che “*le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera o)*”.

Alle “società quotate” si applicano, pertanto, soltanto gli artt. 8 e 9 del decreto, riguardanti – rispettivamente – l’organo competente e le modalità per l’acquisizione di partecipazioni in società già costituite (ma solo se l’operazione comporta l’acquisto della qualità di socio) e l’individuazione dell’organo competente all’esercizio dei diritti del socio.

Conseguentemente, non si applicano alle “società quotate” né l’art. 4 (che – come si è visto – codifica le uniche categorie di società a partecipazione pubbliche ammesse), né le disposizioni in materia di *governance*, né le regole in materia di personale, né le restanti norme che delineano il nuovo e speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica.

Da ciò deriva quanto anticipato nel paragrafo 2., ossia che: le “società quotate” rientrano formalmente nell’ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016, ma poiché questo comporta che esse siano soggette unicamente alle disposizioni che sono espressamente indirizzate anche alle “società quotate”, e poiché tali disposizioni sono soltanto gli artt. 8 e 9, la maggior parte delle nuove disposizioni che incidono significativamente sulle società pubbliche non si applicano alle “società

quotate”, né esse sono soggette alla verifica di riconducibilità ad una delle categorie previste dall’art. 4 ai fini della loro sopravvivenza.

Si verifica quindi una “sostanziale” sottrazione delle “società quotate” dall’applicazione del d.lgs. n. 175/2016[21].

5. Oneri per la costituzione delle società ammesse, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite.

Individuate le categorie delle società ammesse, occorre soffermarsi, da un lato, sugli oneri previsti dal d.lgs. n. 175/2016 per la nuova costituzione di tali società e, dall’altro, sui principali adempimenti che interessano le società esistenti.

Premesso che la costituzione (o l’acquisto di partecipazioni) può naturalmente riguardare soltanto “società ammesse”, o “espressamente ammesse”, per la costituzione di nuove società a partecipazione pubblica, l’art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce un puntuale onere di “*motivazione analitica*”, prevedendo che l’atto deliberativo chiarisca la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali, evidenzi la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria della scelta (anche rispetto a possibili destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate o alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato) e dia conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Gli stessi oneri gravano sull’acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite.

Viceversa, le società diverse da quelle ammesse non possono essere costituite, né possono essere oggetto di acquisizioni di partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche.

Le società esistenti, diverse da quelle ammesse, devono essere oggetto di “*fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione*”, ai sensi dell’art. 24 del decreto, o comunque le relative partecipazioni devono essere alienate.

In via straordinaria, le amministrazioni pubbliche devono effettuare una ricognizione delle società e partecipazioni esistenti, indicando quelle oggetto di dismissione, entro sei mesi dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (ossia entro fine marzo 2017).

Successivamente, la ricognizione ed eventuale dismissione deve avvenire annualmente.

L’alienazione, che deve svolgersi secondo principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, deve avvenire entro un anno dalla conclusione della ricognizione (dunque: entro marzo 2018).

In caso di mancata adozione dell’atto ricognitivo o di mancata alienazione entro i termini, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all’art. 2437-ter, c. 2, e seguendo il procedimento di cui all’art. 2437-*quater* c.c..

6. Modifiche alla *governance* delle società pubbliche: (a) in generale.

L’insieme delle modifiche alla *governance* introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 concorre a definire quello speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica del quale si menzionava in apertura (e in forza del quale si è portati a ritenere che – oggi – si debba riconoscere l’esistenza di una categoria delle “società a partecipazione pubblica” come distinta rispetto a tutte le altre società regolate in via generale dal codice civile)[22].

Inoltre, poiché questo speciale statuto giuridico deriva, nella maggior parte dei casi, da limiti e deroghe che il decreto stabilisce alla possibilità, da parte delle amministrazioni pubbliche, di utilizzare gli istituti societari civilistici, si può ammettere che il generale principio dell'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche (nell'adozione di atti non autoritativi) abbia subito una radicale compressione: le amministrazioni pubbliche non possono più, infatti, costituire a società, o parteciparvi, “*secondo le norme di diritto privato*” (come stabilisce, in generale, l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990), dovendo all'occorrenza utilizzare le norme – speciali – del d.lgs. n. 175/2016.

Il primo indice di questo *status* speciale si rinviene nei limiti alla forma che possono assumere le società a partecipazione pubblica: ai sensi dell'art. 3 del decreto, le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.

Le altre forme societarie restano, perciò, precluse.

7. (segue): (b) la nuova *governance* delle società “a controllo pubblico”.

La massima parte della nuova *governance* delle società a partecipazione pubblica riguarda, tuttavia, una loro specie, qualificata dal d.lgs. n. 175/2016 come “società a controllo pubblico”.

Attingendo alle definizioni dell'art. 1, si nota che anche questa stessa definizione introduce una variante speciale rispetto al modello civilistico.

Infatti, sono “società a controllo pubblico”, ai fini del decreto Madia, non soltanto quelle in cui esercitano il controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma anche quelle nelle quali, “*in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

L'effetto di questa variante è espansivo: si dovrà infatti qualificare “a controllo pubblico” (e sarà quindi soggetta alle penetranti modifiche di *governance* previste dal d.lgs. n. 175/2016) anche una società a partecipazione pubblica minoritaria, in cui l'amministrazione non disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (dunque: una situazione che, ai sensi dell'art. 2359 c.c., non determinerebbe a rigore controllo pubblico[23]), nella quale però i patti parasociali prevedano l'unanimità per le decisioni “*finanziarie e gestionali strategiche*”[24].

Le principali regole di *governance* – derogatorie rispetto al modello civilistico generale – che il d.lgs. n. 175/2016 stabilisce per queste società sono riassumibili nelle seguenti:

(a) l'organo amministrativo dev'essere costituito, di norma, da un amministratore unico (con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono definiti i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l'assemblea della società a controllo pubblico può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ma, nell'attesa, la disposizione appare di immediata applicazione);

(b) nella scelta degli amministratori, le amministrazioni devono assicurare il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno; qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto deve prevedere che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata secondo i criteri stabiliti dalla l. n. 120/2011 (che disciplina la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati);

(c) quando la società sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, non è consentito, in deroga all'art. 2475, c. 3, del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata,

disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci;

(d) gli amministratori non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti;

(e) lo statuto deve prevedere l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea;

(f) lo statuto deve prevedere l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi;

(g) lo statuto deve prevedere il divieto di corrispondere ai componenti degli organi sociali gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato.

Ulteriore previsione è poi dedicata alle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, nelle quali non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo o che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

8. (*segue*): (c) il divieto di costituire organi diversi da quelli previsti da norme generali e la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci.

Fra le regole di *governance* dettate per le società "a controllo pubblico" spicca la norma che impone agli statuti di prevedere "*il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*" (art. 11, c. 9, lett. d).

Questo divieto assume particolare rilievo per le società *in house*, nelle quali la giurisprudenza progressivamente formatasi negli anni aveva indicato, fra gli indici idonei a rilevare la presenza del "controllo analogo" (requisito necessario del modello *in house*), l'esistenza di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell'attività ordinaria e straordinaria del soggetto *in house*, "*tali da rendere l'organo amministrativo privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti*"[25].

Il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle "*norme generali*" in materia di società sembra in effetti precludere la possibilità di continuare a prevedere organi quali i "comitati" che – variamente qualificati – assumevano tradizionalmente la funzione, nelle società *in house*, di verificare che la società operasse coerentemente con i principi e i presupposti del modello dell'*in house providing* e si conformasse agli indirizzi e alle direttive gestionali impartiti dai soci, garantendo quindi l'effettività di un controllo permanente dei soci stessi sulla società.

Questa novità va messa in relazione con la nuova regola di *governance* (richiamata alla lettera (d) del paragrafo precedente) secondo la quale gli amministratori delle società "a controllo pubblico" non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti.

Anche questo divieto è infatti destinato a incidere sulle società *in house*, perché la designazione quali amministratori di figure apicali delle amministrazioni partecipanti, o comunque di soggetti che

rivestono in esse ruoli decisionali e strategici rispetto alle attività affidate alla società *in house*, era ritenuto uno strumento utile alla strutturazione degli elementi idonei a garantire il controllo analogo[26].

Si può allora ipotizzare che esista una connessione fra questi divieti e una delle più innovative previsioni introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 per le società *in house* (ma anche, come si vedrà, per quelle c.d. “miste”): ai sensi dell’art. 16, c. 2, lett. a), gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell’articolo 2380-*bis* e dell’articolo 2409-*novies* del codice civile, ossia delle norme che attribuiscono la gestione dell’impresa *esclusivamente* agli amministratori (o al consiglio di gestione, in caso di sistema dualistico).

Si tratta della deroga più significativa al modello societario ordinario, e quindi del tratto più caratteristico dello speciale statuto giuridico delle società pubbliche: nelle s.p.a. *in house*, e in quelle a partecipazione mista pubblico-privata, è divenuto possibile strutturare un modello di *governance* nel quale la gestione della società non sia attribuita agli amministratori, o non esclusivamente ad essi, e venga invece attribuita (anche) ai soci[27].

Per le società *in house*, questa previsione può essere ricondotta all’intento del legislatore di mettere a disposizione della società uno strumento per la garanzia del controllo analogo alternativo alla presenza di amministratori dipendenti delle amministrazioni socie e all’esistenza di un “comitato” variamente denominato.

Per le società miste, la finalità della norma è resa esplicita dal legislatore, perché l’art. 17, c. 4, lett. a), chiarisce che la deroga può essere introdotta “*al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell’impresa*”[28].

9. (segue): (d) l’adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti.

Tutte le modifiche di *governance* previste dal d.lgs. n. 175/2016 si applicano non soltanto alle società a partecipazione di nuova costituzione, ma anche a quelle esistenti, che devono infatti provvedere all’adeguamento dei propri statuti entro il 31 dicembre 2016.

Questa previsione è peraltro inserita fra le disposizioni transitorie del decreto e, dunque, non è prevista espressamente una sanzione per la sua violazione, ferme restando le conseguenze che potrebbero derivarne rispetto all’invocata invalidità degli atti adottati dalle società a partecipazione pubblica il cui statuto (e quindi la cui *governance*) non sia conforme a quella prescritta dal decreto.

10. La nuova disciplina delle società *in house*.

Oltre alla già esaminata novità – assai rilevante – che consente alle s.p.a. *in house* di introdurre modelli di *governance* in cui la gestione non sia riservata esclusivamente agli amministratori (e oltre alle conseguenze che derivano dai divieti di nominare amministratori dipendenti delle amministrazioni partecipanti e di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in materia di società), l’art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 completa la nuova disciplina delle società *in house*.

Questa disciplina non si discosta – in realtà – dal modello recentemente codificato dall’art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale, tuttavia, spicca una differenza che potrebbe risultare molto rilevante.

L’art. 16 prevede infatti che le società *in house* possono essere destinatarie di affidamenti diretti da parte delle amministrazioni partecipanti solo se non vi è partecipazione di capitali privati, “*ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l’esercizio di un’influenza determinante sulla società controllata*”.

L'eccezione che consente l'ingresso di capitali privati (e che deriva dalla normativa unionista, configurando un'inaspettata forma di "società *in house* mista") è ripresa dal menzionato art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale contiene però una modifica, evidenziata dall'enfasi nella citazione che precede: nell'art. 5 la stessa eccezione è infatti riferita al caso in cui la partecipazione di capitali privati sia "*prevista da norme di legge*".

L'effetto della norma contenuta nel d.lgs. n. 175/2016 (che, in applicazione del criterio cronologico, dovrà ritenersi implicitamente abrogativa *in parte qua* dell'art. 5, d.lgs. n. 50/2016) è quindi restrittivo: la presenza di capitali privati nelle società *in house* non sarà più ammessa nel caso in cui esista una disposizione normativa che la facoltizzi, dovendosi invece rinvenire una norma che la imponga (caso, invero, non facilmente realizzabile).

Per il resto, l'art. 16 conferma la previsione già dettata dal d.lgs. n. 50/2016, stabilendo che gli statuti delle società *in house* devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, precisando – in aggiunta rispetto a quella previsione – che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

E' altresì confermata la regola secondo cui le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016, al quale viene fatto espresso rinvio per quanto riguarda il regime speciale degli affidamenti regolato dall'art. 192.

Costituisce invece una novità la regola dettata dall'art. 4, c. 4, del d.lgs. n. 175/2016, che impone alle società *in house* di avere come oggetto sociale esclusivo una delle finalità per le quali è ammessa l'esistenza stessa di società a partecipazione pubblica.

11. La nuova disciplina delle società c.d. "miste".

La disciplina delle società c.d. "miste" contiene novità minori (in aggiunta a quella, già discussa, che consente di prevedere, negli statuti delle s.p.a., clausole che attribuiscono la gestione anche a soggetti diversi dagli amministratori).

La più significativa è rappresentata dalla fissazione della quota del trenta per cento come limite minimo per la partecipazione del soggetto privato.

Pur non venendo esplicitamente disciplinata, si può ritenere regolata anche la necessaria natura industriale (e non meramente finanziaria) del socio privato: l'art. 17, c. 2, prevede infatti che il socio privato debba "*possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita*" e che il bando per la sua selezione specifichi "*i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario*".

Il ruolo industriale del socio privato non sembra peraltro comportare direttamente la necessità che siano anche predeterminati i suoi "specifici compiti operativi", come in passato richiesto dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008[29].

La selezione del socio privato deve in ogni caso svolgersi con procedure di evidenza pubblica "*a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016*", secondo il modello della c.d. "gara a doppio oggetto" (sottoscrizione o acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e affidamento del contratto di appalto oggetto esclusivo dell'attività della società mista).

E' infine chiarito che le società miste non sono soggette alle procedure ad evidenza pubblica dettate dal d.lgs. n. 50/2016 (sempre che non siano organismi di diritto pubblico) se (a) la scelta del socio

privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica, (b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal medesimo d.lgs. n. 50/2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita, (c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

12. L'assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica.

In materia di crisi d'impresa, il d.lgs. n. 175/2016 chiarisce in via definitiva una questione lungamente dibattuta[30], stabilendo che le società a partecipazione pubblica *“sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi”*.

Sulla restante disciplina, va segnalato l'obbligo per l'organo amministrativo di adottare i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento di crisi aziendali, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

Rispetto a questo obbligo, il decreto precisa che non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, *“a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte”*.

Interviene anche in questo ambito una compressione del generale principio di autonomia privata delle pubbliche amministrazioni, perché l'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 vieta alle amministrazioni (salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter c.c., ossia in caso di riduzione del capitale sociale sotto il limite legale) di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, o di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Sono però consentiti i trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, comunicato alla Corte dei conti, che contempra il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

13. Limiti e regole in materia di personale delle società a partecipazione pubblica.

Il d.lgs. n. 175/2016 esplicita e codifica la regola generale ai sensi della quale ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applica la disciplina prevista per il rapporto di lavoro privato, salvo quanto diversamente disposto; è inoltre espressamente richiamata l'applicabilità delle disposizioni in materia di ammortizzatori sociali e dei contratti collettivi (art. 19, c. 1).

Alcune regole di diritto speciale si applicano peraltro a questo rapporto di lavoro[31].

Anzitutto, entro il 23 marzo 2017 le società a controllo pubblico devono compiere una ricognizione del personale in servizio al fine di individuare *“eventuali eccedenze”*. L'elenco del personale

eccedente dovrà essere trasmesso alla regione di competenza, che agevolerà processi di mobilità in ambito regionale, con le modalità che saranno indicate in apposito decreto ministeriale. Per eventuali lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati, dal 23 settembre 2017 l'elenco sarà gestito dall'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL) (*cf.* art. 25, commi 1, 2 e 3).

Quest'onere ricognitivo è presupposto per l'applicazione di una disciplina speciale in materia di assunzioni: infatti, fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo ai suddetti elenchi dei lavoratori eccedenti; i rapporti di lavoro stipulati in violazione di tali disposizioni sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. (art. 25, cc. 4 e 6).

Questa limitazione conosce come eccezione l'assunzione di personale indispensabile con profilo infungibile inerente a specifiche competenze, che non sia disponibile negli elenchi di lavoratori eccedenti, previa in ogni caso l'autorizzazione da parte degli enti competenti.

Peraltro, sono da ritenersi escluse da questa disciplina le assunzioni obbligatorie delle categorie protette, nonché le assunzioni a tempo determinato e le somministrazioni[32].

Sono inoltre escluse dall'applicazione di tali limitazioni, così come dall'obbligo di individuazione delle eccedenze, le società a prevalente capitale privato che producono servizi di interesse generale e che nei tre esercizi precedenti hanno prodotto un risultato positivo.

Le società a controllo pubblico devono inoltre stabilire criteri e modalità per il reclutamento del personale, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, c. 3, d.lgs. 165/2001 in materia di procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni[33]; i rapporti di lavoro stipulati in assenza di tali provvedimenti o procedure sono nulli (art. 19, cc. 2 e 4)[34].

Il d.lgs. n. 175/2016 prevede inoltre una serie di limiti applicabili al trattamento economico del personale, in parte demandati all'emanazione di un successivo decreto ministeriale.

In sintesi:

(a) quanto ai tetti retributivi, saranno individuate con decreto ministeriale fino a cinque fasce per la classificazione delle società a controllo pubblico, alle quali corrisponderanno altrettanti limiti ai compensi massimi, cui gli organi di dette società dovranno fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del "*trattamento economico annuo omnicomprensivo*" da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti; il decreto pone, quale tetto retributivo massimo applicabile alla fascia più alta, l'importo di 240.000 euro lordi[35], da intendersi quale limite complessivo in caso di compensi corrisposti da più pubbliche amministrazioni o società a controllo pubblico (art. 11, c. 6); [36]

(b) circa la retribuzione variabile, il medesimo D.M. stabilirà i criteri di determinazione della parte variabile della retribuzione, che in ogni caso dovrà essere commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente; nell'ipotesi di di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta (*cf.* art. 11 comma 6);[37]

(c) ai sensi dell'art. 11, c. 10, è vietato corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva o stipulare patti di non concorrenza (anche ai sensi dell'art. 2125 c.c.);[38]

Infine, le società a partecipazione di maggioranza delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80% del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30% del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il

conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi costituisce giusta causa di revoca degli amministratori (salvo che il risultato economico negativo sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante).

14. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti.

L'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016 chiarisce che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, “*salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*”.

E' inoltre devoluta alla Corte dei conti, “*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*”, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale, controversie che includono anche il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

Queste norme s'innestano nel tema, controverso da alcuni anni, concernente la natura della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica (dalla quale consegue l'individuazione del giudice competente)[39], finalmente risolto dalla sentenza delle Sezioni Unite 25 novembre 2013, n. 26283, secondo la quale spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura contabile quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*[40].

La giurisprudenza contabile si era parzialmente discostata da questo orientamento, ritenendo che, siccome l'ordinamento comunitario non ammette distinzioni sulla base della natura formale del soggetto agente, la giurisdizione contabile deve ritenersi sussistere non solo per le società *in house providing* ma per tutte le società a totale partecipazione pubblica[41], posizione in parte ripresa dall'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016, che – come si è visto – attribuisce alla Corte dei Conti, “*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*” (dunque: integralmente, nel caso di società a totale partecipazione pubblica), la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale e su quelle che hanno determinato un pregiudizio del valore della partecipazione.

[1]Professore aggregato di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università del Piemonte Orientale.

[2]Una versione parziale, e in parte rivista, di questo scritto è pubblicata in “Il nuovo Diritto delle Società – NDS”.

[3]La legittimità di una disciplina introdotta dalla legislazione statale volta a regolamentare le società strumentali degli enti locali è stata affermata da Corte cost., sent. n. 229/2013, secondo la quale spetta allo Stato “*disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali*”, ai sensi dell'art.117, II comma, lett. i), Cost.. In argomento, L. Vandelli, *Le società pubbliche locali tra autonomia organizzativa regionale e locale, ordinamento civile e principi di coordinamento della finanza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2013, 3398.

[4]La Corte costituzionale, con sent. n. 251/2016, ha dichiarato illegittimo (fra gli altri) l'art. 18 della l. n. 124/2015, ossia la norma di delega del decreto in commento. Dalla sentenza non deriva automaticamente l'illegittimità dei decreti approvati: anzi, la Corte costituzionale ha espressamente precisato (risolvendo il tema teorico della possibilità di regolare gli effetti delle proprie pronunce) che l'incostituzionalità della legge non si estende “*alle relative disposizioni attuative*”. Tuttavia, la legge delega è stata dichiarata illegittima proprio in ragione di una criticità che la Corte ha rilevato

nelle regole sul procedimento di approvazione dei decreti attuativi: secondo la Corte, i decreti avrebbero dovuto essere approvati previa “intesa” con le Regioni, non essendo sufficiente la previsione di un semplice parere. La decisione è contenuta in una sentenza c.d. “manipolativa sostitutiva” (in argomento, *ex multis*: A. Guarino, *Le sentenze costituzionali manipolative*, in *Dit. Giur.*, 1967, 443; N. Picardi, *Le sentenze “integrative” della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 644; G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 390): la conseguenza è quindi che le previsioni della l. n. 124/2015 non cessano di produrre effetti, ma dispongono che i decreti attuativi vanno approvati previa intesa, anziché previo parere. Inoltre, poiché le norme dichiarate costituzionalmente illegittime non possono più venire applicate dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta delle sentenze d’illegittimità, i decreti delegati già entrati in vigore (come il d.lg. n. 175/2016) non risentono di per sé della pronuncia: essi, infatti, sono stati approvati in un momento nel quale le regole di approvazione erano quelle originariamente stabilite dalla l. n. 124/2015, e poiché quelle regole – per effetto della pronuncia della Corte – non possono essere più applicate dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, non si dovrebbero avere conseguenze sui decreti approvati in passato. Perciò: la sentenza della Corte non ha un effetto automatico e immediato sul decreto Madia, anche se – laddove il decreto fosse oggetto di una distinta questione di illegittimità costituzionale, e quindi la Corte fosse chiamata a pronunciarsi su di esso – potrebbe verosimilmente aversi una dichiarazione di illegittimità anche del d.lg. n. 175/2016 (nel caso in cui la Corte accerti “l’effettiva lesione delle competenze regionali”).

[5]In argomento, *ex multis*, M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; Id., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra il diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 2; F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239; G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999; G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; A. Angiuli, *La società in mano pubblica come organizzazione*, in Aa.Vv., *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2009, 157; M. Cammelli - M. Dugato, a cura di, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; F. Fracchia, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.* 2005, 38; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società commerciali in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; R. Iera – A. Villari, *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014.

[6]In argomento, R. Viriglio, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione a mezzo di testi unici e codici*, Napoli, 2007; L. Geninatti Satè, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. pub.*, 2005, 885.

[7]Sembrirebbe quindi superata, o invertita, la tendenza all’uniformazione del diritto societario a un diritto privato che, regolando essenzialmente rapporti “paritari”, si riteneva tradizionalmente non potesse tollerare regimi speciali riferiti a soggetti pubblici: v. M. D’Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 88.

[8]In particolare, dall’art. 1, c. 1-bis, della l. n. 241/1990, introdotto dall’art. 1, c. 1, lett. b), della l. n. 15/2005. Sul punto, A. Travi, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. – T.A.R.*, suppl. 6/05, 2005, 17. In precedenza, la generale capacità di diritto privato era stata argomentata a partire dalle norme del codice civile in materia societaria da Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818; sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374.

[9]Sul tema, per tutti, v. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo* in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 145, 175; V. Cerulli Irelli,

Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, 2011, 71. La tesi, non diffusa, secondo la quale le norme in materia di società a partecipazione pubblica avrebbero determinato, almeno dalla a partire dalla l. n. 244/2007, un ritorno alla capacità speciale degli enti pubblici, con la conseguenza che la partecipazione societaria necessiterebbe di apposita autorizzazione *ex lege*, e sarebbero perciò consentite solo le società indicate dalla legge, era già stata sostenuta da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10.

[10]Essendo ritenuti gli enti pubblici economici soggetti alla disciplina di diritto privato, si è infatti discusso se anche le società dai medesimi partecipati fossero da ritenere assoggettate alla ordinaria disciplina privatistica o all'eccezionale regime pubblicistico: *contra*, Cass. civ., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667, secondo cui “*ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici – soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura – svolgono dunque anch’essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient’altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato*”.

[11]Si tratta delle seguenti: Coni Servizi, EXPO, Arexpo, Invimit, IPZS, Sogin, Gruppo ANAS, Gruppo GSE, Gruppo Invitalia, Gruppo Eur, FIRA, Sviluppo Basilicata, Fincalabra, Sviluppo Campania, Gruppo Friulia, Lazio Innova, Filse, Finlombarda, Finlombarda Gestione SGR, Finmolise, Finpiemonte, Puglia Sviluppo, SFIRS, IRFIS-FinSicilia, Fidi-Toscana, GEPAFIN, Finaosta, Veneto Sviluppo, Trentino Sviluppo, Ligurcapital, Aosta Factor, FVS SGR, Friulia Veneto Sviluppo SGR, Sviluppo Umbria, Sviluppo Imprese Centro Italia - SICI SGR.

[12]La Corte di Giustizia dell’Unione europea ha ritenuto che i servizi di interesse economico generale presentano caratteri specifici e in continua evoluzione rispetto alle altre attività economiche: v., p.e., Corte Giustizia UE, in causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Racc. 1991, p. I-5889, punto 27; in causa C-242/95, *GT-Link A/S*, Racc. 1997, p. I-4449, punto 53; in causa C-266/96, *Corsica ferries France SA*, Racc. 1998, p. I - 3949, punto 45.

[13]In argomento, D. Gallo, *Considerazioni introduttive e piano dell’indagine*, in *I servizi di interesse economico generale, Stato mercato, welfare nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2010; L.R. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001; E. Bruti Liberati – F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; Aa.Vv., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006.

[14]In giurisprudenza, *ex multis*, Corte Giust. UE. 18 novembre 1999, in causa C-107/1998, *Teckal*; in causa 11 gennaio 2005, C-26/2003, *Stadt Halle*; in causa 13 ottobre 2005, C-458/2003, *Parking Brixen*; Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46 e 28 marzo 2013, n. 50; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181. Secondo Corte di Cassazione, ordinanza 3 maggio 2013 n. 10299 e sentenza SS.UU. 25 novembre 2013, n. 26283, “*il controllo analogo non è di matrice civilistica, paragonabile al controllo esercitato dalla maggioranza assembleare nei confronti del consiglio d’amministrazione della società; è un controllo di tipo amministrativo, simile ad un controllo amministrativo di natura gerarchica in quanto la società in house è in realtà assimilabile nella sostanza ad un ente pubblico*”. In dottrina, C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495; D. Casalini, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003; R. Cavallo Perin – D. Casalini, *The control over in-house providing organizations*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 227.

[15]G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, Milano, 1980, 346.

[16]Per esempio: l'art. 32 del d.l. n. 83/2012, conv. in l. n. 134/2012, e la l. n. 228/2012 (Legge di stabilità 2013).

[17]V., per tutti, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 350.

[18]*Ibidem*, 364.

[19]*Ibidem*, 370.

[20]Cons. Stato, Commissione speciale per l'espressione per l'esame e l'espressione del parere sullo Schema di decreto legislativo recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*", in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", 21 aprile 2016, n. 968.

[21]L'art. 26 del d.lgs. n. 175/2016 contiene alcune disposizioni transitorie di rilievo per le "società quotate", ancorché sconti una formulazione non coerente con l'art. 1, c. 5, poiché prevede (alle condizioni che ora saranno descritte) che il decreto "*non si applica*", invece di disporre che valgono le stesse regole stabilite in via ordinaria per le "società quotate", ossia le disposizioni del decreto si applicano ad esse solo se espressamente previsto. Assumendo di correggere in via interpretativa questo difetto di coordinamento, le ipotesi transitorie riguardano: (a) le società che, entro la data del 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati: tali società sono da assimilare alle "società quotate" (e dunque beneficiano della "sostanziale sottrazione" alle norme del decreto, come discussa nel testo) per un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (dunque: sino a fine settembre 2017; ove entro questo termine di il procedimento di quotazione si sia concluso, l'assimilazione diviene definitiva (unico onere: gli atti volti all'emissione devono essere comunicati alla Corte dei conti entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto); (b) per lo stesso periodo di un anno sono assimilate alle "società quotate" anche quelle che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati, con provvedimento comunicato alla Corte dei conti (in questo caso, dunque, la comunicazione è un presupposto di efficacia della norma transitoria, e non un mero onere di notizia); laddove entro questo termine la società interessata presenti poi domanda di ammissione alla quotazione, l'assimilazione diviene definitiva.

[22]In precedenza, la giurisprudenza aveva tracciato una differenza tra le società che svolgono attività di impresa, assoggettate, in linea di massima, allo statuto privatistico, e quelle che esercitano attività amministrativa, assoggettate a disciplina pubblicistica: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486, con nota di P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazione: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52, con nota di G. Sigismondi, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 222, con nota di A. Nicodemo, *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*. A sfavore di uno statuto speciale delle società a partecipazione pubblica ha deposto, sino ad oggi, parte della giurisprudenza amministrativa più recente: p.e. T.A.R. Lazio-Latina, 9 gennaio 2013, n. 17, in *Dir. e giust.*, 2013 (secondo cui il legislatore non ha previsto alcuna apprezzabile deviazione, per le società a partecipazione pubblica rispetto alla comune disciplina codicistica, dal momento che la società a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il fatto di essere partecipata da un ente pubblico) e Cons. Stato, 11 gennaio 2013, n. 122 (secondo la quale il funzionamento di una società a partecipazione pubblica dipenda dalla natura della stessa e, laddove questa svolga attività di impresa, sarà soggetta in tutto e per tutto alla disciplina dettata dal codice civile).

[23]Si ricorda in ogni caso che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere una

situazione di controllo per “*influenza dominante[...]* in virtù di particolari vincoli contrattuali” in presenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società cosiddetta controllata. Peraltro, “*dovendo il carattere "esistenziale", agli effetti considerati, desumersi, [...] non dal tipo in sé di contratto ma dal concreto atteggiarsi del suo contenuto, che lo renda, nel caso singolo, vitale per la società controllata —, ne consegue che l'accertamento circa l'attitudine o meno di un dato rapporto negoziale a porre una delle parti in quella particolare situazione di predominio caratteristica del controllo esterno ex art. 2359, n. 3), cit., si risolve, in definitiva, in una "questio facti"*” (Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094). Sul punto, V. Carbone, *Un contrastato caso di «controllo esterno»*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1427; M. C. Cardarelli, *Controllo contrattuale ed abuso della posizione di controllante*, in *Soc.*, 2002, 319. In argomento, v. anche G. Sbisà, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *NGCC*, 2004, 481; Id., *Dei patti parasociali*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario del c.c.*, Bologna – Roma, 2006, 198.

[24]E' utile segnalare che, secondo la giurisprudenza amministrativa, fra gli strumenti che concorrono a garantire il requisito del “controllo analogo” da parte di soci c.d. “ultraminoritari”, nelle società *in house*, vi è l’adeguatezza di patti parasociali attraverso i quali i soci pattisti “*si impegnano a votare in assemblea, su questioni che riguardano i servizi prestati in uno specifico comune, in conformità alla volontà espressa dal comune direttamente interessato*” in modo che sia assicurato “*a ciascun comune il ruolo di dominus nelle decisioni circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio*” (T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 780).

[25]T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069. Nel medesimo senso, Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n- 2154; Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera 22 gennaio 2015, n. 15.

[26]In particolare, secondo la giurisprudenza, non essendo prescritto attraverso quali “*sistemi operativi debba estrinsecarsi la presenza di ciascun socio negli organi direttivi e con quale modalità concreta quest'ultimo debba concorrere al controllo analogo*”, fra gli strumenti adeguati a questo fine va anche annoverata la “*nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società*” (T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069).

[27]In argomento, *ex multis*, G. Cavalli (a cura di), *Assemblea e amministratori*, Torino, 2013; P. Montalenti, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in M. Rescigno – A. Sciarrone Alibrandi, *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, 2004; M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Torino, 2005; A. De Nicola, *Art. 2380-bis*, in F. Ghezzi (a cura di), *Amministratori – Aa.Vv.*, *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008; P. Abbadessa, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento*, in *Giur. comm.*, 2004, 544; F. D'Alessandro, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 719.

[28]E' stato osservato che la dizione “controllo interno” avrebbe dovuto essere riferita dal d.lgs. n. 175/2016 all’istituto disciplinato dall’art. 147-*quater* del d.lgs. n. 267/2000, concernente i controlli interni sulle società partecipate, e ciò in quanto la direttiva di delega contenuta nella l. n. 124/2015 prevedeva “*ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*” la “*revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci*”: poiché la norma del d.lgs. n. 267/2000 riguarda, invero, una serie di controlli, di natura pubblicistica, che l’ente locale può esercitare sulle proprie partecipate, e dunque strumenti molto diversi dal possibile trasferimento della gestione dell’impresa a soggetti diversi dagli amministratori, ne deriverebbe un possibile vizio di

eccesso di delega: cfr. F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, 64. La giurisprudenza amministrativa ha invece tradizionalmente considerato il “controllo interno del socio pubblico” come uno strumento di natura societaria, volto a integrare il “controllo esterno”, tipico dell'ente affidante, nei modelli di partenariato pubblico-privato: *ex multis*, Cons. Stato, 18 aprile 2007, n. 456.

[29]V. al riguardo R. Morzenti Pellegrini, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, in *Foro Amministrativo-C.D.S.*, 2009.

[30]L'orientamento sino ad oggi prevalente in dottrina ha cercato di sviluppare un approccio legato al caso concreto, ritenendo che “*caso per caso, vada verificata la rilevanza, sotto i numerosi profili, innanzi indicati, della funzione e finalità pubblica dell'attività del soggetto, onde determinare se la fattispecie soggettiva presenti i caratteri di ente privato o di ente pubblico. Va aggiunto che, nel caso si accerti la sostanziale natura pubblica dell'ente, il soggetto non potrà essere sottoposto al fallimento o al concordato preventivo, ma al tempo stesso, mancando una previsione normativa in tal senso, non potrà neppure essere sottoposto ad una procedura liquidatoria amministrativa*” (M. Sandulli - L. Potito, Art. 1, in *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, Torino, 2010; v. anche A. Bassi, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009. Sul dibattito degli ultimi anni, G. D'Atorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, 713; Id., *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano, 2007, 110. La giurisprudenza di merito ha talora richiamato il carattere della “necessità” della società, come fattore (correlato svolgimento di determinati servizi pubblici) idoneo a giustificare l'esenzione dal fallimento di una società in mano pubblica (cfr. App. Torino 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010; Trib. di Catania, 26 marzo 2010; Trib. di Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013). In altri casi, si è riconosciuta natura sostanzialmente pubblica a soggetti formalmente privati in presenza di alcuni indici sintomatici, quali: (a) detenzione della maggioranza del capitale sociale da parte dell'ente o degli entipubblici, (b) influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società, (c) esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario. In presenza di questi indici, la società, formalmente privata ma sostanzialmente pubblica, dovrebbe essere esentata dal fallimento, indipendentemente dal tipo di attività svolta e dalla sua strumentalità rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico (cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013; Trib. La Spezia, 20 marzo 2013). Con specifico riguardo alle società *in house*, la giurisprudenza è stata sino ad oggi ulteriormente incerta, contrapponendosi un orientamento che escludeva l'autonoma fallibilità, considerando le società *in house* come mere articolazioni interne dell'ente territoriale. In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (25 novembre 2013, n. 26283) hanno ritenuto che l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall'art. 1, comma 1, della legge fallimentare, dovesse venire applicata anche alle società *cd. in house providing*, in quanto in esse si rileva (a) la natura esclusivamente pubblica dei soci, (b) lo svolgimento dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi, (c) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Secondo altro orientamento, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, avrebbe comunque dovuto comportare che esse assumessero i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che entrano in rapporto con tali società (cfr. Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 22209; nello stesso senso 6 dicembre 2012, n. 21991). In dottrina, sul punto, F. Fimmanò, *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 897.

[31]Sulla disciplina previgente, v. G. Piperata, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. Pubb.*

Amm., fasc.3-4, 2009, 629.

[32]Salvo, per queste due ultime ipotesi, eventuali vincoli a carico delle amministrazioni controllanti, che potrebbero comunque essere tenuti in conto nella determinazione degli obiettivi.

[33]Secondo la giurisprudenzaprecedente, le società *in house*, qualificabili come articolazioni sostanziali della Pubblica Amministrazione, sono soggette al rispetto del principio di imparzialità previsto dalla normativa comunitaria e nazionale nelle procedure selettive per l'assunzione dei dipendenti pubblici: cfr. Cons.Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643.

[34]Secondo alcune pronunce di merito, nel caso in cui vengano stipulati contratti di somministrazione illegittimi, tale illegittimità non comporta l'obbligo di assunzione nella società partecipata in ossequio ai principi dettati dall'art. 35 c. 3 del d.lgs. n. 165/2001 sulle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni: Trib. Salerno, 1° ottobre 2013, Laudati.

[35]Al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario.

[36]La disposizione si applica alle società a controllo pubblico. Il Decreto tuttavia prevede che, nelle società partecipate ma non a controllo pubblico, l'amministrazione che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al 10% del capitale proponga agli organi societari l'introduzione di misure analoghe.

[37]*Ut supra*, nt. 33.

[38]La disposizione si applica alle società a controllo pubblico. Il Decreto Partecipate tuttavia prevede che, nelle società partecipate ma non a controllo pubblico, l'amministrazione che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al 10% del capitale proponga agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle sopra indicate.

[39]In dottrina, v. C. Ibba, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012, 641; L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 323; F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Soc.*, 2013, 974.

[40]In argomento, M. Andreis, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. App.*, 2014, 395; C. Ibba, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 5; K. Martucci, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259; F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014, 55. L'orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza successiva: Cass. civ., S.U., 12 febbraio 2014, n. 3201; 26 marzo 2014, n. 7177; 22 luglio 2014, n. 16622; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 febbraio 2015, n. 3677; 24 marzo 2015, n. 5848; 13 novembre 2015, n. 23306.

Tra le pronunce successive al *leading case* del 2013, S.U. 22 luglio 2014, n. 16622, la quale ha avuto cura di precisare che la società in relazione alla quale era stata posta la questione (s.p.a. Sistema Ambiente della Provincia di Napoli) era connotata dalle seguenti "speciali caratteristiche", deponenti nel senso della giurisdizione del giudice contabile: "a) oggetto sociale coincidente con il fine istituzionale demandato alla Provincia affidante del servizio e che diviene la destinataria dell'attività principale della società, le cui iniziative sono limitate ad attività complementari e connesse; b) potere dell'ente affidante di ingerenza, coordinamento e supervisione dell'amministrazione - "controllo dinamico" - e sulla regolarità amministrativa e contabile - controllo strategico - per valutare l'adeguatezza delle scelte gestionali compiute in termini di congruenza tra risultati conseguiti ed obiettivi predefiniti; c) potestà di indirizzo ed influenza vincolanti sulle strategie e politiche aziendali; d) scelta preponderante o esclusiva dell'organo amministrativo; e) limitata autonomia finanziaria, statutaria e di apertura al mercato esterno; f) autonomia gestionale e decisionale dell'amministratore unico, dalla stessa nominato, rigidamente vincolata; g) capacità negoziale soggetta a rigoroso

controllo preventivo e successivo dell'ente affidante; h) obbligo stringente di report dell'attività; i) osservanza delle procedure di evidenza pubblica nella stipula dei contratti; l) copertura dei costi con i ricavi delle tariffe imposte per il servizio” (S.U. 26 marzo 2014, n. 7177).

[41]Corte dei conti, Sez. I giurisdizionale centrale, 20 febbraio 2015, n. 178; analogamente, Sez. I giurisdizionale centrale, 24 marzo 2015, n. 249.

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Informazione ambientale e trasparenza: due discipline a confronto

RAFFAELLA PORRATO[1]

Sommario: 1. L'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali come definito nel d.lgs. 195/2005. 2. L'istituto dell'accesso civico come definito nel d.lgs. 33/2013. 3. Il rapporto fra la norma di cui al d.lgs. 33/2013 e il d.lgs. 195/2005. 4. La definizione data dalla giurisprudenza del concetto di informazione ambientale. 4.1 Interpretazione estensiva del concetto di informazione ambientale. 4.2 Accesso ambientale e richieste generiche. 4.3 Accesso ambientale nei confronti di atti in corso di completamento, o in procedimenti in corso di svolgimento. 4.4 Accesso non sorretto da ragioni ambientali. 4.5 Accesso ambientale e tutela della proprietà intellettuale. 4.6 Accesso e tutela delle informazioni commerciali. 4.7 Costi connessi alla messa a disposizione dell'informazione ambientale. 4.8 Ambito soggettivo di applicazione. 4.9 Tipologie di informazioni accessibili. 4.10 Accesso ambientale e procedimenti giudiziari in corso. 4.11 Accesso e diffusione del dato ambientale.

(ABSTRACT)

L'articolo propone una lettura dell'istituto dell'accesso in materia ambientale alla luce dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui al d.lgs. 33/2013, recante la disciplina dell'accesso civico e, più in generale, degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione dell'informazione da parte delle pubbliche amministrazioni. L'articolo si sofferma in particolare sul contenuto dell'articolo 40 del d.lgs. 33/2013, concernente per l'appunto le informazioni ambientali, sulla genericità della disposizione normativa in esame e sui problemi generati da tale indeterminatezza. In esito alla trattazione è infine riportata un'ampia casistica di pronunce giurisprudenziali che hanno contribuito a definire in maniera più puntuale il concetto.

The article proposes a reading of access institute in environmental matters after publication of Legislative Decree no. 33/2013, concerning environmental informations and, more generally, the availability and distribution to the public of information by public authorities. The article focuses in particular on the content of Article 40 of Legislative Decree no. 33/2013, concerning precisely the environmental information, uncertainty and the problems generated by such uncertainty. Finally a large series of court rulings limiting this content are reported.

L'intervento delle modifiche operate al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni) ad opera del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 (Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), ha posto una serie di interessanti interrogativi in merito alla concorrenza dell'istituto dell'accesso civico, così come disciplinato dall'articolo 5 del d.lgs. 33/2013, ove oggetto della richiesta siano le informazioni ambientali disciplinate all'articolo 40 e dell'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali contenuto nel d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195.

1. L'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali come definito nel

d.lgs. 195 2005.

Il d.lgs. 195/2005 disegna la fattispecie dell'accesso all'informazione ambientale consentendolo a chiunque ne faccia richiesta senza che questi debba dimostrare il proprio interesse, laddove invece, com'è noto, la disciplina generale sull'accesso, consolidata nella legge sul procedimento amministrativo, prevede ai fini della concessione dell'accesso il possesso in capo al richiedente un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

L'ampliamento della legittimazione soggettiva si fonda sul fatto che la conoscenza di questo tipo di dati non realizza semplicemente un interesse del privato richiedente ma è condizione per la realizzazione di un interesse pubblico: quello alla tutela dell'ambiente e anche, molto spesso, della salute della collettività[2]. Dalla considerazione per cui l'esercizio del diritto d'accesso è garantito a chiunque senza dimostrare uno specifico interesse logicamente discende il fatto che questo sia da considerare *in re ipsa* per ciascun essere umano o ente che lo rappresenti o ne sia emanazione[3].

Oltre al profilo soggettivo l'accesso alle informazioni ambientali differisce dalla disciplina generale sull'accesso anche sotto il versante oggettivo, ovvero per il tipo di informazioni che ne sono oggetto.

Mentre infatti la legge generale sul procedimento prevede un accesso riferito al "documento", sia pur con l'ampiezza definita all'articolo 22 della l. 241/1990, il d.lgs. 195/2005 estende il contenuto delle nozioni accessibili alle "informazioni ambientali", contemplando anche un'attività elaborativa della P.A. debitrice dell'informazione richiesta.

La *ratio* della previsione normativa è evidentemente quella di garantire la massima trasparenza sulla situazione ambientale e consentire un controllo diffuso sulla qualità ambientale, eliminando di fatto ogni ostacolo, soggettivo ed oggettivo, al completo ed esauriente accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente[4].

Il d.lgs. 195/2005 contiene poi una dettagliata regolamentazione del procedimento d'accesso, prevedendo che l'autorità pubblica metta a disposizione l'informazione richiesta quanto prima possibile e, comunque, entro trenta giorni dalla data del ricevimento della richiesta ovvero entro sessanta giorni dalla stessa data nel caso in cui l'entità e la complessità della richiesta siano tali da non soddisfarla entro il suddetto termine di trenta giorni, previa tempestiva comunicazione al richiedente della proroga e dei motivi che la giustificano.

Sono inoltre presenti una serie di previsioni per il caso in cui la richiesta d'accesso risulti eccessivamente generica e il caso in cui sia richiesto l'accesso ai dati in un formato specifico, previsioni orientate comunque a garantire la collaborazione della P.A. al fine di soddisfare e rendere possibile l'accesso.

Sotto il versante delle esclusioni dall'accesso, per le quali la giurisprudenza ha in più occasioni specificato l'assoluta necessità di un'interpretazione restrittiva, il decreto contempla, oltre ai casi consueti, anche eccezioni alquanto generali, come quella riferita alla riservatezza delle deliberazioni interne delle autorità pubbliche, disposizione di incerta definizione e potenzialmente idonea a estendere *ad libitum* il campo delle esclusioni.

Sul punto il Giudice comunitario ha avuto occasione di chiarire che la condizione ivi enunciata, secondo cui la riservatezza delle deliberazioni delle autorità pubbliche deve essere prevista dal diritto, può essere considerata soddisfatta allorché esiste, nel diritto nazionale dello Stato membro interessato, una norma che dispone, in modo generale, che la riservatezza delle deliberazioni delle autorità pubbliche costituisce un motivo di diniego di accesso a informazioni ambientali detenute da tali autorità, purché il diritto nazionale determini chiaramente la nozione di deliberazione, circostanza che

spetta al giudice nazionale verificare[5].

Il d.lgs. 195/2005 contiene poi una norma di grande attualità, dal momento che all'articolo 8 prevede l'obbligo di diffondere una serie di informazioni riguardanti atti generali ma anche atti amministrativi più specifici riferiti a provvedimenti autorizzativi. Dunque già nel 1995 il legislatore, sia pur in attuazione di una normativa comunitaria settoriale e sovraordinata, aveva previsto che l'amministrazione fosse tenuta non solo al rilascio "passivo" dell'informazione, ovvero dietro richiesta dell'interessato, ma anche a farsi promotrice di una diffusione "attiva" dell'informazione, principio che poi ha compiutamente attuato il legislatore delegato nel 1993, attraverso l'emanazione di una norma generale riguardante la trasparenza e l'obbligo di pubblicare e diffondere l'informazione (d.lgs. 33/2013).

2. L'istituto dell'accesso civico come definito nel d.lgs. 33/2013.

La disciplina dell'accesso civico contenuta nel d.lgs. 33/2013 presenta caratteristiche simili alla disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali sia sotto il versante della legittimazione soggettiva all'accesso - essendo essa riconosciuta in capo a "chiunque"- sia sotto il versante delle informazioni accessibili, anche qui non limitata a documenti ma genericamente estesa a "dati".

I dati accessibili sono sia quelli per cui è presente un obbligo di pubblicazione nella vigente normativa sia, nei limiti della tutela di interessi giuridicamente rilevanti, atti "ulteriori", rispetto ai precedenti (articolo 5, comma 2, d.lgs. 33/2013).

Anche qui il termine procedimentale per l'accesso è stabilito in trenta giorni, ed in più viene richiamato l'istituto della notifica ai controinteressati e la necessità di un *provvedimento espresso e motivato* che consenta o neghi l'accesso. Questa previsione di certo creerà non pochi problemi sotto il profilo dell'incremento degli oneri burocratici in capo all'amministrazione, soprattutto in campo ambientale, ove le richieste di accesso sono frequentissime e riferite a progetti, atti autorizzativi, dati contenuti in banche dati, verbali etc.

Infatti, a mente del regolamento sull'accesso di cui al d.p.r. 184/2006, la richiesta d'accesso può essere evasa immediatamente e senza formalità (articolo 5 del d.p.r.), a seguito di richiesta anche verbale del richiedente ove l'informazione richiesta sia riferita a documenti immediatamente disponibili.

Si tratta invero di disposizione a forte valenza semplificativa sia per l'amministrazione che per il richiedente l'accesso, che ora questa previsione generale, richiedendo comunque l'intervento di un atto di natura provvedimento dell'amministrazione, rischia di vanificare, almeno per il comparto dell'accesso civico.

Il decreto prevede poi che possa essere qualificato come accesso civico sia l'accesso presentato all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti, sia all'Ufficio relazioni con il pubblico, sia ad altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente", sia al responsabile della corruzione e della trasparenza.

Ma la sostanziale novità contenuta nel decreto (articolo 5, comma 10 d.lgs. 33/2013) è l'obbligo in capo al responsabile della prevenzione della corruzione, nel caso in cui la richiesta d'accesso concerna informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria, di effettuare la segnalazione all'Ufficio di disciplina ai fini dell'eventuale adozione del procedimento disciplinare, nonché all'Organismo indipendente di valutazione (OIV) e al vertice politico dell'amministrazione.

Si tratta di una conseguenza importante che potrà senz'altro costituire un'efficace deterrente sul fronte della P.A. nella direzione dell'assicurare l'accesso e, ancor prima, la pubblicazione di tutti i dati di cui

il d.lgs. 33/2013 prevede la pubblicazione obbligatoria.

Ma è anche importante sottolineare a questo riguardo, viste le pesanti conseguenze di ordine disciplinare che la norma ricollega alla fattispecie della mancata pubblicazione dei dati, la genericità della definizione normativa di “informazione ambientale”, contenuta nell’articolo 40 del d.lgs. 33/2013, attraverso il rimando all’articolo 2, comma 1, lett. a del d.lgs. 195/2005. Infatti, accanto ad elementi di chiara identificazione, quali l’obbligatoria pubblicazione delle relazioni sull’attuazione della legislazione ambientale, emergono elementi di definizione assai generica quali: “le misure, anche amministrative, quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e ogni altro atto, anche di natura amministrativa, nonché le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell’ambiente e le misure o le attività finalizzate a proteggere i suddetti elementi”.

È chiaro che in una definizione normativa quale quella sopra riportata potrà ricadere pressoché la globalità dell’attività di un’amministrazione preposta alla tutela ambientale.

Conseguentemente la fattispecie a cui la legge ricollega le informative all’OIV e all’Organo politico e l’avvio, seppur eventuale, dell’azione disciplinare, pare assumere i contorni della responsabilità oggettiva, vista l’eterogeneità del contenuto della definizione normativa di informazione ambientale. Ma su ciò si avrà occasione di soffermarci al paragrafo 4, laddove si cercherà di esaminare come la giurisprudenza è andata definendo il concetto di informazione ambientale.

3. Il rapporto fra la norma di cui al d.lgs. 33/2013 e il d.lgs. 195/2005.

Riassunte nei termini di cui sopra le specifiche caratteristiche e connotazioni dell’accesso così come regolamentato dal d.lgs. 195/2005 e dal d.lgs. 33/2013, pare che il rapporto fra le norme – per quanto riguarda la specifica regolamentazione - possa qualificarsi in termini di identità e di reciproca integrazione, vista anche la coincidenza del concetto di informazione ambientale contenuto nell’articolo 40 e nel d.lgs. 195/2005. Dal che consegue che *ogni richiesta d’accesso all’informazione ambientale può essere qualificata come accesso civico*, nei termini previsti dagli articoli 5 e seguenti del d.lgs. 33/2013.

È evidente infatti che, dal punto di vista del richiedente, il riferimento all’accesso civico si potrebbe configurare come più efficace, soprattutto in ragione del deterrente collegato alla segnalazione all’Ufficio di disciplina, all’OIV e al vertice politico.

L’articolo 40 del d.lgs. 33/2013 contiene da ultimo una norma di raccordo fra le due discipline, stabilendo che restano ferme le previsioni di maggior tutela recate dalle norme di settore, con chiaro riferimento alla legge 108/2001 (ratifica della convenzione di Aarhus)[6], al d.lgs. 195/2005, al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 32 (Attuazione della direttiva 2007/2/CE, che istituisce un’infrastruttura per l’informazione territoriale nella Comunità europea (INSPIRE), ma anche a tutta la disciplina inerente il riutilizzo dei dati che potrebbe qualificarsi come categoria speciale dell’accesso e che grande importanza riveste in ambito ambientale. La materia ambientale, concernendo molto spesso ambiti afferenti ad attività d’impresa e contenendo dati di interesse per quest’ultima, si presta molto spesso a richieste inerenti il riutilizzo del dato. Ciò da e ha dato luogo a non pochi problemi soprattutto per l’aspetto della protezione del dato d’impresa a fronte di una sua diffusione massiva ed indiscriminata, tanto da spingere il Garante all’emanazione di specifiche linee guida sul tema[7].

Mentre l’aspetto del rapporto fra accesso civico ed accesso in materia ambientale non è ancora stato affrontato dalla giurisprudenza, il diverso tema del rapporto fra accesso civico e disciplina generale dell’accesso ha già impegnato le sedi giurisdizionali amministrative. Recentissima giurisprudenza del Consiglio di Stato[8] ha peraltro osservato come le nuove norme in materia di "Amministrazione

Trasparente", dettate con il d.lgs. 33/2013 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni disciplinano situazioni non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241.

Col citato d.lgs. n. 33/2013 si è inteso infatti procedere al riordino della disciplina, volta ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare "il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche", quale integrazione del diritto "ad una buona amministrazione", nonché per la "realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino".

4. La definizione data dalla giurisprudenza del concetto di informazione ambientale.

Si è fatto cenno poc'anzi all'estrema indeterminatezza del concetto di informazione ambientale: fondamentale è stata, sotto questo punto di vista, l'azione suppletiva svolta dalla giurisprudenza, che ha consentito di dare a questo concetto una forma più definita.

4.1 Interpretazione estensiva del concetto di informazione ambientale.

Innanzitutto giova sottolineare che l'aspetto che emerge in maniera pressoché unanime è la particolare ampiezza[9] del concetto di informazione ambientale, tale da ricomprenderne tutte le possibili connotazioni e sfaccettature, ivi inclusi, ad esempio, anche i profili attinenti alla materia della tutela del paesaggio[10] e della caccia ed attività venatoria[11]. Con riferimento a quest'ultimo aspetto si è sostenuto infatti che le relazioni stilate dalle regioni in adempimento ad un obbligo di referto imposto dalla vigente legislazione venatoria rientrano a pieno titolo fra le informazioni ambientali, in quanto relazioni sull'attuazione della vigente legislazione ambientale, espressamente citate dall'articolo 2 del d.lgs. 195/2005.

Dalla particolare ampiezza del concetto di informazione ambientale discende logicamente la possibilità che la suddetta richiesta possa comportare *un'attività elaborativa per la P.A.* debitrice della comunicazione richiesta, assicurando in tal modo una tutela più ampia, come si è osservato, rispetto a quella garantita dall'articolo 22 della l. n. 241/1990, oggettivamente circoscritta ai soli documenti già formati e nella disponibilità dell'amministrazione. La disciplina speciale della libertà d'accesso alle informazioni ambientali risulta, quindi, preordinata, in coerenza con le finalità della direttiva comunitaria di cui costituisce attuazione, a garantire la massima trasparenza sulla situazione ambientale e a consentire un controllo diffuso sulla qualità ambientale, eliminando di fatto ogni ostacolo, soggettivo od oggettivo, al completo ed esauriente accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente. Di conseguenza, *ogni indebita limitazione, per via ermeneutica, della legittimazione a pretendere l'accesso alle informazioni ambientali risulta preclusa sia dal tenore letterale delle disposizioni, sia dalla loro finalità*[12].

4.2 Accesso ambientale e richieste generiche.

Discende logicamente da quanto si è detto poc'anzi come sia sufficiente una generica richiesta di informazioni sulle condizioni di un determinato contesto per costituire in capo all'amministrazione l'obbligo di acquisire tutte le notizie relative allo stato della conservazione e della salubrità dei luoghi

interessati dall'istanza, di elaborare e comunicarle al richiedente[13].

Tuttavia, anche se la richiesta può essere generica, questa non deve risolversi in un mero sindacato ispettivo nei confronti della P.A. L'accesso infatti non può essere un mezzo per compiere un'indagine o un controllo ispettivo, "cui sono ordinariamente preposti organi pubblici"[14]. Sulla scorta di tali motivazioni è stato ad esempio negato ad un'organizzazione sindacale l'accesso agli atti concernenti l'affidamento dei lavori di adeguamento e manutenzione del poligono di tiro presso una caserma.

Inoltre la richiesta d'accesso resta comunque subordinata a un principio generale di proporzionalità, di economicità e di ragionevolezza, per cui possono consentirsi solo gli accessi che non si traducano in uno *sproporzionato aggravio per l'amministrazione*, tale da metterne in pericolo l'efficienza gestionale[15]. Sotto questo profilo è stato osservato come informazioni voluminose e massicce, o di contenuto oggettivo molto ampio, ben dovrebbero essere rese acquisibili attraverso l'informazione attiva, piuttosto che essere fatte oggetto di accesso "passivo" documentale, che costituisce una modalità notevolmente più impegnativa e laboriosa, sia per l'amministrazione che per il cittadino. Peraltro questo concetto di informazione attiva altro non fa che riprendere l'idea di diffusione dell'informazione ambientale contenuta all'articolo 8 dello stesso d.lgs. 195/2005 e ribadita in maniera generalizzata dal legislatore del 2013.

È stato inoltre puntualizzato a questo proposito che la richiesta d'accesso non può essere logicamente riferita ad un accesso generalizzato a *tutte le pratiche inerenti ad un determinato settore di attività*, perché ciò si tradurrebbe in un controllo generalizzato sull'attività amministrativa, conferendo all'istante poteri ispettivi che non gli competono. In tal senso si configura la richiesta di accesso a tutte le ordinanze di rimessione in pristino emanate da un Ente parco: è necessaria infatti la delimitazione e specificazione del contesto di riferimento e delle ragioni che costituiscono, ancorché limitatamente al settore ambientale, un interesse almeno all'acquisizione delle informazioni[16].

Del pari è stata ritenuta orientata ad un controllo generalizzato sulla gestione dei procedimenti amministrativi la richiesta di ricevere copia degli elenchi, pubblicati anni prima all'albo pretorio comunale, dei rapporti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria circa le opere o le lottizzazioni realizzate abusivamente e delle relative ordinanze di sospensione[17].

Anche la richiesta di accesso alla documentazione inerente il carteggio intercorso tra l'Osservatorio Valle Susa per il collegamento ferroviario Torino Lione ed i comuni interessati è stata ricondotta a tale categoria generale del controllo generalizzato sull'attività dell'amministrazione: la richiesta d'accesso è stata dunque acconsentita circoscrivendola ai soli atti e documenti presentanti espressamente un nesso concreto con la materia ambiente, relativamente all'incidenza della misura amministrativa sugli elementi o fattori ambientali di cui all'articolo 2 del d.lgs. 195/2005[18].

Con riferimento all'eccessiva genericità dell'istanza e alla finalizzazione ad un controllo generalizzato dell'attività della P.A. è stato ritenuto legittimo il diniego di accesso da parte del Ministero della salute a fronte di una richiesta d'accesso presentata a seguito del diffondersi della notizia della contaminazione da virus di epatite[19].

Ai fini di non incorrere nell'eccezione della generalità della richiesta è necessario che sia comunque presente nella richiesta d'accesso il riferimento alle *matrici ambientali*, ovvero ai fattori e alle misure, elencati ai numeri 2 e 3 del d.lgs. 195/2005.

L'istanza di accesso infatti, pur se astrattamente riguardante un'informazione ambientale, non esime il richiedente dal dimostrare che l'interesse che intende far valere è un interesse ambientale, come qualificato dal d.lgs. 195/2005, ed è volto quindi alla tutela dell'integrità della matrice ambientale, non potendo l'ordinamento ammettere che di un diritto nato con specifiche e determinate finalità si faccia uso per scopi diversi, ad esempio, per ragioni patrimoniali[20], ma su ciò si dirà più diffusamente oltre.

4.3 Accesso ambientale nei confronti di atti in corso di completamento, o in procedimenti in corso di svolgimento.

Con riferimento a documentazioni e *atti incompleti o in corso di completamento è ritenuto legittimo il diniego dell'accesso (rectius differimento) a condizione che questo contenga l'informazione al richiedente circa l'autorità che prepara il materiale* e la data approssimativa entro la quale detto materiale sarà disponibile[21]. Sulla base del principio enunciato è stato ritenuto legittimo il diniego all'accesso ai dati relativi ad un'indagine epidemiologica in corso, ritenendo invece accessibili i risultati di detta indagine[22].

Laddove poi alcuni documenti oggetto dell'istanza di ostensione documentale non siano *effettivamente disponibili od esistenti*, i richiedenti hanno diritto a ricevere dall'amministrazione un'espressa dichiarazione negativa, motivata ed allo stesso tempo certificatoria delle ragioni del mancato rilascio[23].

Il Consiglio di Stato ha invece ritenuto che non possa essere imposto di consentire l'accesso a documenti che non siano nella disponibilità dell'ente perché non li ha formati né li detiene stabilmente, perché di competenza di altri Enti, e che parimenti non possa essere imposto l'onere di indicare quali Enti li detengono[24].

Anche nei confronti di *atti di cui sia plausibile e ragionevole l'esistenza* è ammissibile l'istanza di accesso e l'amministrazione è tenuta a dare riscontro a tali istanze eventualmente negando l'accesso ed informando l'istante circa l'inesistenza del documento. Si è in tal modo considerata ammissibile l'istanza di accesso a tutti gli atti inerenti la verifica di ottemperanza alle prescrizioni del decreto VIA del Ministero dell'Ambiente: l'esistenza del procedimento di verifica di ottemperanza presuppone infatti l'esistenza di documenti confluiti in siffatto procedimento[25]. In tal senso l'esigenza di una puntuale indicazione degli atti deve essere intesa in modo flessibile e non formalistico. Il diritto d'accesso alle informazioni di carattere ambientale può infatti concretizzarsi nella necessità di accedere ad un documento che di regola non si conosce, giustificata solo sulla base di una presunzione (che *ex post* può risultare infondata, ma che l'amministrazione non può a priori ritenere inammissibile) che la consultazione o l'acquisizione di copia del documento richiesto possa poi risultare effettivamente rispondente ad un interesse di tutela che solo il richiedente è competente a valutare[26].

Una recentissima giurisprudenza del Consiglio di Stato[27] affronta infine il problema inerente *l'accesso in procedimenti in corso*, affermando che il diniego di accesso alla documentazione ambientale non può fondarsi sul fatto che l'informazione non si sia ancora tradotta nell'adozione di provvedimenti amministrativi conclusivi. Il Supremo Giudice ha ritenuto infatti che anche le semplici istanze, e non solo i provvedimenti conclusivi possono formare oggetto dell'accesso, riformando in ciò il pronunciamento dei giudici di prime cure che non avevano ritenuto accessibili le semplici istanze di parte privata che non fossero ancora recepite in un provvedimento.

Con riferimento alla legge della Provincia di Bolzano, che ammette l'accesso in corso di procedimento, purché riferito ad atti esecutivi ed efficaci, si è ritenuto che il parere del Comitato di valutazione dell'impatto ambientale relativo a corsi d'acqua oggetto di derivazioni a scopo idroelettrico in concessione all'ENEL s.p.a., sia atto esecutivo, efficace e con rilevanza esterna[28].

4.4 Accesso non sorretto da ragioni ambientali.

Ampio dibattito giurisprudenziale si è poi sviluppato in merito al complesso problema per cui, se è

vero che l'accesso in materia ambientale risulta concesso a chiunque e non contempla l'obbligo per il richiedente di dichiarare il proprio interesse ad accedere all'informazione ambientale, è parimenti necessario che la richiesta d'accesso sia sorretta da una ragione ambientale.

In particolare, si è osservato come l'amministrazione cui l'istanza di accesso è diretta (e, *a fortiori*, lo stesso giudice chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'eventuale diniego) ben possa pronunciarsi sull'effettiva sussistenza in capo al richiedente di un suo interesse propriamente "ambientale" agli effetti dell'accoglibilità della sua richiesta di accedere alla documentazione asseritamente contenente le "informazioni ambientali" da lui ricercate.

La domanda di accesso legata ad un interesse economico imprenditoriale, non può mutare qualificazione in sede giurisdizionale pur potendo astrattamente riguardare un'"informazione ambientale". Peraltro, tale eventuale richiesta non esime il richiedente dallo specificare in sede amministrativa che l'interesse che lo muove è un genuino interesse ambientale come qualificato dal d.lgs. 195 del 2005 all'integrità della matrice ambientale, non potendo l'ordinamento ammettere che di un diritto nato con certe finalità (ambientali) si faccia uso per finalità del tutto diverse (economico-patrimoniali).

Sulla base di tali motivazioni si è negata la richiesta di presa visione e di estrazione di copia del "Piano di sviluppo aziendale", richiamato nell'ambito dello Studio d'impatto ambientale, documentazione quest'ultima anche oggetto di diffusione ai sensi del predetto articolo 8 del d.lgs. 195/2005, nonché delle norme del Codice ambiente in materia di Valutazione d'impatto ambientale[29].

Non è stata riconosciuta sorretta da un genuino interesse ambientale ed oltretutto esulante dalla materia dell'accesso alle informazioni ambientali la richiesta di accesso ai documenti in base ai quali è stabilita la *tariffa d'accesso all'impianto di trattamento rifiuti*, che, ai sensi della normativa vigente, è stabilita dall'autorità regionale sulla base delle indicazioni fornite dalla società che gestisce l'impianto e che deriva anche dai costi industriali che ha dovuto sopportare il gestore, quali costi di investimento, costi di trasporto, costi di locazione, costi di personale etc. Tali costi rientrano tra le informazioni commerciali che sono naturalmente tutelate dal diritto alla riservatezza anche da parte della stessa norma sull'accesso alle informazioni ambientali. Dunque, si è ritenuto che la formazione della tariffa abbia una connessione del tutto indiretta con la materia ambientale, in quanto le sue componenti non sono direttamente attinenti alle informazioni ambientali elencate dall'art. 2 del d.lgs n. 195/2005[30].

Sempre con riferimento alle informazioni ambientali attinenti al comparto rifiuti, è stato negato il diritto d'accesso da recentissima giurisprudenza del Consiglio di Stato[31] ai documenti concernenti il servizio di raccolta e trasporto di rifiuti sanitari, informazione di chiara attinenza alla categoria delle informazioni ambientali in quanto strettamente connessa al trasporto di rifiuti che, se non correttamente smaltiti, possono arrecare pregiudizi all'ambiente. La domanda infatti, ad avviso del Supremo Consesso, non si fondava su una preoccupazione circa lo stato di matrici ambientali, ma era volta all'acquisizione d'informazioni, quali quelle contenute nei formulari, che possono essere rilevanti per l'impresa per motivi concorrenziali e per acquisire dati commerciali riguardanti la concorrenza. Anche qui dunque il diritto di accesso, disciplinato per il perseguimento di finalità ambientali, risultava utilizzato per finalità del tutto diverse (economico-patrimoniali) e con un inutile aggravio dell'attività dell'amministrazione.

Similmente, sempre in tema di accesso alle informazioni ambientali supportata da finalità economiche patrimoniali, in caso di richiesta d'accesso agli atti del *concessionario di pubblici servizi* di gestione dei rifiuti è stato ritenuto legittimo il diniego di accesso agli atti di precedenti gare pubbliche da parte di un'impresa da tempo operante nel campo del trasporto e della gestione dei rifiuti, in quanto avrebbe consentito alla richiedente un'ingiustificata posizione di vantaggio in vista delle gare future bandite dalla Società a capitale pubblico[32].

Così parimenti la richiesta di accesso agli atti, documenti ed elaborati costituenti il progetto definitivo della superstrada Pedemontana Veneta, è stata ritenuta manifestamente carente di quel genuino interesse ambientale che solo giustifica l'applicazione dell'invocato d. lgs. 195/2005. L'istanza di accesso risultava infatti formulata dalla Pedemontana Veneta S.p.A., senza alcun cenno all'interesse ambientale, ma imperniata innanzitutto sulla sua qualità di soggetto promotore dell'intervento e partecipante alla gara per l'affidamento della relativa concessione, nonché sull'avvenuta conoscenza (a mezzo degli organi di stampa) della notizia della sottoscrizione del decreto di approvazione del progetto definitivo, con conseguente asserito "interesse a prendere visione di tutti gli atti e documenti relativi al suddetto progetto definitivo anche in vista della eventuale tutela giurisdizionale dei propri interessi"[33].

4.5 Accesso ambientale e tutela della proprietà intellettuale.

L'orientamento giurisprudenziale di particolare *favor* nei confronti dell'accesso sorretto da ragioni ambientali si riscontra anche a proposito della richiesta d'accesso a documentazioni progettuali depositata in occasione di procedimenti amministrativi afferenti ad interessi ambientali.

I giudici di primo grado hanno ritenuto la documentazione progettuale naturalmente accessibile sulla scorta della motivazione per cui la disposizione che prescrive che sia accessibile "ogni atto di natura amministrativa" si riferisce anche agli atti di soggetti privati, che vengono acquisiti in un procedimento amministrativo e che in virtù di tale acquisizione assumono anch'essi la natura di atti amministrativi, in quanto oggettivamente correlati al procedimento amministrativo e posti a base del provvedimento finale[34].

In senso sostanzialmente concorde alla giurisprudenza sopra riportata che considera prevalente l'accesso rispetto alla tutela della proprietà intellettuale si pone un orientamento del Tar Veneto[35] riferito ad una *richiesta d'accesso ad elaborati relativi alla concessione di una derivazione d'acqua ad uso idroelettrico*, assentendo alla richiesta di estrazione di copia di tutta la documentazione progettuale che non afferisca direttamente a profili involgenti il *segreto industriale*, secondo una *valutazione necessariamente restrittiva* in ordine agli eventuali profili ostativi.

Con specifico riferimento alla tematica dell'accesso a progetti e alla necessità di notifica ai progettisti in quanto controinteressati, è stato osservato, secondo un'interpretazione alquanto formalistica del dato normativo, come questi ultimi non si configurino come controinteressati in senso tecnico in quanto non espressamente menzionati nell'atto oggetto di ricorso[36].

4.6 Accesso e tutela delle informazioni commerciali.

Nelle pronunce poc'anzi riportate non si nega la qualità di informazione ambientale di quanto viene richiesto, ma si entra nel merito della finalizzazione della richiesta d'accesso, in particolare escludendola qualora si supponga l'attinenza a interessi economico patrimoniali. D'altro canto fra le esclusioni del diritto d'accesso canonizzate all'articolo 5 del d.lgs. 195/2005 è presente proprio la riservatezza delle informazioni commerciali o industriali, i diritti di proprietà industriale e i diritti di proprietà intellettuale.

Molto interessanti le pronunce che si cimentano nel bilanciamento fra accesso e questa tipologia di interessi, problematica molto frequente nell'accesso all'informazione ambientale, dove la mancata previsione di una qualificazione del richiedente potrebbe rendere difficile la compiuta conoscenza di queste ragioni ostative all'accesso.

Sul punto è intervenuta anche Corte di giustizia con riferimento ai *prodotti fitosanitari*, stabilendo che

l'informazione prodotta nell'ambito di un procedimento nazionale di autorizzazione di un prodotto fitosanitario al fine di fissare la quantità massima di un antiparassitario contenuta in cibi e bevande rientra sicuramente nel novero delle informazioni ambientali. La ponderazione dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione di un'informazione ambientale e dell'interesse specifico tutelato dal rifiuto di divulgare ed attinente al segreto industriale deve essere effettuata in ciascun caso particolare sottoposto alle autorità competenti, anche qualora il legislatore nazionale dovesse determinare con una disposizione a carattere generale criteri che consentano di facilitare tale valutazione comparata degli interessi contrapposti[37].

In analogia questione sempre il Giudice comunitario ha chiarito che – sia pur con riferimento al campo specifico della direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento - il pubblico interessato deve avere accesso ad una decisione di assenso urbanistico-edilizio riguardante una discarica di rifiuti e non consente alle autorità nazionali competenti di rifiutare al pubblico interessato l'accesso a tale decisione adducendo la tutela della riservatezza delle informazioni commerciali o industriali prevista dal diritto nazionale o dell'Unione al fine di proteggere un legittimo interesse economico[38].

In ambito nazionale parte del contenzioso si sviluppa con riferimento a richieste di accesso di imprese farmaceutiche, sia pur con riferimento alla disciplina generale dell'accesso di cui alla l. 241/1990, ma aventi a riferimento nel concreto quella particolare tipologia di informazioni ambientali ricomprese all'articolo 2 comma 1, numero 5 del d.lgs. 195/2005 attinenti lo stato della salute. Sotto questo profilo la giurisprudenza non pare addivenire a risultati sempre concordi.

Il Consiglio di Stato[39], riformando il precedente pronunciamento del Tar Lombardia, ha ritenuto legittimo un diniego all'accesso ad una relazione tecnica presentata all'ASL ai fini della commercializzazione dei farmaci da un'azienda leader nel suddetto mercato, istanza supportata anche dalla volontà di proporre azione civilistica di concorrenza sleale per indebita utilizzazione del *know how*.

Poiché nella relazione erano ricompresi documenti che attenevano alle procedure di gestione e di organizzazione del magazzino/deposito di medicinali della società, utili ad ottenere il rilascio dell'autorizzazione da parte della ASL e sulla scorta della considerazione per cui l'utilizzo di strategie organizzative innovative potrebbe essere un elemento di necessaria competitività, il Consiglio di Stato – terza sezione - ha ritenuto meritevole di tutela l'esigenza di protezione della "riservatezza" dei dati tecnico-organizzativi dell'appellante.

Parzialmente si discosta da tale orientamento, sempre con riferimento a controversie tra aziende farmaceutiche, una pronuncia della quinta sezione del Consiglio di Stato in cui è stato ritenuto che il diritto di accesso prevalga sull'esigenza di riservatezza del terzo ogni volta che detto accesso sia necessario per la difesa di interessi del richiedente giuridicamente rilevanti, come in presenza di un interesse a verificare l'effettiva equivalenza tra le proprie specialità medicinali brevettate e quelle generiche fatte oggetto di richiesta di autorizzazione all'immissione in commercio.

Si è ritenuto infatti che la tutela del diritto alla riservatezza delle aziende farmaceutiche, riguardo ai metodi di produzione ed al *know-how* di fabbricazione del principio attivo, non può costituire un sufficiente motivo per negare l'esibizione di una qualunque documentazione[40].

Coerente con l'orientamento sopra riportato pare pure un'altra pronuncia del Consiglio di Stato, che ha sostenuto che il *carattere segreto delle informazioni tecniche e commerciali, (che peraltro deve risultare da motivata dichiarazione dell'offerente prodotta in sede di presentazione della offerta), non può far velo alla esibizione della restante documentazione* (cioè di quella non coinvolta da tali profili di meritevole segretezza) nei confronti dei terzi interessati[41].

4.7 Costi connessi alla messa a disposizione dell'informazione ambientale.

Emerge da quanto si è finora esplicitato che la messa a disposizione dell'informazione ambientale, sia nella fattispecie dell'accesso che in quella della diffusione dell'informazione è destinata a generare dei *costi non irrilevanti*: spese per il mantenimento delle banche dati, per la raccolta e la validazione dei dati, spese per il mantenimento e per l'aggiornamento dell'informazione. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2003/4 del 28 gennaio 2003 sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, le autorità pubbliche possono applicare una tassa per la fornitura dell'informazione ambientale a condizione che questa non superi un importo ragionevole.

In una giurisprudenza recentissima il giudice comunitario ha ritenuto che la tassa applicata per la fornitura di un tipo particolare di informazioni ambientali non possa comprendere alcuna parte delle spese causate dal mantenimento di una banca dati, utilizzata a tale scopo dall'autorità pubblica, ma possa comprendere le spese generali imputabili al tempo che il personale di tale autorità ha dedicato a rispondere a richieste di informazione individuali, preso in considerazione adeguatamente nella determinazione di tale tassa, purché l'importo complessivo di detta tassa non ecceda un importo ragionevole[42].

4.8 Ambito soggettivo di applicazione.

Con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione delle norme in materia di accesso, ovvero a chi sia tenuto a fornire l'informazione ambientale, il d.lgs. 195/2005 stabilisce che sia tenuta a fornire l'informazione l'"autorità pubblica", nell'accezione inclusiva di amministrazioni pubbliche statali, regionali, locali, aziende autonome e speciali, enti pubblici e concessionari di pubblici servizi, nonché di ogni persona fisica o giuridica che svolga funzioni pubbliche connesse alle tematiche ambientali o eserciti responsabilità amministrative sotto il controllo di un organismo pubblico. Il d.lgs. 33/2013 riprende – diversamente da quanto stabilito in via generale con riferimento all'estensione dell'ambito applicativo delle norme e dei soggetti tenuti agli obblighi di pubblicazione di cui al decreto - l'identico campo applicativo del d.lgs. 195/2005, riconfermando, anche sotto questo aspetto, la relazione di identità e di reciproca integrazione sussistente tra le due normative.

Il Giudice comunitario ha poi fornito un'interpretazione concreta di tale disposizione della direttiva, fedelmente ripresa dal d.lgs. 195/2005, sancendo che, al fine di delimitarne il campo di applicazione, occorre verificare se gli enti siano investiti, in forza del diritto nazionale, di poteri speciali che eccedano quelli derivanti dalle norme riferibili ai rapporti tra soggetti di diritto privato. Le imprese che forniscono servizi pubblici connessi con l'ambiente, nel caso di specie le imprese di gestione delle reti fognarie e di fornitura acqua, trovandosi sotto il controllo di un organismo pubblico dovrebbero essere qualificate come «autorità pubbliche» e dunque come soggetti rientranti a pieno titolo nell'ambito applicativo della direttiva, se tali imprese non determinino in maniera realmente autonoma le modalità con le quali forniscono detti servizi, poiché un'autorità pubblica rientrante nell'ambito di applicazione della norma è in grado di influenzare in maniera decisiva l'azione di dette imprese nel settore ambientale. Il giudice comunitario ha tuttavia specificato che ove tale circostanza rimanga incerta le informazioni debbono comunque essere fornite[43].

La direttiva 2003/4 contiene invero la facoltà, non ripresa dal d.lgs. 195/2005, di non considerare quali autorità pubbliche, tenute a consentire l'accesso alle informazioni ambientali in loro possesso, «gli organismi o le istituzioni che agiscono nell'esercizio di competenze (...) legislative». È stato ritenuto peraltro che i Ministeri quando elaborano ed adottano disposizioni normative aventi rango inferiore ad una legge, non possano rientrare in tale esclusione[44].

Sempre al riguardo di tale disposizione della direttiva 2003/4 la Corte[45] ha ritenuto che l'esclusione predetta possa contemplare i ministeri allorché partecipino alla funzione legislativa, ad esempio attraverso la presentazione di progetti di legge o pareri, ma che l'esenzione dall'accesso non possa essere più applicata una volta concluso il procedimento legislativo.

Una volta concluso il procedimento legislativo infatti, il ministero, che vi ha partecipato, non può più avvalersi di tale eccezione poiché il corretto svolgimento di tale procedimento non può più essere ostacolato dalla messa a disposizione delle informazioni ambientali.

I giudici nazionali hanno infine reputato non rientrante nella nozione di soggetto passivo debitore dell'accesso una società gerente una discarica in quanto hanno ritenuto che non fosse sufficientemente dimostrata da parte del ricorrente la sua natura di ente pubblico o di concessionario[46].

4.9 Tipologie di informazioni accessibili.

Sul versante oggettivo, ovvero su quali siano le tipologie di informazioni sicuramente rientranti nel concetto di informazione ambientale, la giurisprudenza non sempre è addivenuta a risultati concordanti.

Per quanto riguarda il comparto del *servizio idrico integrato*, settore molto ricorrente nelle richieste d'accesso alle informazioni ambientali, sono state considerate sicuramente accessibili le informazioni più disparate quali quelle relative a costruzione di nuovi poli depurativi[47], funzionalità ed esistenza dell'impianto di depurazione delle acque reflue[48], ubicazione dei depuratori e/o degli impianti centralizzati delle aree servite, unità di popolazione servita, elenco delle zone e/o comuni serviti, tipologia di impianti (fanghi attivi o biologico chimico), conformità al d.lgs. 152/2006, atti e/o provvedimenti aventi ad oggetto interventi programmati, ivi inclusi quelli effettuati negli ultimi anni ed ogni altro atto e/o provvedimento connesso e/o collegato[49], pur se comportanti attività elaborativa da parte dell'amministrazione. Al contrario altri giudici di merito[50] in analoga fattispecie hanno escluso l'accesso, a motivo della genericità, alle informazioni concernenti la conformità al d.lgs. 152/2006, gli atti e/o provvedimenti aventi ad oggetto interventi programmati ivi inclusi quelli effettuati negli ultimi anni ed ogni altro atto e/o provvedimento connesso e/o collegato.

Anche l'accesso a tutti gli atti concernenti la depurazione delle acque relativi alla propria utenza idrica è stato ritenuto rientrante nella fattispecie dell'accesso all'informazione ambientale, al fine di accertare la funzionalità e/o assenza degli impianti di depurazione[51].

Sempre nell'ambito degli impianti del servizio idrico integrato, il Supremo consesso ha ritenuto pertinente l'istanza di accesso a documentazione attinente scarichi fognari in compendio demaniale marittimo, in quanto necessaria ad acclarare il corretto funzionamento dello scarico e dell'impianto che dovrebbe trasmettere i rifiuti al depuratore nonché ad acclarare se l'inquinamento verificatosi nell'area di pertinenza del richiedente fosse o meno frutto di mal funzionamento o mala gestione dell'impianto[52].

È stata considerata prevalente rispetto alle esigenze di riservatezza di terzi l'istanza di accesso alla documentazione attinente all'accordo di programma e alle sue modifiche inerenti interventi di riqualificazione ambientali funzionali alla reindustrializzazione e infrastrutturazione di aree comprese in un Sito di interesse nazionale[53]. Sembrerebbe sussistere, per quanto attiene al comparto *degli interventi di bonifica*, connotato peraltro da rilevanti profili attinenti la tutela del segreto d'impresa (si pensi alle sostanze oggetto di sversamento e di altri rilevanti profili attinenti l'immagine d'impresa), una marcata tendenza dei giudici[54] a garantire gli interessi collegati all'accesso, stabilendo che è sufficiente una generica richiesta di informazioni sulle condizioni di un determinato contesto per costituire in capo all'amministrazione l'obbligo di acquisire tutte le notizie relative allo stato della

conservazione e della salubrità dei luoghi interessati, ad elaborarle e a comunicarle al richiedente. È stata peraltro considerata priva di pregio la considerazione per cui l'istanza si riferisse ad area già bonificata.

Si evidenzia sul punto che l'articolo[55] 251 del d.lgs. 152/2006 prevede a carico delle regioni l'istituzione di una specifica banca dati contenente l'elenco dei siti sottoposti ad intervento di bonifica e ripristino ambientale nonché degli interventi realizzati nei siti medesimi. La previsione generale di cui all'articolo 8, comma 4, del d.lgs. 195/2005 dispone che l'informazione ambientale possa essere resa disponibile creando collegamenti a banche dati elettroniche, anche gestiti da altre autorità pubbliche, da rendere facilmente accessibili al pubblico. Sussistono tuttavia rilevanti aspetti da valutare in relazione alle problematiche che potrebbe comportare la diffusione massiva ed indiscriminata dei dati riferiti alle imprese e contenuti nelle suddette banche dati.

Anche gli atti relativi allo sversamento in mare di elementi inquinanti specificamente individuati, ivi inclusi i risultati dei controlli e dei monitoraggi effettuati nelle acque e nelle aree interessate dall'incidente sono stati considerati come pacificamente rientranti nel concetto di informazioni ambientali[56].

In altro contesto i giudici di primo grado hanno puntualizzato l'importante concetto per cui il dovere di fornire le informazioni ambientali *non attiene all'ambito funzionale delle competenze di cui l'amministrazione è titolare*, ma riguarda la circostanza materiale dell'effettiva disponibilità dei documenti ambientali richiesti. Nella specie si trattava di documentazione attinente il procedimento di valutazione d'impatto ambientale (decreto VIA, parere della Commissione tecnica, studio d'impatto ambientale) richiesta ad un Ministero diverso da quello dell'Ambiente[57].

Sono stati considerati pienamente rientranti nel concetto di informazione ambientale e dunque obbligatoriamente ostensibili i dati inerenti il funzionamento di impianti di *trattamento di rifiuti* (verbale di primo controllo e allegati, accertamenti e verifiche eseguiti ed eventuale approvazione del piano di monitoraggio) in quanto recanti informazioni ambientali relative all'adozione di misure di competenza di ARPA[58]. Del pari, sempre con riferimento al comparto rifiuti si è ritenuto che l'ambito oggettivo del concetto di informazione ambientale non sia logicamente estensibile agli atti gestionali e contabili del rapporto di servizio intercorrente con il concessionario del servizio di raccolta integrata dei rifiuti[59].

Parimenti rientrano nel concetto di informazione ambientale gli atti relativi alla *chiusura dei pozzi* nell'alveo del fiume per inquinamento[60].

Anche le concessioni edilizie relative ad *impianti fotovoltaici* sono state considerate rientranti nell'ampio *genus* delle informazioni ambientali[61], come pure gli atti relativi a edifici costruendi in zone connotate da vincoli ambientali richieste da associazioni di protezione ambientale[62].

Sono stati al contrario consideranti *esulanti dal concetto di informazione ambientale* gli atti e i documenti riguardanti un *procedimento di gara* relativo all'esecuzione di un'opera pubblica, mentre sono stati ritenuti rientranti in tale nozione i pareri, i nulla osta e le autorizzazioni attinenti alla tutela ambientale. Si è infatti ritenuto al riguardo che l'informazione ambientale abbia ad oggetto esclusivamente i dati attinenti a valori che l'ordinamento giuridico imputa all'ambiente come bene giuridico distinto dalle sue componenti ambientali. Il diritto al libero ed incondizionato accesso all'informazione ambientale garantito a tutti i soggetti dal d.lgs. 195/2005 obbliga dunque la pubblica amministrazione a rendere disponibili i soli dati che rientrano in tale definizione, e non altri[63].

Parimenti non sono stati considerati rientranti nel concetto di informazione ambientale i lavori di *metanizzazione* dell'isola di Procida^[64]. Anche la richiesta di conoscere lo stato della pratica ed il nominativo del responsabile del procedimento non è considerata assimilabile ad una richiesta di accesso, bensì come azione volta a promuovere la conclusione del procedimento e ad assicurare la

partecipazione allo svolgimento dello stesso^[65]. Così pure non è stata considerata pertinente al concetto di informazione ambientale la richiesta dell'elencazione delle ragioni alla base di una diffida in materia di interventi di bonifica. L'oggetto dell'accesso alle informazioni ambientali deve essere individuato infatti nella volontà di conoscere atti e elementi ben determinati, riconducibili alla nozione di informazioni ambientali disciplinate dal d.lgs. 195/2005, e non già nell'intento di conoscere le valutazioni poste in essere dall'amministrazione che, in quanto tali, attengono ad un percorso discrezionale e di merito^[66].

Un filone giurisprudenziale correla l'accesso a informazioni ambientali anche *all'impatto ambientale* in quanto si sostiene che oggetto dell'informazione ambientale debbano comunque essere atti e documenti relativi a fatti che comportano un impatto ambientale. Sulla scorta di tale prospettazione è stato negato che rientrino nella disciplina dell'accesso all'informazione ambientale gli atti riguardanti l'accatastamento di un fabbricato, correlati ad un'istanza che aveva fatto riferimento unicamente a paventate irregolarità edilizie e a profili di danno erariale[67].

Tale prospettazione trae fondamento dal fatto che l'art. 2 della Convenzione di Aarhus e l'articolo 2, comma 1, del d.lgs. 195/2005, nel definire la nozione di "informazione ambientale", fanno riferimento unicamente allo stato dell'ambiente (aria, sottosuolo, siti naturali etc.) e ai fattori (sostanze, energie, rumore, radiazioni, emissioni) che possono incidere sull'ambiente, la salute e la sicurezza umana; ne deriva che non formano oggetto dall'informazione ambientale gli atti e i documenti relativi a fatti che non comportano un impatto ambientale. Si è così negato l'accesso all'atto di intesa diretto a regolare le modalità del servizio di raccolta dei rifiuti già in corso di esecuzione[68].

La giurisprudenza amministrativa ha altresì puntualizzato come, allorché l'amministrazione ritenga ricorrente un'ipotesi di esclusione dall'accesso, è comunque tenuta a rappresentarla espressamente e ad esplicitare le ragioni del diniego in esito ad un'attenta ponderazione fra l'interesse pubblico all'informazione ambientale e l'interesse tutelato dall'esclusione e non già a rimanere silente[69].

4.10 Accesso ambientale e procedimenti giudiziari in corso.

Con riferimento all'esclusione dell'accesso motivata in relazione a procedimenti giudiziari in corso[70], è stato evidenziato come questa ipotesi non possa essere intesa quale esclusione dell'accesso *tout court*, ma che al contrario sia compito dell'amministrazione svolgere adeguata istruttoria richiedendo il nulla osta alla Procura competente e titolare delle indagini, al fine di poter consentire la diffusione delle informazioni ambientali richieste. Infatti è solo l'organo giurisdizionale competente a decidere se la divulgazione di determinate informazioni ambientali possa o meno nuocere allo svolgimento delle indagini (fattispecie relativa a sversamento in mare di un ingente quantitativo di sostanze inquinanti) [71].

In diversa fattispecie i giudici di merito[72] hanno negato che la richiesta d'accesso a copie dei ricorsi amministrativi presentati dall'Azienda energetica al Tribunale Superiore delle Acque pubbliche possa rientrare nell'accesso alle informazioni ambientali in quanto non riferita ad atti a cui si possa riconoscere carattere ambientale. Inoltre è stato ritenuto che proprio dalla divulgazione dei ricorsi e controricorsi possa derivare pregiudizio alle svolgimento di procedimenti giudiziari pendenti: in particolare gli scritti defensionali rientrerebbero nella tutela del segreto professionale in quanto idonei a disvelare le strategie processuali.

4.11 Accesso e diffusione del dato ambientale.

Affronta il complesso rapporto fra accesso e diffusione del dato una pronuncia del Tar Lombardia^[73],

allorché viene accolta l'istanza di accesso ai dati relativi alle emissioni dell'impianto di smaltimento tramite trattamento termico e cogenerazione dei rifiuti solidi urbani, mentre viene rigettata l'istanza diretta ad ottenere la pubblicazione dei medesimi dati. Ha sostenuto infatti il Tar che, pur essendo incontestabile l'accesso in ragione dell'attinenza alla tutela di valori ambientali, non è fondata la pretesa a che quelle medesime informazioni vengano veicolate a favore della collettività intera. La normativa sull'accesso si è ritenuto tuteli i singoli richiedenti mentre la pretesa della pubblicazione dei dati relativi alle emissioni è chiaramente diretta a favorire la collettività nel suo insieme. Si tratta evidentemente di pronuncia antecedente all'emanazione del d.lgs. 33/2013 e forse meritevole di ridiscussione alla luce dei sopraevidenziati principi di diffusione dell'informazione ambientale ai quali si è fatto cenno poc'anzi.

Sempre in tema di diffusione del dato ambientale, è stato sottolineato da alcuni giudici di merito^[74] che il sistema di "efficace pubblicità" postulato dalla Convenzione di Aarhus non coincide automaticamente con quello previsto dalla normativa nazionale, al quale, viceversa, si aggiunge, dando vita ad un peculiare meccanismo di "partecipazione collettiva alla tutela degli interessi ambientali" che sovrasta quello imposto dai singoli ordinamenti. La disposizione della Convenzione che impone che l'attività informativa in materia ambientale sia realmente "efficace" deve essere parametrata alle caratteristiche di ciascuna fattispecie concreta. Una procedura amministrativamente complessa può considerarsi "efficacemente portata a conoscenza" solo nel momento in cui il soggetto potenzialmente interessato abbia avuto esaustiva contezza di tutte le fasi in cui la procedura stessa si è articolata; un grado di conoscenza, questo, che non è certo assicurato dalla pubblicazione all'albo pretorio degli atti impugnati.

Così pure è stato affermato che la mera pubblicazione di una determinazione dirigenziale di approvazione di un progetto complessivo di coltivazione di polo estrattivo adiacente ad un sito di importanza comunitaria non è sufficiente per far scattare la presunzione di conoscenza. L'impostazione sostanziale del diritto comunitario in tema di diffusione dell'informazione ambientale agisce infatti sugli strumenti processuali nazionali facendo decorrere il termine d'impugnazione dalla conclusione della procedura di accesso agli atti, salvo che l'amministrazione non dimostri di aver già provveduto alla piena diffusione dell'informazione con i mezzi tecnologici indicati dalla direttiva[75].

[1] Funzionaria della Direzione Ambiente, Governo e Tutela del Territorio della Regione Piemonte.

[2] Corte di giustizia UE, sez. III, 28 luglio 2011, n. 71, in <http://curia.europa.eu/>.

[3] Tar Calabria, 19 settembre 2011, n. 1231, in www.giustamm.it.

[4] Tar Calabria 9 dicembre 2014, n. 793 in www.retembiente.it.

[5] Corte di giustizia europea, Grande Sezione, 14/2/2012 n. C-204/09, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

[6] In riferimento alla convenzione di Aarhus si evidenzia che, proprio nel momento in cui si scrive, è in corso presso il Ministero dell'Ambiente una consultazione pubblica sul quarto rapporto di aggiornamento sull'attuazione della Convenzione in Italia.

[7] Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali: "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati", del 15 maggio 2014, n. 243, paragrafo 6.

[8] Consiglio di Stato, 12 maggio 2016, n. 1891, in www.gazzettaamministrativa.it/; sul punto vedi anche TAR Campania 5 novembre 2014, n.5671, in <http://www.neldiritto.it/>.

- [9] Sulla particolare ampiezza del concetto di informazione ambientale Consiglio di Stato, sez. VI, 9 agosto 2011, n. 4727, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, 14 marzo 2011, n. 2260, in www.ambientediritto.it; Tar Lazio, 28 giugno 2006, n. 5272, in www.ambientediritto.it.
- [10] Così Corte di giustizia, 17 giugno 1998, C-321/96, in <http://curia.europa.eu>; sul concetto di ambiente in senso lato ed esteso anche alle competenze paesaggistiche, urbanistiche ed edilizie vedi Tar Toscana, sez. II, 30 luglio 2008, n. 1870, in <http://www.ambientediritto.it>. Molte delle pronunce giurisprudenziali citate nell'articolo sono state reperite in Albanese F. (2015) Il diritto d'accesso agli atti e alle informazioni ambientali, in www.lexambiente.com.
- [11] Tar Marche, 17 giugno 2009, n. 577, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.
- [12] Tar Calabria 9 dicembre 2014, n. 793 in www.reteambiente.it; Tar Calabria, 6 novembre 2012 n. 652 in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio Roma, Sezione III, 28 giugno 2006, n. 5272, in <http://www.ambientediritto.it>.
- [13] Tar Calabria, 19 settembre 2011, n. 1231, in www.giustamm.it; Tar Calabria, 16 dicembre 2010, n. 1724, in <http://www.reteambiente.it>; Tar Calabria, 17 aprile 2012, n. 396; in <https://www.giustizia-amministrativa.it>; Tar Lombardia, 19 novembre 2009, n. 2229 in www.ambientediritto.it.
- [14] Consiglio di Stato, 10 febbraio 2006, n. 555, in www.ambientediritto.it.
- [15] Tar Campania, 12 gennaio 2010, n. 68, in www.ambientediritto.it.
- [16] Tar Campania, 21 maggio 2009, n. 2466, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [17] Tar Puglia, 5 luglio 2006, n. 2725, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [18] Tar Piemonte, 4 luglio 2008, n. 1484, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [19] Tar Lazio, 22 aprile 2014, n. 4366, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [20] Tar Campania, 14 gennaio 2016, n. 188, in www.reteambiente.it; Tar Campania, 31 marzo 2010, n. 1752 in www.reteambiente.it.
- [21] Tar Lazio, 15 luglio 2015, n. 9471, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [22] Tar Friuli Venezia Giulia, 4 maggio 2016, n. 156; in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, 15 luglio 2015, n. 9471, in www.reteambiente.it.
- [23] Tar Lazio, 20 febbraio 2012, n. 1692, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [24] Consiglio di Stato, 6 giugno 2012, n. 3329, in www.reteambiente.it
- [25] Tar Lazio, 29 marzo 2011, n. 2740, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [26] Tar Lazio, sez. III, 30 dicembre 2014, n. 11646, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, 30 dicembre 2014, n. 13273, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [27] Consiglio di Stato, sezione V, 13 settembre 2016, n. 3856, in www.tuttoambiente.it.
- [28] Tar Bolzano, 21 dicembre 2008, n. 378, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [29] Consiglio di Stato, ordinanza 30 agosto 2011, n. 4833, in www.giustamm.it.
- [30] Consiglio di Stato, 20 agosto 2013, n. 4181, in www.reteambiente.it.
- [31] Consiglio di Stato, sez. III, n. 4636, del 6 ottobre 2015, in www.diritto.it.
- [32] Tar Emilia Romagna, 4 febbraio 2013, n. 76, in www.giustamm.it.
- [33] Consiglio di Stato, 18 ottobre 2011, n. 5571, in www.altalex.it.
- [34] Tar Basilicata, 8 marzo 2013, n. 127 in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Marche, 22 maggio 2015, n. 431, in www.giustizia-amministrativa.it.

- [35] Tar Veneto, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 1335, in www.dirittoegiustizia.it.
- [36] Tar Liguria, 27 ottobre 2007, n. 1870, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [37] Corte di Giustizia europea, sez. IV, sentenza 16 dicembre 2010, in www.giustamm.it.
- [38] Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, 15 gennaio 2013, C-416/10, in www.dirittoambiente.it.
- [39] Consiglio di Stato, 31 marzo 2016 n. 1261, in www.ilquotidianodellapa.it
- [40] Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2011 n. 795, in www.giustamm.it.
- [41] Consiglio di Stato sez. VI, 30/07/2010, n. 5062, in www.ambientediritto.it.
- [42] Corte di Giustizia europea, sez. V, 6 ottobre 2015, C-71/14 in <http://curia.europa.eu>.
- [43] Corte di Giustizia europea, Sez.Un. 19 dicembre 2013, C279/12 in <http://curia.europa.eu>.
- [44] Corte di Giustizia europea, sez. II, 18 luglio 2013, C 515/11, in <http://curia.europa.eu>.
- [45] Causa C-204/09: Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesverwaltungsgericht (Germania) l' 8 giugno 2009 — Flachglas Torgau GmbH/Repubblica federale di Germania, in <http://curia.europa.eu/>
- [46] Tar Lazio 30 gennaio 2012, n. 966, in www.retemambiente.it.
- [47] Tar Calabria, 6 novembre 2012, n. 652, in www.giustamm.it.
- [48] Tar Calabria, 9 dicembre 2014, n. 793, in www.reteambiente.it; Tar Calabria, 25 febbraio 2010, n. 133, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [49] Tar Calabria 3 novembre 2009, n. 818, in www.ambientediritto.it.
- [50] Tar Campania, Salerno, 21 dicembre 2009, n. 7985, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [51] Tar Calabria, 16 dicembre 2010, n. 1724, in www.reteambiente.it; Tar Lombardia, 20 novembre 2007, n. 6380, in www.giustizia-amministrativa.it.
- [52] Consiglio di Stato, 6 giugno 2012, n. 3329, in www.ambientediritto.it.
- [53] Tar Lazio, 19 gennaio 2011, n. 473, in www.ambientediritto.it
- [54] Tar Lombardia, 19 novembre 2009, n. 2229, in www.ambientediritto.it.
- [55] Articolo 251 (Censimento ed anagrafe dei siti da bonificare)

1. Le regioni, sulla base dei criteri definiti dall'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), predispongono l'anagrafe dei siti oggetto di procedimento di bonifica, la quale deve contenere:

- a) l'elenco dei siti sottoposti ad intervento di bonifica e ripristino ambientale nonché degli interventi realizzati nei siti medesimi;
- b) l'individuazione dei soggetti cui compete la bonifica;
- c) gli enti pubblici di cui la regione intende avvalersi, in caso di inadempienza dei soggetti obbligati, ai fini dell'esecuzione d'ufficio, fermo restando l'affidamento delle opere necessarie mediante gara pubblica ovvero il ricorso alle procedure dell'articolo 242.

2. Qualora, all'esito dell'analisi di rischio sito specifica venga accertato il superamento delle concentrazioni di rischio, tale situazione viene riportata dal certificato di destinazione urbanistica, nonché dalla cartografia e dalle norme tecniche di attuazione dello strumento urbanistico generale del comune e viene comunicata all'Ufficio tecnico erariale competente.

3. Per garantire l'efficacia della raccolta e del trasferimento dei dati e delle informazioni, l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) definisce, in collaborazione con le regioni e le agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, i contenuti e la struttura dei dati essenziali dell'anagrafe, nonché le modalità della loro trasposizione in sistemi informativi collegati alla rete del Sistema informativo nazionale dell'ambiente (SINA). A norma dell'art. 4, comma 2, D.Lgs. 29 giugno 2010, n. 128, nel presente provvedimento le parole «Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici» sono state sostituite dalle parole «Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale» e le parole «APAT» sono state sostituite dalle parole «ISPRA».

La Corte costituzionale con sentenza 16-24 luglio 2009, n. 247 (Gazz. U . 29 luglio 2009, n. 30, 1ª Serie speciale) ha dichiarato, fra l'altro, inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 251 sollevata, in riferimento all'art. 117 della Costituzione e non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 251 sollevata, in riferimento all'art. 76 della Costituzione.

[56] Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 17 marzo 2014, n. 809, in www.giustizia-amministrativa.it.

[57] Tar Lazio, sez. III ter, 14 marzo 2014, n. 2875, in www.giustizia-amministrativa.it.

[58] Tar Lazio, sez. I ter, 10 giugno 2015, n. 7719, in www.giustizia-amministrativa.it.

[59] Tar Sicilia, 19 marzo 2010, n. 777, in www.giustizia-amministrativa.it.

[60] Tar Sicilia, 6 marzo 2014, n. 748, in www.giustizia-amministrativa.it.

[61] Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 22 febbraio 2014, n. 536, in www.giustizia-amministrativa.it.

[62] Tar Liguria, 27 ottobre 2007, n. 1870, in www.giustizia-amministrativa.it.

[63] Tar Calabria, 9 febbraio 2009, n. 122, in www.reteamambiente.it.

[64] Tar Campania, 31 marzo 2010, n. 1752, in www.giustizia-amministrativa.it.

[65] Tar Campania, 31 marzo 2010, n. 1752, in www.ambientediritto.it.

[66] Tar Veneto 28 aprile 2015, n. 460, in www.giustizia-amministrativa.it.

[67] Tar Calabria, 9 gennaio 2014, n. 38, in www.giustizia-amministrativa.it.

[68] Tar Puglia, sez. I, 8 ottobre 2009, n. 2286, in www.giustizia-amministrativa.it.

[69] Tar Catania, 748/2014, cit.

[70] L'articolo 5, comma 2, lett. c) del d.lgs. 195/2005 stabilisce che l'accesso debba essere negato quando la divulgazione dell'informazione rechi pregiudizio allo svolgimento di procedimenti giudiziari o alla possibilità per l'autorità pubblica di svolgere indagini per l'accertamento di illeciti.

[71] Tar Lazio, III ter, 6 luglio 2015, 2421, in www.giustizia-amministrativa.it.

[72] Tar Bolzano, 30 gennaio 2012, n. 38, in www.giustizia-amministrativa.it.

[73] Tar Lombardia, 17 novembre 2011, n. 1578, in www.giustizia-amministrativa.it.

[74] Tar Sardegna 11 luglio 2014, n. 599, in www.giustizia-amministrativa.it.

[75] Tar Lombardia, 24 agosto 2012, n. 1460, in www.giustizia-amministrativa.it.

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

La professionalizzazione della pubblica amministrazione nella riforma Madia

BARBARA GAGLIARDI[1]

L'intervento sul lavoro pubblico definito dalla legge delega nota come "riforma Madia"[2] investe molteplici istituti: la dirigenza, anche con la soppressione del ruolo dei segretari comunali, la responsabilità disciplinare, la valutazione della *performance*, la contrattazione integrativa, l'integrazione dei disabili impiegati nelle pubbliche amministrazioni, il lavoro flessibile e altri ancora.

È già stato evidenziato come il "perno" della riforma sia rappresentato dal principio del pubblico concorso (art. 97, co. 4°, Cost.)[3] che è riaffermato per l'assunzione del personale di livello apicale e non, e che ispira altresì il conferimento degli incarichi dirigenziali.

Si conferma così un'evoluzione cui ha dato anzitutto impulso l'intervento "in difesa del pubblico concorso" dispiegato negli ultimi vent'anni dal giudice costituzionale, cui il legislatore ha fatto eco solo in tempi recenti[4]. Il riferimento è alle decine di sentenze pronunciate sin dagli anni '90 sui concorsi interni[5], seguite negli anni 2000 da quelle sulle stabilizzazioni che hanno caratterizzato specialmente il contenzioso in via principale nei confronti della legislazione regionale, dimostratasi spesso particolarmente "attenta" alle esigenze del personale detto "precario".

Contenzioso tutto che ha ricordato il carattere eccezionale della deroga al principio concorsuale e specialmente al carattere "pubblico" - nel senso di aperto al pubblico - del concorso, che si giustifica solo ove sia possibile addurre «straordinarie esigenze di interesse pubblico»[6].

La legge delega si pone nel solco della giurisprudenza costituzionale e fa del concorso uno strumento di "moralizzazione" della pubblica amministrazione ma anche di razionalizzazione della spesa pubblica e di ricambio generazionale.

Se il concorso è il "*fil rouge*" della riforma, non manca l'attenzione ad altri istituti che si assumono capaci di favorire una maggiore professionalizzazione dell'amministrazione: la formazione con la riforma della Scuola Nazionale d'Amministrazione (S.N.A.), la mobilità con l'unificazione dei ruoli della dirigenza e il progressivo superamento delle dotazioni organiche come limite alle assunzioni, la valutazione della *performance* con la semplificazione delle relative procedure.

1. La professionalità di funzionari e dipendenti pubblici.

La valorizzazione della professionalità di funzionari e dipendenti pubblici trova nel principio del concorso pubblico un'ineludibile garanzia di effettività.

È noto infatti che il metodo concorsuale di selezione si è affermato negli ordinamenti degli stati moderni quale strumento di tutela dell'eguale accesso dei cittadini agli impieghi nella pubblica amministrazione (art. 51 Cost.), ma altresì per la verifica dell'adeguata preparazione dei candidati, contemporaneamente al perfezionarsi del processo di professionalizzazione dell'amministrazione pubblica[7].

Nello stesso senso - di riconoscimento e rafforzamento della professionalità - si pone la

valorizzazione del titolo di dottore di ricerca (art. 17, co. 1°, lett. f)[8], quella delle esperienze maturate all'estero per i dirigenti, l'accertamento della conoscenza della lingua inglese o di altre lingue quale requisito di partecipazione alle selezioni o titolo di merito (art. 17, co. 1°, lett. e)[9] o ancora, per la dirigenza, la nuova disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali (art. 11), quella sugli obblighi formativi e sul ruolo della ridisegnata Scuola Nazionale d'Amministrazione, e così via.

Corrisponde alla valorizzazione della professionalità dei funzionari altresì il principio o criterio direttivo per cui le prove concorsuali debbono privilegiare «l'accertamento della capacità dei candidati di utilizzare e applicare a problemi specifici e casi concreti le nozioni teoriche», superando quello che talora è stato indicato come un eccessivo nozionismo delle prove d'esame, in cui in passato si è rinvenuto un limite quasi “coessenziale” al concorso pubblico[10].

Il principio del concorso talora è stato messo in discussione proprio in ragione della – vera o presunta – inadeguatezza delle prove ad assicurare una selezione appropriata, a confronto con assunzioni effettuate «con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 5), confondendosi il principio di una selezione imparziale e meritocratica con le modalità della sua attuazione.

Il dibattito sul contenuto delle prove d'esame richiama l'alternativa tra «*practical*» e «*literary skills*», che è da tempo nota e discussa in tutte le esperienze ove si è affermato un reclutamento meritocratico e aperto a chiunque sia in possesso dei requisiti previsti dalla legge. Basti pensare che essa compare già nel *Northcote-Trevelyan Report* del 1854 che è ricordato anzitutto per aver favorito nel Regno Unito l'introduzione del c.d. “*merit system*” in sostituzione di un sistema di reclutamento dominato da compravendita dei posti e clientelismo[11].

Le critiche al carattere eccessivamente “accademico” delle prove d'esame – che appaiono lontane dal lavoro quotidiano e dunque dalle esigenze dell'amministrazione – corrispondono all'alternativa tra accertamento delle «capacità e attitudini» oppure delle *conoscenze* dei candidati.

Già secondo J.S. Mill queste ultime da sole sono «poco più di un peso morto», se non si accompagnano al possesso di talune qualità e capacità “ulteriori”, che all'epoca parevano sufficientemente garantite dalla provenienza dalle migliori università del paese[12] e dalla formazione di tipo letterario da queste dispensata.

Più di recente le critiche – in certa misura condivise anche nelle sedi più istituzionali deputate al controllo sugli atti del Governo[13] - sono soprattutto rivolte alle classiche prove di cultura generale[14] che si assumono inadeguate perché prive di rapporto con le mansioni che si andranno a esercitare.

Ciò che tuttavia si dimentica è che la selezione sulla cultura generale è propria del modello “di carriera” del lavoro pubblico perché mira a individuare un candidato destinato a trascorrere nella pubblica amministrazione tutta – o gran parte della – sua vita professionale. Non rileva la sua capacità di ricoprire un posto in particolare (ad es. la conoscenza della disciplina degli appalti pubblici per un posto nell'ufficio acquisti, o la capacità di applicare gli istituti contrattuali per un impiego nell'ufficio del personale), ma la sua generale idoneità a entrare nella pubblica amministrazione per porsi «al servizio della Nazione» (art. 98, Cost.), ricoprendo gli impieghi corrispondenti al suo profilo e livello d'inquadramento che via si renderà disponibili.

Resta che la selezione sulla cultura generale rischia talora di nascondere un reclutamento discriminatorio, che avvantaggia – per l'accesso ai livelli superiori di carriera – chi ha potuto avere condizioni privilegiate per risorse economiche e culturali, in sostanziale contraddizione con il principio dell'eguale accesso agli impieghi pubblici (art. 51, Cost.)[15].

È possibile infatti ne risultino penalizzati i ceti sociali disagiati e specialmente le minoranze etniche o

razziali, in contraddizione con il carattere di diritto politico – cioè di “partecipazione alla *polis*” – dell’accesso agli impieghi pubblici.

Nella tradizione giuridica occidentale e sin dalla Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, tale carattere ha fatto del concorso uno strumento d’integrazione e di rafforzamento dell’identità nazionale, poiché riservava il governo della *res publica* a quanti fossero ad essa legata dal vincolo di appartenenza sotteso alla cittadinanza.

La *ratio* identitaria ad esso sottesa mal si concilia tuttavia con quella inclusiva necessaria nelle emergenti società multietniche o multiculturali ove il tipo o livello di conoscenze richieste ai candidati non sia acquisibile nelle scuole «di ogni ordine e grado» istituite dallo Stato per soddisfare il diritto dei cittadini all’istruzione (artt. 33 e 34, Cost.).

In altre parole, è la scuola (e università) pubblica, in tutte le sue articolazioni e sino ai «gradi più alti degli studi», a dover fornire ai «capaci e meritevoli» gli strumenti utili a una piena partecipazione alla vita politica e sociale della Repubblica, anche offrendo le conoscenze necessarie all’accesso agli impieghi pubblici.

2. I concorsi unici.

È probabilmente la riaffermazione dei concorsi unici – o, secondo la lettera della legge delega, «concorsi in forma centralizzata o aggregata», utili ad assicurare «omogeneità qualitativa e professionale in tutto il territorio nazionale per ruoli equivalenti» (art. 17 co. 1°, lett. c, l. n. 124 del 2015, cit.) - l’elemento su cui la riforma sembra investire maggiormente.

Anche qui il modello è noto da tempo: se ne rinvennero tracce nei lavori della commissione de Stefani del 1929, in quella per le riforme costituzionali presieduta da Forti nel 1945-46, ancora nel c.d. “Rapporto Giannini” del 1979[16], sino a trovare accoglimento nella disciplina di attuazione della contrattualizzazione con i concorsi unici nazionali banditi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica[17] e di recente nel c.d. decreto D’Alia del 2013[18].

L’aggregazione non esclude, ma anzi idealmente si completa nel decentramento delle procedure, qui espresso dall’obbligo di «effettuare le prove in ambiti territoriali sufficientemente ampi da garantire adeguate partecipazione ed economicità» (art. 17, co. 1°, lett. c, cit.), ambiti territoriali già identificati «di norma» con il livello regionale, quantomeno per le amministrazioni dello Stato e delle aziende autonome (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 35, co. 5°).

In tal senso si intende consentire alle amministrazioni di reclutare attraverso le stesse procedure profili comuni a più enti (es. assistenti amministrativi, contabili, informatici, ecc.), organizzando poche selezioni comuni su base regionale o infra-regionale, in modo da ridurre il numero di concorsi, ottenere un abbassamento dell’assenteismo dei candidati e favorire la specializzazione degli addetti agli uffici incaricati delle procedure.

Come si è già rilevato per i sistemi di aggregazione della domanda negli appalti pubblici[19], il concorso unico è capace di realizzare economie di scala e di aumentare la professionalità degli operatori nella gestione dei procedimenti selettivi. Nel contempo garantisce un’effettiva pubblicità – e si potrebbe dire “concorrenza” tra i candidati – in ragione della capacità di attrazione che caratterizza un concorso per un elevato numero di posti di impiego, in confronto con le selezioni per poche unità di personale talora indette dai singoli enti.

Il decentramento a propria volta riduce i costi dello spostamento per i candidati e allontana i sospetti di “favoritismi regionali”.

D’interesse è l’affermazione del concorso di livello provinciale per il personale degli enti locali,

preannunciato peraltro già dalla c.d. Riforma del Rio, che prevede la possibilità per province e città metropolitane di svolgere funzioni di organizzazione dei concorsi “d’intesa con i comuni”[20].

L’aggregazione ricorda qui l’esperienza francese, ove il reclutamento della *fonction publique territoriale* è affidato a enti – statali, ma con circoscrizione dipartimentale – che - per preservare il principio costituzionale di “*libre administration*” degli enti locali - stilano liste degli idonei in ordine alfabetico, cui le *collectivités locales* sono libere di attingere, secondo un modello che preserva una comparazione quantomeno rispetto agli esclusi.

3. Il ricambio generazionale.

Altre previsioni rafforzano il principio del pubblico concorso: così anzitutto la «riduzione del termine di durata delle graduatorie», ove tuttavia sarebbe bastato riaffermare il principio generale della durata triennale (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 35, co. 5 ter), anche se non è stato utile a evitare proroghe periodiche e ripetute, talora spintesi sino a quintuplicare l’originario termine di scadenza.

La limitazione del termine di durata delle graduatorie va letta in combinato disposto con il contenimento del numero di “idonei” non vincitori, che sono del tutto esclusi per il reclutamento della dirigenza, che questo avvenga per corso-concorso o per concorso (art. 11, co. 1°, lett. c, n. 1 e 2), e contenuti entro «limiti assoluti e percentuali, in relazione al numero dei posti banditi» per gli altri livelli d’inquadramento (art. 17, co. 1°, lett. c).

Entrambe le previsioni sembrano cogliere quell’imperativo di ricambio generazionale correlato a un’età media di cinquant’anni, che rende il pubblico impiego italiano il più vecchio d’Europa[21].

L’inversione di tendenza è netta al confronto con il più ampio intervento sull’impiego pubblico che ha preceduto quello in esame, il c.d. decreto d’Alia, ove al contrario si imponeva il previo scorrimento delle graduatorie degli idonei sino ad esaurimento quale condizione insopprimibile per l’indizione di nuove procedure aperte al pubblico[22].

Le esigenze di contenimento della spesa pubblica hanno da tempo condotto a ribaltare il rapporto regola-eccezione che ha caratterizzato l’alternativa concorso pubblico-scorrimento di una graduatoria preesistente: la tradizione considerava il concorso un principio generale derogabile solo eccezionalmente e «per straordinarie esigenze di interesse pubblico» anche a fronte della possibilità di utilizzare una graduatoria ancora vigente[23]. E ciò sulla scorta della considerazione per cui lo scorrimento rappresenta comunque una limitazione del diritto di «*tutti i cittadini*» di accedere ai pubblici uffici in condizione di eguaglianza (art. 51, Cost.).

È la considerazione del risparmio di spesa consentito dallo scorrimento a determinare l’inversione del principio, per cui si afferma l’obbligo di motivare specificamente l’opposta scelta di indire una nuova procedura di selezione[24], giungendosi in fine a riconoscere un “diritto allo scorrimento” a beneficio non dei soli vincitori dei concorsi, ma sinanco degli idonei[25].

La scelta sacrifica tuttavia le aspirazioni dei più giovani, e con esse quelle di un reclutamento capace di selezionare le migliori professionalità disponibili, rinunciando a un ricambio generazionale che pare irrinunciabile. Non solo perché secondo alcune analisi il periodo di massima creatività – e dunque capacità d’innovazione – si esaurisce circa a 35 anni, ma anche per sfruttare l’opportunità offerta dalla crisi economica, che, per la prima volta da molto tempo, sta rendendo la pubblica amministrazione capace di attirare i più brillanti giovani laureati.

4. La riforma della dirigenza e il conferimento degli incarichi

dirigenziali.

Il principio di una selezione meritocratica e imparziale si afferma infine per il conferimento degli incarichi dirigenziali, ove si prescrivono «procedure comparative con avviso pubblico», affermando un obbligo di comparazione che era stato escluso dalla giurisprudenza d'inizio anni 2000 insieme all'obbligo di motivazione in ragione della natura “datoriale” degli atti di gestione del rapporto di lavoro (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 5, co. 2°).

È da dire che gli obblighi di comparazione e di motivazione erano stati da tempo recuperati in ragione di una lettura dei principi di correttezza e buona fede che ispirano l'esecuzione del rapporto (artt. 1175 e 1375 c.c.) “alla luce” dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento[26].

Il carattere pubblico dell'organizzazione si afferma dunque anche innanzi al giudice ordinario che giunge a imporre obblighi di pubblicità (motivazione del conferimento, comparazione tra i candidati) naturalmente estranei ai rapporti professionali gestiti «con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 5, co. 2°), ma che diventano necessari in vista della tutela dell'interesse pubblico.

Se in passato il legislatore aveva raccolto l'evoluzione nel prevedere l'obbligo di conferimento previo avviso sul sito istituzionale dell'ente[27], con la riforma in commento vi aggiunge – espressamente – l'obbligo di comparazione delle candidature, che pure era già stato ritenuto corollario dell'obbligo di motivare la scelta.

Riemergono così alla luce gli interessi pubblici sottesi al conferimento degli incarichi dirigenziali: gli obblighi procedurali sono strumentali alla tutela anzitutto dell'interesse sovraindividuale correlato a imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, co. 2°, Cost.).

All'evoluzione in tal senso non corrisponde tuttavia quella che ne sarebbe la naturale conseguenza in termini di giurisdizione, e cioè l'attrazione del relativo contenzioso alla giurisdizione del giudice amministrativo, giudice naturale dell'interesse pubblico e della dimensione di macro-organizzazione a questo correlata[28].

Il punto è di assoluto rilievo, non solo per i caratteri di un sindacato attento alla tutela dell'interesse pubblico, ma anche per l'affermazione di una tutela costitutiva e di annullamento degli affidamenti illegittimi, in luogo di quella meramente risarcitoria riconosciuta dal giudice del lavoro. Tutela meramente risarcitoria che nel contenzioso sugli incarichi si traduce essenzialmente nel risarcimento del c.d. “danno da perdita di chances”, e ciò nonostante il giudice del lavoro possa adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni «tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati» (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, co. 2°).

Le norme sul conferimento degli incarichi si inseriscono in un ampio disegno di riforma della dirigenza pubblica inteso ad aumentarne la professionalità attraverso la valorizzazione e semplificazione della mobilità, l'inasprimento del reclutamento, la riforma del sistema di formazione[29].

Così, sono istituiti i “ruoli unici” della dirigenza pubblica (dirigenza statale, regionale, degli enti locali) articolati in una sola fascia e gestiti dal dipartimento della Funzione pubblica, che cura altresì la tenuta della “banca dati del Sistema della dirigenza pubblica”, destinata a censire gli uffici di livello dirigenziale e i relativi titolari[30].

L'unificazione dei ruoli è corollario dell'aggregazione dei concorsi e vuole facilitare il passaggio da un'amministrazione all'altra – che avviene con la cessione del contratto al nuovo datore di lavoro, in costanza di iscrizione al ruolo –, secondo un processo favorito dalla riduzione dei comparti di contrattazione collettiva e delle corrispondenti aree della dirigenza (da n. 12 a n. 4)[31].

A ogni ruolo dovrebbe corrispondere una commissione nazionale di esperti incaricata di poteri di indirizzo e controllo sui principali atti di gestione della dirigenza, dal conferimento degli incarichi, alla valutazione della performance, sino ai procedimenti intesi a far valere la responsabilità dirigenziale[32], secondo un disegno simmetrico che solo recentemente ha incontrato, unitamente ad altre norme della legge delega, la censura della Corte costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione (art. 120 Cost.)[33].

Parallelamente, si prevede il riordino delle responsabilità dirigenziali, ove l'affastellarsi di riforme degli ultimi anni aveva introdotto nuove ipotesi tipiche di responsabilità disciplinare sovrapposte alle responsabilità civili e talora anche a quella dirigenziale[34].

È quest'ultima in particolare che necessita di un rafforzamento, insieme ai procedimenti di valutazione[35], a fronte di una prassi amministrativa che l'ha resa essenzialmente lettera morta svuotando di effettività il principio di separazione tra politica e amministrazione e la tanto ricercata "managerializzazione della dirigenza pubblica".

Il governo vi provvede anzitutto tipizzando le ipotesi di mancato raggiungimento degli obiettivi, che vanno dalla valutazione negativa della struttura di appartenenza al mancato controllo sulle presenze del personale, sino al «mancato rispetto delle norme sulla trasparenza che abbiano determinato un giudizio negativo dell'utenza sull'operato della pubblica amministrazione»[36], con un intervento per il momento insufficiente alla bisogna.

Ancor più stupisce la norma di cui allo schema di decreto delegato che prevede, per quanti siano rimasti senza incarico, non solo il mantenimento del trattamento economico fondamentale per il primo anno (con riduzione del 30% per il secondo), ma anche il conferimento di un incarico dirigenziale d'ufficio e senza procedura comparativa al decorso del secondo anno.

Un "salvataggio d'ufficio" che mal si concilia con gli imperativi di professionalizzazione e responsabilizzazione della dirigenza pur sottesi alla riforma.

[1] Professoressa Associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino.

[2] L. 7 agosto 2015, n. 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

[3] S. Battini, *La riforma della pubblica amministrazione – le norme sul personale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 621 ss. Per altri commenti: A. Boscati, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *Lav. p.a.*, 2014, 233 ss.; A. Venanzoni – M. Boldrini, *Per una nuova narrazione del lavoro alle pubbliche dipendenze*, in *Amministrazione in cammino*, 14.11.2015. Si veda altresì il num. 3 del 2015 della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* (Riv. giur. lav.) e ivi in particolare i contributi di T. Vettor, *Reclutamento e modernizzazione dell'impiego pubblico*, M. D'Onghia, *La formazione dei dipendenti pubblici ancora cenerentola tra esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa*, L. Zoppoli, *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*.

[4] Fra le molte da ultimo: Corte cost., 25 novembre 2016, n. 248; Corte cost., 30 gennaio 2015, n. 7; Corte cost., 19 maggio 2014, n. 134; Corte cost., 16 luglio 2013, n. 227; Corte cost., 1 luglio 2013, n. 167; Corte cost., 13 giugno 2013, n. 137; Corte cost., 22 maggio 2013, n. 105; Corte cost., 23 aprile 2013, n. 72; Corte cost., 12 aprile 2012, n. 90; Corte cost., 5 marzo 2012, n. 51; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 30. Il legislatore ha recepito l'orientamento del giudice costituzionale nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 52, co. 1 *bis*.

[5] Tra le prime si ricordano in particolare Corte cost., 4 gennaio 1999, n. 1 relativa a un concorso

interno del ministero delle finanze e prima ancora Corte cost., 19-31 ottobre 1995, n. 479 e Corte cost., 15-30 dicembre 1994, n. 459.

[6] Cfr. *supra*, giurisprudenza citata in nt. 3.

[7] Sul punto si consenta il rinvio a B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, Jovene, 2012, 139 ss. Sulla professionalizzazione dell'amministrazione in particolare: M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922-1956), trad. it. *Economia e società*, Milano, 1980, vol. IV e più di recente: E. Stumpo, *L'organizzazione degli stati: accentramento e burocrazia*, in N. Tranfaglia – M. Firpo (dir.), *La storia: L'Età Moderna, I quadri generali*, Torino, 1987, 432-435; V. Ferrone, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento*, in P. Alatri, (a cura di), *L'Europa tra Illuminismo e Restaurazione*, Scritti in onore di Furio Diaz, Roma, 1993, 159; J. Vicens Vives, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in Rotelli, E. – Schiera, P. (a cura di), *Lo Stato moderno*, Vol. I. *Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1972, 221-245/1972, 230.

[8] Diversamente, la norma che prevede la «soppressione del requisito del voto minimo di laurea per la partecipazione ai concorsi» rappresenta l'esito del dibattito sulla c.d. “abolizione del valore legale del titolo di studio”. In tema cfr. da ultimo: E. Carloni, F. Merloni, A. Pioggia, *Sul valore legale del titolo di studio*, in *www.astridonline*, 2012; B.G. Mattarella, *L'equivoco del valore legale dei titoli di studio*, in *Nel-Merito.com*, 2012; F. Merusi, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2009, 755.

[9] Benché l'accertamento delle lingue fosse previsto – unitamente a quello delle conoscenze informatiche – quale contenuto obbligatorio dei bandi di concorso «a decorrere dal 1° gennaio 2000»: d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 37.

[10] In tal senso tra gli altri: M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 262 ss. e più di recente S. Vinti, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione della regola e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, 34.

[11] Cfr. R. Lowe, *The Official History of the British Civil Service, Reforming the Civil Service, Volume 1: The Fulton years, 1966-81*, London and New York, 2011, 18 ss.

[12] Nel Regno Unito è il Fulton Report (1968) a preconizzare il superamento del sistema di reclutamento che privilegia i candidati provenienti da “Oxbridge”: cfr. C. Pilkington, *The Civil Service in Britain today*, Manchester and New York, 1999, 18 ss.; C. Pinelli, *Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi, La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 323 ss.

[13] Cfr. Cons. St., comm. spec. atti normativi, 14 ottobre 2016, n. 2113/2016, 48, *parere sullo schema di decreto legislativo recante Disciplina della dirigenza della Repubblica*, ove si evidenzia come l'impianto della Scuola nazionale dell'amministrazione «sia rimasto fermo ad una visione incentrata su attività didattiche tradizionali mediante la previsione di corsi assimilabili a quelli universitari piuttosto che a forme nuove di formazione teorico-pratica in grado di preparare al meglio i futuri dirigenti della Repubblica».

[14] In tal senso in Francia si v. ad es. M. Dorne - Corraze et A., *L'organisation et le pilotage des recrutements au sein de la fonction publique, Rapport au Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique*, Paris, 2008, 48 ss. e, per l'attuazione del rapporto: Circulaire Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, 20 juin 2008, ove si prevede il divieto di somministrare prove di cultura generale per i concorsi delle categorie di livello più basso. Da ultimo in tema G. Marcou, *L'accès aux emplois publics*, Paris, 2014, 155-160.

[15] Cfr. J.M. Eymeri-Douzans, *Les concours à l'épreuve*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 315 ss.; C. Oger, *Les épreuves de culture générale du concours de l'Ena*,

entre discours légitime et mémoire institutionnelle, *ivi*, 2012, 391 ss. ; F. Larat – F. Edel, Les emplois publics sont-ils accessibles à tous ?, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2015, 5-13; Y. L'Horty, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier Ministre, Paris, Juin 2016, 46-48.

[16] Cfr. S. Sepe, *Per una storia della formazione dei funzionari statali in Italia*, in A. Varni e G. Melis (a cura di), *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, Torino, 1997, 185.

[17] D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, *Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi*, artt. 19-20-21.

[18] D.l. 31 agosto 2013, n. 101, *Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, art. 3 quinquies, conv. in l., con mod., dall' art. 1, c. 1, l. 30 ottobre 2013, n. 125, in tema si consenta il rinvio a B. Gagliardi, *La conversione del « decreto D'Alia » e la riforma del reclutamento dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 347 ss.

[19] G.M. Racca, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada* n. 1/2014, www.apertacontrada.it; Id., *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, III, 2259 ss. Si riferisce ad una "centrale unica dei concorsi": G. D'Alessio, *Il reclutamento del personale e della dirigenza nella legge n. 124 del 2015*, in *Astrid Rassegna*, n. 2/2016, 4.

[20] Cfr. l. 7 aprile 2014, n. 56, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, art. 1, co. 44 lett. c e co. 88.

[21] Da ultimo cfr. European Commission, *Country Report Italy 2016*, Brussels, 26.2.2016, SWD(2016) 81 final, 63; Corte dei conti, sez. riun. contr., *Relazione 2016 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, maggio 2016, 99 ss. Aran, *Anzianità ed età del personale pubblico*, *Aran Occasional Paper*, n. 3/2013, in www.aranagenzia.it. Sul punto si consenta il rinvio a B. Gagliardi, *Il divieto di discriminazione in ragione dell'età nell'ordinamento dell'Unione europea e i pubblici concorsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 233 ss.

[22] D.l. n. 101 del 2013, cit., art. 4, co. 3.

[23] Cfr. fra le molte Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7244 ; Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7243.

[24] Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14; cfr. V. Talamo, *Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 920 ss.

[25] Cfr. D.l. n. 101 del 2013, cit., art. 4, co. 3. In tema da ultimo cfr. S. Zoppetti, *Mobilità e pubblico concorso tra obbligatorietà e preferenza*, in questa *Rivista*, 2016, n. 3.

[26] Cfr. Cass., sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495; Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21671; Cass., sez. VI, 12 ottobre 2010, n. 21088 ; Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814. Cfr. A. Pioggia, *Funzione amministrativa e giudice del lavoro*, in *Lav. p.a.*, 2007, 397 ss.; Id., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano 2004, 28 ss.

[27] Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, art. 19, co. 1 bis, introd. dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 40.

[28] Il testo unico del pubblico impiego espressamente devolve la giurisdizione sul «conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali» al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro: d.lgs. n. 165

del 2001, art. 63, co. 1°. Anche secondo il Consiglio di Stato occorre stabilire se le procedure di conferimento degli incarichi abbiano «connotati tali da poter essere ricondotte al paradigma normativo delle “procedure concorsuali”» al fine del corrispondente riparto di giurisdizione (Cons. St., comm. spec. atti normativi, n. 2113/2016, cit., 108-109). Per l’affermazione della giurisdizione del g.o. da ultimo: Cass., sez. un., 8 giugno 2016, n. 11713; Cons. St., sez. III, 8 novembre 2016, n. 4652.

[29] Con la trasformazione della Scuola Nazionale d’Amministrazione in agenzia che svolge anzitutto un ruolo di accreditamento delle istituzioni operanti nel settore della formazione.

[30] Cfr. lo schema di decreto legislativo sulla dirigenza ancora in fase di elaborazione, art. 2.

[31] Cfr. d.lgs. n. 165 del 2001, art. 40, co. 2°, come mod. dal d.lgs. n. 150 del 2009, art. 54, attuato con l’*Ipotesi di contratto collettivo nazionale quadro per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale 2016-2018*, del 4.04.2016.

[32] Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251.

[33] Secondo la Corte l’adozione dei decreti legislativi deve essere preceduta dall’intesa in sede di conferenza e non dal semplice parere delle regioni:

[34] Un esempio è dato dalla disciplina in tema di violazione dell’obbligo di conclusione del procedimento mediante un provvedimento espresso, di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 2.

[35] Cfr. Cons. St., comm. spec. atti normativi, n. 2113/2016, cit., 27.

[36] Cfr. lo schema di decreto legislativo sulla dirigenza ancora in fase di elaborazione, art. 5, di riforma del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 21.

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Regolamento edilizio unico: rapporti con la disciplina regionale e locale

SARAH BALLARI[1]

L'adozione del regolamento edilizio tipo, previsto dal cosiddetto decreto "sblocca Italia", nell'ambito delle politiche di semplificazione in materia di edilizia è in via di perfezionamento e già apre a molti interrogativi in ordine al rapporto con l'autonomia normativa e regolamentare delle Regioni e degli enti locali.

Il regolamento edilizio, che tutti conosciamo, è stato introdotto per la prima volta con la legge comunale e provinciale dello Stato italiano unitario del 20 marzo 1865, n. 2248 (allegato A) e con il successivo regolamento attuativo, approvato con regio decreto n. 2321 dell'8 giugno 1865, che prevedevano la facoltà per i consigli comunali di deliberare sui "regolamenti di igiene, edilizia e polizia locale" e individuavano come contenuto fondamentale del regolamento edilizio comunale la disciplina dei "piani regolatori dell'ingrandimento e di livellazione, o di nuovi allineamenti delle vie, piazze o passeggiate". Dal 1865, fino alla legge urbanistica nazionale del 1942, i regolamenti edilizi comunali svolsero un ruolo sostitutivo dei piani di natura urbanistica, integrando le norme più propriamente edilizie con prescrizioni di zonizzazione del territorio comunale[2].

Con la legge urbanistica nazionale n. 1150 del 17 agosto 1942 (articolo 33) viene istituito a pieno titolo il piano regolatore generale riferito all'intero territorio comunale e vengono compiutamente disciplinati i contenuti del regolamento edilizio, che diventa strumento obbligatorio del comune, incardinato nella normativa di pianificazione e uso del territorio in un'ottica di maggiore interrelazione tra progettualità edilizia e pianificazione urbanistica[3].

Il legislatore nazionale, con la legge sul condono edilizio n. 47 del 1985, introduce poi il regolamento edilizio tipo regionale al fine di uniformare i contenuti dei regolamenti edilizi comunali. Sulla scorta della legge nazionale, le Regioni, in forza della competenza legislativa in materia di "urbanistica" (affidata, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione nel testo antecedente alla riforma del titolo V del 2001, alla potestà concorrente regionale con i vincoli posti dai "principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato" e "dall'interesse nazionale e con quello di altre Regioni") hanno, quindi, dato avvio ad una stagione normativa in materia attraverso la fissazione di criteri generali per la formazione degli strumenti regolamentari comunali o predisponendo direttamente regolamenti edilizi tipo.

Questa ultima via è stata perseguita dalla Regione Piemonte, che, con la legge regionale n. 19 dell'8 luglio 1999, ha introdotto il regolamento edilizio tipo a livello regionale, in un'ottica di semplificazione e chiarezza delle procedure edilizie nei comuni, di uniformità dei regolamenti edilizi comunali, di innalzamento del livello di qualità del prodotto edilizio in rapporto all'ambiente e la fruibilità degli edifici da parte di tutti, nonché di trasparenza nei rapporti fra i cittadini e pubblica amministrazione.

Il Consiglio regionale, con deliberazione n. 548 - 9691 del 29 luglio 1999, ha, quindi, approvato il regolamento edilizio tipo, in cui sono stati definiti i parametri ed indici edilizi ed urbanistici che devono essere integralmente e obbligatoriamente inseriti nel regolamento edilizio del comune. In particolare, nel regolamento regionale tipo sono riportate le definizioni, definiti i criteri di

identificazione, le modalità di misurazione relative ai parametri ed agli indici edilizi ed urbanistici ritenuti indispensabili per individuare le caratteristiche dimensionali delle costruzioni e le loro relazioni con l'ambito territoriale nel quale sono inserite. In base al regolamento tipo, il comune, ove lo ritenga necessario, può introdurre definizioni relative ad ulteriori parametri ed indici o introdurre norme aggiuntive atte a disciplinare le relazioni tra le entità definite nel regolamento tipo o situazioni pertinenti alla conformazione fisica dei suoli o dei manufatti presenti sul territorio, purché non in contrasto con il regolamento tipo e valutando, in ogni caso, la pertinenza di inserire tali norme nel regolamento comunale o, piuttosto, di collocarle più idoneamente nelle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale.

Anche a livello procedurale, la l.r. 19/1999 dettaglia le modalità di approvazione del regolamento edilizio da parte del comune distinguendo due diverse fattispecie. La prima è rappresentata dal regolamento edilizio comunale, conforme al regolamento edilizio tipo, che viene approvato dal consiglio comunale e trasmesso alla Giunta regionale, che ha la facoltà di annullare disposizioni illegittime o non conformi al regolamento tipo[4]. La seconda fattispecie, relativa al regolamento edilizio comunale non conforme, anche in parte, al regolamento edilizio tipo, comporta la trasmissione della deliberazione del consiglio comunale di approvazione del regolamento comunale all'azienda sanitaria locale, ai fini dell'acquisizione del competente parere sugli aspetti igienico-sanitari, e la successiva approvazione da parte della Giunta regionale[5], finendo con configurare il regolamento comunale come atto complesso a complessità diseguale.

Il testo unico dell'edilizia, di cui al d.p.r. 380/2001, ha abrogato il sopra citato articolo 33 della legge 1150 del 1942, codificando il regolamento edilizio quale atto con cui si esprime l'autonomia statutaria e normativa dei comuni in materia di edilizia e con cui si disciplinano le modalità costruttive, con particolare riguardo al rispetto delle normative tecnico-estetiche, igienico-sanitarie, di sicurezza e vivibilità degli immobili e delle pertinenze degli stessi.

Il testo unico dell'edilizia, quindi, non si è limitato soltanto a riconoscere esplicitamente la competenza regolamentare dei Comuni in materia edilizia, ma l'ha ricondotta direttamente all'autonomia statutaria e normativa, di cui all'art. 3 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, alla luce del riconoscimento costituzionale dell'autonomia comunale *ex* articolo 114 della Costituzione e della relativa potestà regolamentare *ex* articolo 117, sesto comma, della Costituzione. Al riconoscimento della competenza regolamentare comunale in materia di edilizia fa da contraltare la puntualizzazione dell'oggetto di disciplina del regolamento comunale stesso, circoscritta solo più agli aspetti attinenti all'edilizia in senso stretto, tralasciando i profili più attinenti all'urbanistica e al procedimento amministrativo di rilascio dei titoli, in quanto già ampiamente normato dal testo unico stesso.

Sul fronte della compatibilità della sopra citata disposizione, di cui all'articolo 4 del d.p.r. 380/2001 relativa ai contenuti del regolamento edilizio comunale, rispetto alla potestà legislativa regionale *ex* articolo 117 della Costituzione (nella versione del titolo V di pochi mesi successivi all'emanazione dello stesso testo unico dell'edilizia), si sono avanzate differenti interpretazioni: alcune volte a considerarlo costituzionalmente orientato, riconducendo l'edilizia nell'alveo del "governo del territorio" di potestà concorrente, se non addirittura nell'alveo della potestà esclusiva statale ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera p), attraendo la potestà ad emanare il regolamento edilizio tra le funzioni fondamentali dei Comuni; altri orientamenti, opposti, volti a considerare gran parte delle norme del d.p.r. 380/2001 in contrasto con la Costituzione, facendo leva sulla "edilizia" come materia "a valle" del processo di disciplina dell'uso del territorio e, pertanto, come attività di carattere esecutivo della disciplina di rilevanza urbanistica di competenza legislativa residuale regionale.

Se alcuni dubbi di costituzionalità potevano ipotizzarsi in riferimento al citato articolo 4 del d.p.r. 380/2001, nel testo originario, lo scenario pare mutare completamente a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 17 *bis* del cosiddetto decreto "sblocca Italia"[6]. La norma, contenuta nel

comma 1 sexies dell'articolo 4 del d.p.r. 380/2001, prevede la conclusione, in sede di Conferenza unificata, di accordi o intese tra Governo, Regioni e autonomie locali per l'adozione di uno schema di regolamento edilizio-tipo al fine di semplificare ed uniformare le norme e gli adempimenti in materia edilizia.

Viene altresì precisato che tali accordi costituiscono livello essenziale delle prestazioni concernenti la tutela della concorrenza e i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Il legislatore statale, seppure a seguito di intesa o accordo, ha quindi avocato a sé l'adozione del regolamento edilizio unico, in cui saranno anche contenute le definizioni standardizzate e identiche dei parametri urbanistici ed edilizi da applicare in ogni comune. La competenza statale atta a definire il regolamento unico *bypassa* la potestà concorrente in materia di governo del territorio e va a fondarsi direttamente sulla potestà esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ossia quei parametri e criteri minimi che lo Stato può stabilire in ogni materia che ritenga di rilevanza sociale in riferimento ai "diritti" dell'intera collettività.

A fronte dello schema di regolamento edilizio tipo, come scaturito dai lavori del tavolo tecnico istituito tra il Ministero delle infrastrutture e trasporti, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza e i rappresentanti delle Regioni e degli enti locali, su cui la Conferenza unificata in data 20 ottobre 2016 ha sancito l'intesa[7], *ex* articolo 8, comma 6, della legge 131 del 2003, paiono da valutare gli spazi di manovra lasciati al legislatore regionale e agli enti locali in sede di recepimento e adattamento del regolamento nazionale unico alle specificità e peculiarità locali.

Le Regioni, entro 180 giorni dall'adozione dell'intesa stessa, dovranno recepire lo schema di regolamento edilizio tipo[8] e le definizioni uniformi dei parametri urbanistici ed edilizi, nonché integrare e modificare, in conformità alla normativa regionale vigente, la raccolta delle disposizioni sovraordinate in materia edilizia. Le Regioni, nel rispetto della struttura generale uniforme dello schema di regolamento tipo, potranno semplificare o specificare l'indice del regolamento tipo e individuare, in base alla normativa regionale vigente, le definizioni aventi incidenza sulle previsioni dimensionali contenute negli strumenti urbanistici e, eventualmente, dettare in via transitoria indicazioni tecniche di dettaglio ai fini della corretta interpretazione delle definizioni uniformi in fase di prima applicazione. L'intesa stabilisce altresì che l'atto di recepimento regionale fissi i metodi, le procedure e i tempi, comunque non superiori a 180 giorni, da seguire per l'adeguamento comunale. I Comuni, quindi, nei tempi suddetti, dovranno adeguare i propri regolamenti edilizi per conformarli allo schema di regolamento tipo e relativi allegati, nel testo eventualmente specificato e integrato a livello regionale. Nel caso di mancato adeguamento da parte dei Comuni, nei termini predetti, le definizioni uniformi e le disposizioni sovraordinate in materia edilizia troveranno, comunque, diretta applicazione, prevalendo su quelle comunali incompatibili; mentre nel caso di mancato recepimento regionale, i Comuni potranno, in ogni caso, provvedere ad adottare lo schema di regolamento tipo.

L'attività di recepimento a livello regionale e di adeguamento a livello comunale comporterà, presumibilmente, un'operazione assai complessa, basti pensare al solo caso di raccordare tutte le definizioni relative alle distanze tra edifici, le altezze e gli altri parametri utilizzati nella progettazione e realizzazione di opere edilizie, partendo da definizioni molto diverse (emblematico il caso della definizione di "superficie"), considerato che, in numerosi casi, non coincidono neanche le denominazioni.

Il sopra citato articolo 17 bis del d.l. 133/2014, volto a superare il "federalismo edilizio", praticando una *reductio ad unum* delle norme contenute nei regolamenti edilizi comunali, stratificati nel tempo e territorialmente frammentati, suscita, quindi, più di una perplessità in ordine all'autonomia normativa riconosciuta ai Comuni e, in particolare, a quella regolamentare, riconosciuta a livello costituzionale dall'articolo 117, sesto comma, della Costituzione e, a livello di fonte primaria, *in primis*, dagli

articoli 3 e 7 del testo unico degli enti locali.

Medesime perplessità relativamente all'intervento a titolo di competenza esclusiva da parte dello Stato paiono emergere anche in relazione al ruolo della Regione, che, dovendo recepire il testo regolamentare nazionale, viene fortemente limitato a livello di potestà sia legislativa sia regolamentare in relazione alla materia concorrente "governo del territorio", volendo ricomprendere sotto tale etichetta normativa l'edilizia insieme all'urbanistica o, addirittura, in relazione alla competenza regionale residuale, considerando l'edilizia come disciplina "a valle" dell'urbanistica e non compresa in alcuna materia dell'elenco di quelle a potestà concorrente.

L'avocazione in capo allo Stato dell'adozione del regolamento edilizio unico, in un certo senso, pare anticipare la potestà esclusiva dello Stato riconosciuta dal disegno di legge di riforma costituzionale[9], oggetto del prossimo referendum popolare confermativo del 4 dicembre 2016, che, in materia di urbanistica, introduce l'innovativa locuzione, prevista anche per altre competenze attribuite alla legislazione esclusiva statale, di "disposizioni generali e comuni sul governo del territorio", formula potenzialmente interpretabile quale "clausola di colegislazione" tra Stato e Regioni o, qualora intesa in maniera differente rispetto a quanto finora accaduto in ordine ai principi fondamentali riservati allo Stato nelle materie di potestà concorrente, potenzialmente idonea a consentire allo Stato di dettare una disciplina maggiormente esaustiva e di dettaglio sulla materia.

[1] Funzionaria presso il Consiglio regionale del Piemonte, Direzione Processo legislativo, Settore Commissioni consiliari.

[2] Nell'ambito del quadro normativo di riferimento, si segnala anche l'articolo 111 del regio decreto 12 febbraio 1911, n. 297 che attribuisce ai regolamenti edilizi le norme concernenti:

“1° la formazione delle Commissioni consultive edilizie;

2° la determinazione del perimetro dell'abitato a cui si devono intendere circoscritte le prescrizioni dei regolamenti stessi;

3° le costruzioni, i restauri, le demolizioni, gli scavi, i depositi di materiale per simili cause, e gli obblighi relativi dei proprietari acciocché non sia impedita o resa pericolosa la viabilità e non sia deturpato l'aspetto dell'abitato;

4° l'intonaco e le tinte dei muri e delle facciate, quando la loro condizione deturpi l'aspetto dell'abitato, rispettando gli edifici di carattere monumentale sia pubblici che privati;

5° l'altezza massima dei fabbricati in relazione all'ampiezza delle vie e dei cortili;

6° le sporgenze di qualunque genere sulle vie e piazze pubbliche;

7° i lavori da eseguirsi nel pubblico sottosuolo e la forma delle ribalte che si aprono nei luoghi di pubblico passaggio;

8° la posizione e la conservazione dei numeri civici;

9° la formazione, la conservazione ed il restauro dei marciapiedi, dei portici, dei lastricati e dei selciati nelle vie e piazze, nel caso in cui tali opere possano a termini di legge porsi a carico dei privati;

10° le visite da farsi ai lavori da un delegato del municipio al fine di constatare che nella esecuzione delle opere si osservino le disposizioni delle leggi e dei regolamenti.”.

[3]L'articolo 33 della legge n. 1150/1942 recitava:

“I comuni debbono con regolamento edilizio provvedere, in armonia, con le disposizioni contenute nella presente legge e nel Testo unico delle leggi sanitarie approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, a dettare norme precipuamente sulle seguenti materie, tenendo, se ne sia il caso, distinte quelle

riguardanti il nucleo edilizio esistente da quelle riguardanti la zona di ampliamento e il restante territorio comunale:

- 1) la formazione, le attribuzioni e il funzionamento della Commissione edilizia comunale;
- 2) la presentazione delle domande di licenza di costruzione o trasformazione di fabbricati e la richiesta obbligatoria dei punti fissi di linea e di livello per le nuove costruzioni;
- 3) la compilazione dei progetti di opere edilizie e la direzione dei lavori di costruzione in armonia con le leggi in vigore;
- 4) l'altezza minima e quella massima dei fabbricati secondo le zone;
- 5) gli eventuali distacchi da fabbricati vicini e dal filo stradale;
- 6) l'ampiezza e la formazione dei cortili e degli spazi interni;
- 7) le sporgenze sulle vie e piazze pubbliche;
- 8) l'aspetto dei fabbricati e il decorso dei servizi ed impianti che interessano l'estetica dell'edilizia urbana, tabelle stradali, mostre e affissi pubblicitari, impianti igienici di uso pubblico ecc.;
- 9) le norme igieniche di particolare interesse edilizio;
- 10) le particolari prescrizioni costruttive da osservare in determinati quartieri cittadini o lungo determinate vie o piazze;
- 11) la recinzione o la manutenzione di aree scoperte, di parchi e giardini privati e di zone private interposte tra fabbricati e strade e piazze pubbliche e da queste visibili;
- 12) l'apposizione e la conservazione dei numeri civici;
- 13) le cautele da osservare a garanzia della pubblica incolumità per l'esecuzione delle opere edilizie, per l'occupazione del suolo pubblico, per i lavori nel pubblico sottosuolo, per le ribalte che si aprono nei luoghi di pubblico passaggio ecc.;
- 14) la vigilanza sull'esecuzione dei lavori per assicurare l'osservanza delle disposizioni delle leggi e dei regolamenti.

Nei comuni provvisti del piano regolatore edilizio deve altresì disciplinare:

la lottizzazione delle aree fabbricabili e le caratteristiche dei vari tipi di costruzione previsti dal piano regolatore;

l'osservanza di determinati caratteri architettonici, e la formazione di complessi edilizi di carattere unitario, nei casi in cui ciò sia necessario per dare conveniente attuazione al piano regolatore;

la costruzione e la manutenzione di strade private non previste nel piano regolatore.”

[4] In ordine al potere di annullamento in capo alla Regione, la l.r. 19/1999 rinvia alla procedura dell'articolo 27 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (Legge urbanistica), e successive modifiche ed integrazioni, e dell'articolo 68 della legge regionale 5 dicembre 1977, n. 56 (Tutela e uso del suolo), come modificato dall'articolo 40 della legge regionale 20 maggio 1980, n. 50.

[5] In questo ultimo caso la Giunta regionale può introdurre modifiche d'ufficio per correggere errori, chiarire prescrizioni ed operare adeguamenti a norme di legge. Nel caso in cui il regolamento richieda modifiche o rielaborazioni è restituito al comune, con provvedimento motivato, dal Presidente della Giunta regionale o dall'Assessore delegato, conseguentemente il comune provvede alle modifiche o alla rielaborazione richiesta ed invia il regolamento alla Regione che assume le proprie determinazioni nei successivi novanta giorni.

[6] Decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 “Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive”, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164.

[7] Intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le Regioni e i Comuni concernente l'adozione del regolamento edilizio-tipo di cui all'articolo 4, comma 1-sexies del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 16 novembre 2016, n. 268.

[8] Lo schema di regolamento edilizio tipo è contenuto nell'allegato 1 dell'intesa, mentre le definizioni uniformi dei parametri urbanistici ed edilizi nell'allegato A e la raccolta delle disposizioni sovraordinate in materia edilizia nell'allegato B dell'intesa.

^[9] Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione». (pubblicato sulla GU serie generale n. 88 del 15 aprile 2016).

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Nuova banca dati Arianna. Il nuovo sistema legimatico del Consiglio regionale del Piemonte

CINZIA GHIAZZA E MAURO MARZOLA[1]

(ABSTRACT)

Dal 25 novembre 2016 è on line la nuova banca dati normativa Arianna: il Consiglio regionale del Piemonte mantiene così l'alto livello, riconosciuto a livello nazionale, di qualità e avanguardia nella gestione del processo legislativo.

La banca dati Arianna è stata profondamente rivisitata, sia dal punto di vista legimatico sia da quello architeturale e tecnologico, con una particolare attenzione ai temi dell'accessibilità e della trasparenza.

Contestualmente sono state rinnovate anche le altre componenti del sistema legimatico del Consiglio, le principali sono il dossier virtuale, l'attività consiglieri, gli atti del Consiglio (sindacato ispettivo, mozioni e o.d.g.), il nuovo motore di ricerca dei documenti. Altre, quali le Consultazioni istituzionali on line e il servizio Info-Atti, saranno rilasciate entro fine anno.

La Banca dati Normativa Arianna

Per quanto fosse avanzata un decennio fa, la tecnologia alla base dell'Arianna in uso fino a novembre u.s. era ormai obsoleta.

L'evoluzione tecnologica, come sempre rapidissima in ambito informatico, ha messo nel frattempo a disposizione infrastrutture, tecnologie e tecniche che permettono di raggiungere nuovi orizzonti nella gestione documentale anche a carattere normativo.

Nel 2011 è quindi iniziata una ricognizione dello stato dell'arte degli strumenti e delle tecnologie disponibili, sfociata in un piano di revisione che prevedeva la reingegnerizzazione di tutte e tre le componenti fondamentali di Arianna:

- 1) la gestione e la fruizione dei testi storici e coordinati;
- 2) la gestione dei dati di *iter*;
- 3) il *dossier* virtuale che raccoglie tutta la documentazione prodotta nel processo di trasformazione in legge di un progetto.

Per la gestione dei testi storici e coordinati si è proceduto all'analisi, identificazione e memorizzazione degli elementi testuali che compongono la legge, corredati da una serie di informazioni. E' stato costruito un ambiente per l'applicazione delle norme di modifica, avente lo scopo di facilitare l'applicazione delle migliaia di modifiche disposte dalla normativa successiva attraverso il versionamento degli elementi testuali coinvolti e la redazione di note esplicative di ogni singolo intervento di coordinamento.

Il lavoro di ridefinizione dei testi ha comportato la gestione di circa 100.000 elementi testuali, di cui 10.000 introdotti da modifiche normative, e di 10.000 note in parte manuali e in parte realizzate automaticamente.

Infine, è stato realizzato un sistema di pubblicazione in grado di visualizzare il risultante testo multivigente (multiversione), corredato di un asse cronologico navigabile, riportante la sequenza delle diverse versioni di ogni singola legge e di tutte le note atte ad esplicitare le modifiche intervenute nel tempo. Ogni singolo testo di legge viene assemblato in tempo reale sulla base di una data specificata: è quindi possibile richiedere la ricostruzione istantanea di una qualsiasi legge in una qualsiasi data.

La raccolta delle informazioni (dati strutturati e testi) relativi ai vari passaggi dell'iter è stata razionalizzata ed integrata attraverso l'introduzione di un motore per la gestione dei processi ad uso dei funzionari preposti alla gestione.

Sul sito *internet* le informazioni sono a disposizione su una pagina che le riepiloga sinteticamente. I testi del dossier vengono presentati sotto forma di albero grafico le cui singole foglie sono i documenti memorizzati. I nodi sono le fasi o le sottofasi di processo nelle quali sono stati raccolti.

Il nuovo motore di ricerca sui documenti consiliari è basato sui nuovi metodi di gestione univoca dei testi tramite sistemi di gestione documentali unici e centralizzati. Consente di accedere in modo semplice e trasversale a molte categorie di documenti (gli atti di Sindacato Ispettivo, gli atti di indirizzo, le Delibere di Consiglio...).

Si è voluto così fornire un approccio alternativo rispetto ai motori di ricerca specializzati già messi a disposizione per le singole banche dati.

Lo stesso termine o frase può essere ricercato trasversalmente su gran parte dei documenti prodotti dal Consiglio, facilitando attività di analisi e valutazione.

Il sistema legimatico nel suo complesso.

Contestualmente sono state rinnovate anche le altre componenti del sistema legimatico del consiglio, le principali sono il dossier virtuale, l'attività consiglieri, gli atti del Consiglio (sindacato ispettivo, mozioni e o.d.g.), il nuovo motore di ricerca dei documenti.

Altre, quali le Consultazioni istituzionali on line e il servizio Info-Atti, saranno rilasciate entro fine anno.

[1] Cinzia Ghiazza, funzionaria settore Sistemi informativi e Banca dati Arianna del Consiglio regionale. Mauro Marzola, esperto legimatica CSI Piemonte.

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Principi e città nel Piemonte basso medievale

LUIGI PROVERO^[1]

Il lungo mutamento del secolo XI.

Lungo la seconda metà del secolo xi, il regno d'Italia subì profonde trasformazioni: la rottura della collaborazione strutturale tra Papato e Impero, il notevole indebolimento del dominio regio e lo stato di conflitto diffuso lasciò spazio a nuove forme di potere, a sperimentazioni politiche operate da protagonisti e in situazioni diverse. In Piemonte, questo si tradusse nel declino delle marche (i distretti pubblici definiti nel corso del X secolo) e nell'affermazione di comuni cittadini, signorie locali e principati territoriali.

Nella parte settentrionale della regione un momento di frattura importante fu rappresentato già nei primi anni dell'XI secolo dalla vicenda di Arduino, marchese di Ivrea (nulla aveva a che fare con gli Arduinici marchesi di Torino), che nel 1002 fu incoronato re d'Italia e fino al 1014 si oppose all'imperatore Enrico II. Fu l'esito di un'iniziativa in parte personale, la vicenda di un uomo probabilmente dotato di grande capacità di azione militare e politica; ma fu anche l'espressione di interi settori della società aristocratica italiana, in particolare del nord-ovest, che cercò di affermare una forma di controllo sulla corona italica e di sfuggire al dominio ormai consolidato dei re teutonici. La parabola di Arduino pose di fatto fine alla marca di Ivrea, che lasciò rapidamente spazio alle egemonie dei vescovi di Novara, Vercelli e Ivrea, e a importanti famiglie signorili, come i conti di Biandrate e del Canavese.

Le marche Aleramica e Obertenga (che comprendevano alcune parti del Piemonte meridionale) furono invece segnate dagli orientamenti delle famiglie marchionali, attente a valorizzare in prospettiva signorile i propri maggiori nuclei patrimoniali, interni ed esterni alla marca: così dagli Obertenghi discesero i marchesi Pallavicino, Malaspina ed Este (concentrati in aree marginali o del tutto esterne alla marca obertenga), mentre all'interno della marca si svilupparono poteri signorili e soprattutto due tra i maggiori comuni italiani, ovvero Milano e Genova. In parte analogo il caso della marca aleramica, dove lo sviluppo di un comune precoce e di un certo rilievo come Savona si accompagnò al deciso orientamento dei marchesi verso lo sviluppo di poteri signorili locali, concentrati soprattutto nelle aree appenniniche e collinari tra Piemonte e Liguria (marchesi del Carretto, di Ceva, di Clavesana, del Bosco, di Occimiano...). Ma le due maggiori realizzazioni politiche delle dinastie aleramiche, i marchesati di Saluzzo e del Monferrato, sono del tutto esterne alla marca, e il loro sviluppo è invece connesso al declino della circoscrizione più ampia e duratura, ovvero la marca arduinica di Torino.

Diversamente dalle altre dinastie marchionali, gli Arduinici fin dai primi anni dell'XI secolo sembrano orientati a un progetto di principato territoriale, ovvero al tentativo non di valorizzare singoli nuclei patrimoniali in prospettiva signorile, ma di trasformare l'intera marca in un dominio dinastico svincolato dal controllo regio. Questo non significò un'azione indifferenziata sull'intero territorio della marca, poiché i marchesi già lungo il secolo XI dovettero tener conto del crescere di poteri alternativi, come i vescovi di Torino e di Asti, le comunità cittadine e l'aristocrazia militare, che era sì in gran

parte costituita da vassalli dei marchesi, ma non per questo era del tutto sottomessa alle loro esigenze. La stessa azione patrimoniale e politica dei marchesi appare diversificata, con un progressivo addensarsi in alcune aree (come la valle di Susa) in cui gli Arduinici seppero concentrare terre, chiese, clientele.

La delicata costruzione politico-dinastica fu messa alla prova alla morte del marchese Olderico Manfredi (1034) che, privo di figli maschi, lasciò come erede la figlia Adelaide, il cui potere assunse forme non prive di ambiguità, a metà tra due modelli di funzionamento:

- in un quadro di poteri di tipo "carolingio", Adelaide non avrebbe avuto alcun diritto a controllare la marca, che il regno avrebbe assegnato a un altro funzionario;
- in un quadro pienamente principesco e dinastico, il potere sarebbe invece passato direttamente ad Adelaide per via ereditaria, come un qualunque elemento del patrimonio paterno.

Qui non successe nessuna delle due cose: il potere di fatto passò nelle mani di Adelaide, ma il titolo marchionale venne attribuito prima ai suoi mariti, poi ai suoi figli, infine al marito di una nipote. Il regno non poteva fare a meno di prendere atto della continuità dinastica arduinica, che trasmetteva di fatto il potere nelle mani di Adelaide; né quindi poteva pensare di imporre un marchese diverso, che si ponesse in concorrenza con il forte potere patrimoniale e dinastico di Adelaide; ma al contempo era ancora sufficientemente efficace un modello pubblico di potere, che prevedeva l'attribuzione delle funzioni marchionali a chi fosse in grado effettivamente di adempiere agli obblighi soprattutto militari, e quindi a escludere una successione in via femminile

La morte di Adelaide (1091) lasciò spazio ad alcune dinastie che potevano richiamarsi a una discendenza dagli Arduinici: i Savoia, prima di tutto, ovvero la famiglia nata dal primo matrimonio di Adelaide con l'umbertino Oddone, della famiglia dei conti di Maurienne; poi l'aleramico Bonifacio del Vasto, figlio di una sorella di Adelaide, da cui discenderanno i marchesi di Saluzzo e altre dinastie attive nei territori della marca di Torino. I Savoia e i marchesi del Vasto acquisirono settori più o meno ampi della marca, ma la loro affermazione segnò soprattutto un profondo cambiamento nella natura del potere: non erano più in alcun modo rappresentanti del regno, elementi locali di un ordinamento più ampio; erano invece pienamente signori e principi, titolari di un potere dinastico su base patrimoniale, privo in questo senso delle ambiguità della dominazione adalaidina.

Geografia dei comuni piemontesi.

Al contempo la morte di Adelaide permise un pieno sviluppo delle potenzialità politiche maturate nei decenni precedenti da forze cittadine e rurali. Se le basi di queste dominazioni erano state poste lungo l'XI secolo, la morte della contessa segnò un indubbio momento di svolta, con il crollo di un'intelaiatura istituzionale che, per quanto fragile, aveva fino ad allora conservato una certa efficacia nel coordinare e contenere le spinte centrifughe dei diversi poteri attivi nella marca. Con la fine dell'XI secolo anche in quest'area, come già in altri settori del Piemonte, i poteri e le polarità territoriali efficaci saranno prevalentemente quelle legate ai poteri locali e alle singole città: dinastie signorili, monasteri, vescovi, comuni.

Questo rende sostanzialmente impossibile delineare un quadro complessivo della realtà piemontese: da un lato il Piemonte partecipa di un processo generale del regno italico e di gran parte dell'Europa occidentale, senza che si possano identificare con sicurezza delle differenze regionali che contraddistinguano quest'area dal resto del regno; al contempo ogni villaggio e ogni signoria fanno storia a sé.

In linea generale, possiamo dire che le città piemontesi fin dai primi decenni del XII secolo parteciparono del grande processo di formazione dei comuni, la cui piena autonomia divenne il

connotato peculiare del regno italico nel XII e XIII secolo. Se molti furono i comuni, le differenze furono profonde: da un lato abbiamo città come Torino e Ivrea, ricche di passato e di prestigio, ma povere di popolazione e di forza economica e militare, che divennero sì comuni autonomi, ma non espansero mai il proprio dominio molto al di là della cerchia delle mura. All'estremo opposto centri come Asti e Vercelli, tra le maggiori città del nord Italia: in questi casi l'addensamento demografico e la crescita economica e commerciale furono alla base di costruzioni politico-territoriali di grande ampiezza, dominazioni che assunsero un'ampiezza comparabile alle attuali province. Una realtà intermedia può essere rappresentata da Alba, città di medie dimensioni che affermò – ai danni del proprio vescovo e di molte famiglie signorili – un dominio importante sulla regione collinare circostante, ma dovette subire la costante e minacciosa concorrenza della più potente Asti.

I comuni espressero una straordinaria capacità di sperimentare in piena libertà i più vari strumenti politici per affermare il proprio dominio sul contado. Forti delle grandi concentrazioni di denaro (basti pensare alle attività commerciali e finanziarie delle grandi famiglie astigiane), in molti casi poterono semplicemente comprare castelli e diritti signorili, sfruttando la cronica fame di denaro delle dinastie aristocratiche. In altri casi si imposero con la forza, conquistarono o talvolta distrussero i castelli signorili. Ma il più delle volte si definirono dei compromessi: i signori restarono nei propri castelli, ma si riconobbero cittadini e sudditi dei comuni, e in cambio di somme talvolta ingenti di denaro misero le proprie forze al servizio dell'azione politica cittadina. Di fatto, occorre sottolineare soprattutto come l'espansione comunale non determinò mai la cancellazione del ceto signorile e aristocratico, che lungo tutto il tardo medioevo e l'età moderna continuò a costituire la struttura socialmente dominante delle campagne piemontesi, tanto che ancora nel XVIII secolo potremo trovare solidamente radicate nel territorio alcune dinastie che risalivano al secolo XII.

Villenove e centri minori.

Gli insediamenti medievali non possono però essere semplicemente divisi in città (socialmente articolate e politicamente attive) e villaggi (sottomessi ai poteri signorili e impegnati solo a limitarne la pressione). Esiste tutta una gradazione intermedia, che comprende grandi borghi e centri incastellati che - pur non essendo città vescovili - per articolazione sociale, vitalità economica e iniziativa politica non possono essere considerati semplici villaggi.

Il caso più evidente in Piemonte è quello di Chieri: era un castello del vescovo di Torino, che a partire dal XII secolo poté sfruttare la propria posizione su importanti itinerari stradali (e la debolezza economica di Torino) per sviluppare un'intensa attività finanziaria e produttiva, che fu il presupposto non solo per un arricchimento della società chierese, ma anche per il suo svincolarsi dal controllo vescovile e l'avvio di una vera politica di espansione sul territorio circostante. In modi del tutto analoghi alle maggiori città piemontesi (e con un'ampiezza territoriale non trascurabile) Chieri lungo il Duecento seguì una politica di sottomissione dei signori del contado, di acquisizione di diritti giurisdizionali e di fondazione di villenove, come Pecetto e Villastellone.

La fondazione di villenove – ovvero di villaggi nuovi – fu una delle azioni più incisive da parte delle città comunali. Ogni grande città comunale arrivò a fondare, tra XII e XIII secolo, decine di villenove, e in alcune aree la serie di fondazioni portò a un riassetto completo dell'insediamento e del popolamento: è in parte il caso del Vercellese, lo è sicuramente per l'Alessandrino (Nizza e la stessa Alessandria sono villenove) e per il Cuneese, dove nei primi decenni del Duecento la fondazione di Cuneo, Mondovì, Fossano, Cherasco e di alcuni centri minori riorganizzò complessivamente il popolamento e i quadri territoriali di un'area che lungo l'alto medioevo era del tutto priva di centri urbani.

Il processo non si arrestò qui: alcune villenove di quest'area, come Cuneo e Mondovì, diedero vita a

sviluppi del tutto peculiari, fino a divenire centri di potere di un certo rilievo, in grado di agire sul territorio circostante e porsi in una prospettiva concorrenziale rispetto ai poteri locali circostanti. Fondate negli anni a cavallo tra XII e XIII secolo, consolidarono la propria autonomia nei decenni centrali del Duecento, quando non solo si svincolarono dal controllo dei poteri egemoni come il vescovo di Asti e i marchesi di Saluzzo, ma avviarono un'autonoma politica di espansione sul territorio, affermando ad esempio il proprio potere giurisdizionale sui villaggi vicini, o fondando alcune villenove (come Rocca de' Baldi, fondata dal comune di Mondovì).

Villenove che fondano a loro volta villenove: lo specifico contesto territoriale (l'assenza di centri urbani) offrì a questi villaggi l'opportunità di sviluppare politiche territoriali che, sia pure in scala ridotta, riproducevano i comportamenti delle città maggiori. Mondovì nel caso di Rocca de' Baldi operò in modo del tutto analogo a quello che Asti aveva fatto - alcuni decenni prima e su orizzonti territoriali molto più ampi - quando aveva promosso la nascita di Cuneo e della stessa Mondovì.

Principi e territori.

Una delle principali peculiarità del Piemonte nei secoli XII e XIII è la presenza di alcune grandi costruzioni territoriali che facevano capo non a città, come nella maggior parte del regno d'Italia, ma a dinastie discese da grandi ufficiali regi del X-XI secolo: si tratta della contea di Savoia e dei marchesati di Monferrato e Saluzzo. Sono quelli che gli storici definiscono principati territoriali, costruzioni dinastiche più ampie delle normali signorie rurali, ma soprattutto in grado di coordinare al proprio interno molte signorie minori. Strutture analoghe si trovano in molti regni d'Europa, ma anche in Italia la trama delle dominazioni comunali lasciò spazio ad ampie costruzioni dinastiche, come gli Aldobrandeschi e i Guidi in Toscana, o gli Este e i Pallavicino in Emilia.

In pratica i principi agivano in modo per molti versi analogo ai comuni cittadini contemporanei, imponendo la propria egemonia sull'aristocrazia signorile tramite un'azione di ricomposizione e di coordinamento dei nuclei di potere presenti sul territorio, al cui interno fu centrale la politica di investiture feudali, per cui i signori locali si riconoscevano vassalli del principe. Si costituì così una rete di terre e luoghi che il principe controllava indirettamente ma efficacemente.

Il consolidarsi territoriale del potere principesco non cancellò mai un suo dominante carattere dinastico: il dominio dei Savoia, dei Saluzzo e dei Monferrato non fu mai pienamente un territorio riconosciuto e delimitato in modo chiaro, ma fu piuttosto l'insieme delle persone, delle terre e dei diritti che a vario titolo facevano capo al principe, con tutte le incoerenze e discontinuità territoriali connesse a un processo di costruzione del potere per accumulo, che riuniva ove possibile giurisdizioni signorili autonome. Segno importante di questo carattere è la costante debolezza di quelli che possiamo identificare come i centri del potere principesco, ovvero Chambéry, Saluzzo e Chivasso, che non divennero in questa fase vere capitali, ma piuttosto residenze preferenziali dei principi. Il centro del principato era il principe: solo secondariamente e indirettamente questi borghi fortificati assunsero alcune delle funzioni di un capoluogo. Nonostante questi dati comuni, le differenze tra i tre principati territoriali sono rilevanti, e possono essere poste in luce considerando separatamente le tre vicende.

I Conti di Savoia.

I Savoia si definirono come dinastia nei decenni centrali del secolo XI, in seguito al matrimonio tra Adelaide (titolare di fatto della marca di Torino) e Oddone (della famiglia comitale borgognona che gli storici chiamano Umbertini). Il matrimonio non comportò l'unione dei due domini dinastici, che rimasero anzi nettamente distinti sia sotto Oddone, sia sotto i suoi figli. La proiezione piemontese

degli Umbertini/Savoia poté attuarsi pienamente solo dopo la morte di Adelaide, nel 1091, quando tuttavia i conti non poterono rivendicare un completo controllo dell'eredità adalaidina: rientrarono invece nella dura lotta che in quegli anni segnò la spartizione della marca tra le diverse dinastie che si richiamavano ad Adelaide e i molti poteri cittadini e rurali che si erano sviluppati nei territori della marca.

In questa fase i Savoia poterono acquisire di fatto solo il controllo della Valle di Susa, che andava ad aggiungersi alla Valle d'Aosta, già compresa nel regno di Borgogna e già nel secolo precedente assorbita nell'egemonia sabauda. Il controllo sabauda della Valle di Susa era solido e pressoché indiscusso, poiché solo allo sbocco della valle i conti si trovavano di fronte alla minacciosa concorrenza del vescovo di Torino e delle famiglie signorili a lui legate. La valle garantiva quindi ai conti un sicuro controllo del valico del Moncenisio, che era probabilmente il più importante valico delle Alpi occidentali. A buon diritto quindi l'anonimo cronista di Laon poteva scrivere, a proposito di Umberto III, che "dalla sua terra, chi fosse forte potrebbe imporre la propria giustizia all'Italia e alla Borgogna, perché non può esserci ingresso o uscita a nessuno dei due regni, se non attraverso la sua terra", osservazione tanto più valida se si considera il contemporaneo robusto controllo sabauda della Valle d'Aosta.

La questione dei transiti (soprattutto commerciali) attraverso il Moncenisio si impose al centro dell'azione sabauda in Piemonte fin dal 1098, quando il trattato tra Umberto II e Asti aveva garantito ai mercanti astigiani il libero transito per i domini sabaudi. Ma in seguito anche l'attenzione dei Savoia per i pedaggi e la loro cura nel controllare e tenere in efficienza l'ospizio del Moncenisio mettono in luce la loro consapevolezza del valore politico ed economico del controllo delle strade, e quindi l'esigenza di gestire al meglio tutte le attrezzature che potevano garantire il loro uso regolare. Lungo tutto il basso medioevo le garanzie relative ai transiti commerciali furono sempre centrali in tutti gli accordi politici stipulati dai Savoia con vari poteri piemontesi.

I Savoia quindi, pur all'interno di una lenta espansione in ambito piemontese, a lungo si qualificarono prima di tutto come uno stato di passo, una dominazione alpina che trovava gran parte della propria forza nel controllo di valichi e percorsi stradali. E ancora in pieno Duecento la dominazione sabauda era in massima parte una dominazione transalpina, con ridotte seppur importanti appendici in ambito italiano; così il centro del dominio era Chambéry, e tale rimase anche dopo la conquista di Torino nel 1280, che non comportò in alcun modo né l'attribuzione alla città di funzioni di capoluogo, né uno spostamento rilevante verso l'Italia degli equilibri interni alla contea sabauda.

L'indubbio sviluppo della dominazione sabauda lungo il Duecento fu in parte un ampliamento territoriale (e la conquista di Torino fu solo il momento più vistoso di questa espansione), ma fu soprattutto un consolidamento degli strumenti di governo, con un crescente apparato di funzionari (sia a corte, sia a governare i territori periferici) e un nuovo uso delle scritture amministrative, come i conti di castellania, ovvero i rendiconti finanziari che ogni anno i castellani dovevano inviare al principe per riferire delle somme acquisite e spese. Ma nonostante questa crescita nella qualità del potere, il dominio sabauda restò nel Duecento essenzialmente un grande coordinamento di poteri locali, su cui il principe poteva far valere la propria egemonia e il monopolio di alcuni diritti, ma di cui doveva riconoscere il forte radicamento locale.

A maggior ragione questo si può dire degli altri due principati territoriali piemontesi che, al di là delle differenze dimensionali, appaiono sicuramente meno evoluti per quanto riguarda le strutture di governo, l'apparato funzionariale e i meccanismi amministrativi.

I marchesi di Saluzzo.

Anche per la dinastia dei marchesi di Saluzzo un momento di svolta è rappresentato dalla morte della contessa Adelaide, nel 1091. Occorre partire dalla vicenda del marchese Bonifacio del Vasto, figlio di una sorella di Adelaide: alla morte della contessa, Bonifacio entrò nel conflitto per la successione, partecipando quindi alla spartizione della marca di Torino. A partire dai beni paterni concentrati tra Savona e la vicina area appenninica, il marchese acquisì patrimonio e poteri in larga parte del Piemonte meridionale, tra le Langhe, gli Appennini e il Saluzzese. Da questo nucleo familiare e patrimoniale si ramificarono una serie di dinastie, che si spartirono il patrimonio di Bonifacio e diedero vita a egemonie locali: sono i marchesi del Carretto, di Ceva, di Clavesana, di Busca e di Saluzzo.

Questi ultimi in particolare, a partire dagli ultimi decenni del secolo XII, avviarono una trasformazione del proprio potere, che sempre più assunse le forme di un principato territoriale, sia per l'ampiezza della dominazione, sia per la capacità di attrarre nella propria clientela vassallatica le famiglie signorili attive nel territorio compreso tra le valli alpine e la pianura tra Saluzzo e Borgo San Dalmazzo. Era un territorio ancora debolmente popolato (per quanto in crescita) e soprattutto privo di città: è questo un dato comune a tutti i principati territoriali della regione, che non furono in grado di concentrare risorse tali da porre sotto il proprio controllo le città comunali, ricche e politicamente forti. Solo alla fine del Duecento, come abbiamo visto, i Savoia imposero il proprio stabile controllo su Torino, che era peraltro una delle città più piccole e meno potenti della regione; e solo temporaneamente, negli stessi anni, Guglielmo di Monferrato si impose su molte città piemontesi, come vedremo tra poco.

Progressivamente, tra XII e XIII secolo, i Saluzzo affermarono la propria superiorità su dinastie e comunità del territorio, dove però dovettero subire la pesante concorrenza delle villenove di Cuneo, Mondovì e Fossano, che riuscirono non solo a tutelare un'ampia autonomia politica, ma avviarono un'azione di sottomissione del territorio circostante, che in diverse fasi indebolì in modo importante il potere marchionale. Privi di città e minacciati dalla crescita delle vicine villenove, i marchesi promossero lo sviluppo di Saluzzo, che negli ultimi decenni del Duecento assunse nuova consistenza urbanistica e nuove funzioni politiche, non solo come residenza privilegiata dei marchesi, ma anche come centro politico del marchesato.

I marchesi di Monferrato.

Se per i Savoia e i Saluzzo disponiamo degli archivi marchionali (confluiti in tempi e modi diversi nell'attuale Archivio di Stato di Torino), l'archivio medievale dei Monferrato è andato del tutto disperso o distrutto, tanto che appare assai difficile ricostruire i funzionamenti interni di quello che in alcuni periodi fu il maggiore potere dinastico del Piemonte. E' una dinastia assai visibile in tutti i conflitti regionali, direttamente legata all'impero, efficacemente legata a molte altre famiglie, sede di una corte culturalmente prestigiosa; eppure faticiamo a leggere la struttura interna del marchesato.

Anche i Monferrato discendevano dagli Aleramici, da quel ramo della famiglia che piuttosto precocemente si era concentrato sui nuclei patrimoniali posti al di fuori della marca aleramica, nell'area collinare a sud del Po; su queste terre la dinastia aveva avviato un progetto politico di orientamento signorile, che poté ottenere particolare compattezza grazie sia alla sottomissione delle dinastie signorili locali, sia all'assenza di città, in questo territorio incuneato tra le dominazioni di Asti e Vercelli.

Si può probabilmente cogliere nel potere dei Monferrato una struttura duplice: da un lato un nucleo centrale di beni posti sotto il diretto controllo dei marchesi, nell'area tra Vercelli, Asti e Casale; dall'altro una clientela vassallatica vastissima, che coinvolgeva gran parte delle famiglie aristocratiche del Piemonte meridionale, e che garantiva quindi ai marchesi solidarietà e appoggio militare che

andavano ben al di là dell'area di effettivo controllo. Così i Monferrato divennero un interlocutore costante e spesso un nemico per molte forze attive in diverse aree del Piemonte, e in particolare per le grandi città comunali.

La signoria di Guglielmo VII di Monferrato.

Il conflitto con le città fu quindi una costante della storia dei Monferrato, che non solo si difesero dalla pressione egemonica dei maggiori comuni, ma in diverse fasi cercarono di imporre la propria egemonia sulle città. Questo risultato sembrò raggiunto in una breve fase alla fine del Duecento, sotto Guglielmo VII, che nel giro di pochi anni seppe imporre il proprio potere, in varie forme, su molte città del Piemonte e della Lombardia. Già nel 1276 aveva preso sotto il proprio dominio Torino, ma fu soprattutto nel 1278 che concentrò rapidamente nelle proprie mani un potere enorme: divenne signore e capitano della guerra di Vercelli; capitano della guerra di Alessandria, tramite la quale impose il proprio controllo su Acqui; poi capitano della città e del distretto di Tortona, capitano di Casale, signore di Ivrea, capitano di Pavia e di Milano.

La sua posizione all'interno delle singole città era però piuttosto diversificata: era signore della città, senza specifiche funzioni ad Acqui e Ivrea; in molti altri comuni era un capitano della guerra con funzioni militari ma anche giurisdizionali, che si sovrapponeva alle precedenti cariche comunali; a Milano infine Guglielmo, come capitano della guerra, conviveva con la signoria del vescovo Ottone Visconti, che aveva da poco cacciato i Torriani, in precedenza signori della città. Questa carica "dittatoriale" di Guglielmo era probabilmente vista dal Visconti come un fatto temporaneo, strumentale alla difficile situazione di conflittualità con i Torriani; ma Guglielmo puntava invece a porsi come arbitro, garante della pace interna, per poi insignorirsi della città, ai danni sia dei Visconti sia dei Torriani.

La signoria di Guglielmo fu parte di un processo più ampio: fin dai decenni centrali del Duecento in tutta l'Italia settentrionale si stavano sperimentando forme di coordinamento delle città comunali, di superamento del particolarismo cittadino. Così figure come Ezzelino da Romano e Oberto Pallavicino furono in grado di raccogliere attorno a sé numerose città e dinastie signorili, in ampie dominazioni che fallirono tutte nel giro di qualche decennio. Il marchese di Monferrato riprese quindi modelli di comportamento analoghi, richiamandosi allo stesso tempo alle solidarietà che nei decenni precedenti avevano unito gli appartenenti alla stessa parte politica attraverso diverse città: Guglielmo si presentò come campione della parte ghibellina, grande oppositore del disegno di egemonia guelfa che trovava nel papato e in Carlo d'Angiò i principali promotori.

Rispetto a Ezzelino e Oberto, Guglielmo poteva fruire di un elemento in più: un marchesato, un dominio territoriale che, per quanto frammentato, si raccoglieva attorno a un nucleo centrale abbastanza compatto nelle colline del Monferrato. E proprio attorno a questo nucleo si trovavano le città che più solidamente Guglielmo arrivò a dominare, con forme di vera e propria signoria: Ivrea, Vercelli, Acqui, Alessandria e Tortona, costituirono una corona di città attorno al Monferrato, le basi più solide di una rete che solo a tratti e in modo ben più labile coinvolse le città lombarde come Milano e Pavia.

Ma la debolezza del potere di Guglielmo fu l'assenza di un vero centro: il capoluogo tradizionale del marchesato, Chivasso, ovviamente non poteva avere la forza economica e istituzionale delle grandi città, quella capacità di attrazione che nel secolo successivo avrà Milano per i Visconti. È vero che in questi anni il marchese riuscì a imporre il proprio dominio anche su Casale, ma solo nel secolo seguente questo borgo divenne capitale del marchesato, e in ogni caso si trattava appunto di un borgo, non certo di un rilevante centro urbano. La vera lacuna nel potere dei Monferrato era il mancato controllo di Asti: non a caso la politica monferrina del XII e XIII secolo si era volta a lungo al

tentativo di circondare Asti e inglobarla nel marchesato, per farne centro del potere marchionale. La mancata sottomissione di Asti segnò il declino del potere monferrina.

Negli anni successivi, Guglielmo strinse relazioni amichevoli in molti regni d'Europa, dalla Castiglia a Bisanzio; ma nel nord Italia si costituì una minacciosa lega anti-monferrina, che tra 1287 e 1288 arrivò a comprendere i comuni di Asti, Milano, Pavia, Brescia, Cremona, Piacenza e Genova, oltre ai conti di Savoia. Prima che si arrivasse a uno scontro campale risolutivo, il 20 agosto del 1290 Guglielmo fu catturato ad Alessandria, e trascorse in prigione gli ultimi due anni della sua vita, fino alla morte giunta il 6 febbraio 1292.

La cattura di Guglielmo segnò l'immediato crollo del suo dominio, costruito in gran parte sulle personali capacità del marchese di coordinare politicamente e militarmente una realtà tanto eterogenea. Così le città della Lombardia e del Piemonte orientale, come Pavia, Novara, Vercelli, Alessandria e Tortona, entrarono nell'ambito di egemonia di Milano. Il comune di Asti espanse il proprio dominio nel Monferrato, mentre il conte di Savoia faceva altrettanto nel Torinese.

Bibliografia.

R. Bordone, *"Civitas nobilis et antiqua". Per una storia delle origini del movimento comunale in Piemonte*, in *Piemonte medievale. Forme del potere e della società. Studi per Giovanni Tabacco*, Torino 1985, pp. 29-61

Borghi nuovi e borghi franchi nel processo di costruzione dei distretti comunali nell'Italia centro-settentrionale (secoli XII-XIV), a c. di R. Comba, F. Panero, G. Pinto, Cherasco - Cuneo 2002

Cartografia del Monferrato: geografia, spazi interni e confini in un piccolo Stato italiano tra medioevo e ottocento, a c. di B.A. Raviola, Milano 2007

L. Provero, *Dai marchesi del Vasto ai primi marchesi di Saluzzo. Sviluppi signorili entro quadri pubblici (XI-XII secolo)*, Torino 1992

G. Sergi, *Potere e territorio lungo la strada di Francia. Da Chambéry a Torino fra X e XIII secolo*, Napoli 1981

G. Sergi, *I confini del potere. Marche e signorie fra due regni medievali*, Torino 1995

[1]Professore associato di Storia medievale presso l'Università di Torino, Dipartimento di Studi storici.

La retribuzione delle mansioni superiori nel pubblico impiego ai tempi della crisi

CHIARA SPADA[1]

1. Il pubblico impiego e il contenimento della spesa pubblica.

Con la sentenza n. 108/2016, la Corte Costituzionale si pronuncia sull'impatto dello *ius superveniens* su un contratto di pubblico impiego in essere, alla luce del principio di tutela dell'affidamento.

Occorre da subito rilevare come la pronuncia avrebbe potuto avere una portata ben più ampia, poiché tali erano le questioni sollevate dal giudice *a quo* (Tribunale di Torino).

La fattispecie all'esame della Corte riguarda, infatti, il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 44 e 45, l. 24 dicembre 2012, n. 228 (Legge di stabilità 2013), i quali prevedono, per gli assistenti amministrativi del comparto Scuola incaricati - ai sensi dell'art. 52, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - di svolgere le mansioni superiori di direttore dei servizi generali e amministrativi, la liquidazione del compenso per tale incarico in misura pari alla differenza tra il trattamento previsto per il direttore dei servizi generali amministrativi *al livello iniziale* della progressione economica e quello complessivamente in godimento dall'assistente amministrativo incaricato, dunque con riduzione - o sinanco azzeramento - del relativo compenso tutte le volte in cui l'interessato abbia una significativa anzianità di servizio, cui può essere correlata una retribuzione anche superiore a quella spettante a un neo assunto direttore[2].

Detta previsione sostituisce il previgente criterio, che viceversa imponeva la determinazione del corrispettivo per mansioni superiori in ogni caso in misura pari alla differenza di retribuzione tra direttore dei servizi generali e amministrativi e assistente amministrativo entrambi a livello iniziale.

Sono le ben note esigenze di contenimento della spesa pubblica a giustificare una riduzione siffatta, esigenze sempre più sentite in questi anni di crisi economica, ove anche a livello costituzionale è fissato l'obiettivo del c.d. pareggio di bilancio (art. 81, c. 1, e art. 97, c. 1, Cost.)[3].

Essa si inserisce, appunto, nell'approccio che a partire dal 2009 ha portato il legislatore ad intervenire sulle variabili che determinavano l'andamento della spesa nel settore del pubblico impiego, ossia il numero dei dipendenti[4], la contrattazione collettiva e integrativa, gli automatismi stipendiali, le progressioni economiche e gli avanzamenti di carriera[5].

Il fenomeno non è solamente nazionale, bensì investe anche gli altri paesi europei, con una curva delle misure di contenimento della spesa per il lavoro pubblico che cresce in maniera progressiva all'incidenza della crisi economica[6].

Non è chiaro se la via intrapresa comporti dei miglioramenti nel settore, poiché se da un lato viene rilevato come la spesa per il lavoro pubblico negli ultimi anni sia diminuita in maniera superiore alle aspettative - ferma restando la differenza tra misure che comportano risparmi meramente temporanei e quelle che, invece, ne assicurano la stabilità - dall'altro si sottolinea come l'efficacia e l'efficienza della pubblica amministrazione italiana appaiano spesso al di sotto degli standard europei[7], anche in ragione di una media anagrafica del 50% dei dipendenti pubblici superiore ai 50 anni, nonché dell'aumento dei carichi di lavoro portati dal blocco delle assunzioni dell'ultimo decennio[8].

2. La retribuzione delle mansioni superiori nel pubblico impiego.

Come noto, nel rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, la qualifica presuppone atti formali di inquadramento - emanati a seguito del superamento di un pubblico concorso[9] o negli altri casi previsti dalla legge - e non può desumersi dalla natura dei compiti assegnati o da atti diversi da quelli prescritti dalla legge per il conferimento della qualifica stessa (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 52, c. 1)[10].

La stessa retribuibilità delle c.d. “mansioni superiori” è, in realtà, una previsione di recente introduzione, che ha trovato collocazione nella seconda fase della contrattualizzazione del pubblico impiego (c.d. riforme Bassanini, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387), coerentemente con un indirizzo di fondo che coglieva nell’incentivo economico un’importante leva motivazionale dei dipendenti pubblici, secondo un’evoluzione che per le qualifiche di più alto livello ha portato a trattamenti retributivi che non conoscono equivalenti nei paesi OCSE[11].

Sino a tempi recenti l’esercizio di mansioni superiori alla qualifica posseduta era assolutamente irrilevante: la giurisprudenza aveva escluso l’immediata applicabilità nei confronti degli impiegati pubblici del diritto costituzionale a una «retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro» prestato (art. 36 Cost.[12]), ritenendo prevalente la tutela del buon andamento della p.a. (art. 97, co. 2, Cost.), che osta ad aumenti delle retribuzioni dovute a disfunzioni organizzative. Si argomentava, infatti, che l’art. 36 Cost. non potesse trovare applicazione incondizionata nei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione in quanto, in tale ambito, concorrono altri principi di rilevanza costituzionale quali quelli di cui, appunto, agli artt. 97 e 98 Cost.[13].

Sul punto, anche la Corte costituzionale, pur non riconoscendo in astratto un’incompatibilità tra i principi costituzionali sopra menzionati e la retribuzione per lo svolgimento di mansioni superiori nel pubblico impiego, ha in passato dichiarato l’infondatezza della questione di legittimità sollevata nei confronti di una norma che neghi detta retribuzione qualora giustificata da esigenze *eccezionali* di garantire il buon andamento dell’amministrazione[14]. Dunque, la deroga ai diritti costituzionali sanciti per tutti i lavoratori dall’art. 36 Cost. non è ammissibile *tout court*, ma solo ove superi il vaglio di ragionevolezza.

Si afferma, inoltre, che per ottenere un aumento della retribuzione in ragione delle mansioni superiori svolte non possa invocarsi l’azione di indebito arricchimento (art. 2041 c.c.), non solo per la natura sussidiaria di essa, bensì anche per la mancanza di un depauperamento in capo al dipendente pubblico, atteso che – come noto – tale azione consente a chi abbia arrecato ad altri un arricchimento privo di giustificazione di ottenere il riconoscimento della differenza tra la locupletazione altrui e il depauperamento subito[15].

Il principio dell’irrilevanza dello svolgimento di fatto da parte del dipendente pubblico di mansioni superiori a quelle relative al proprio inquadramento non impedisce che il prestatore di lavoro sia eccezionalmente adibito alle mansioni della qualifica immediatamente superiore – con riconoscimento del relativo trattamento economico - qualora si verifichi un’ipotesi di vacanza del posto in organico (per non più di sei mesi), o, ancora, in caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto (d.lgs. n. 165 del 2001 art. 52, c. 2).

Proprio da quest’ultima evenienza origina la controversia giunta davanti alla Corte Costituzionale, ove – come si è anticipato – il legislatore è specificamente intervenuto sulla misura del compenso spettante agli assistenti amministrativi della scuola eccezionalmente adibiti all’esercizio delle mansioni del direttore dei servizi amministrativi, determinando una significativa riduzione dei corrispettivi.

3. La tutela dell'affidamento e il *factum principis* nella giurisprudenza costituzionale.

Vari i profili dei quali il Tribunale di Torino ha dubitato della legittimità costituzionale.

Innanzitutto, si è rilevata la mancanza di ragionevolezza[16] (art. 3 Cost.) di una previsione che correli – seppur indirettamente - la riduzione del compenso per le mansioni superiori alla progressione dell'anzianità di servizio – e quindi a quella economica – del dipendente.

Si è rinvenuto, poi, un contrasto con il principio di non discriminazione^[17], nella specie in ragione dell'età, poiché risultano indirettamente penalizzati coloro che abbiano maturato una significativa anzianità di servizio, il che ovviamente presuppone una più o meno elevata anzianità anagrafica (Dir. 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000).

La Corte Costituzionale ha analizzato, tuttavia, unicamente la censura relativa alla violazione del principio dell'affidamento (art. 3 Cost.)[18], ritenendola assorbente.

Nella pronuncia si afferma, infatti, che tale principio trova tutela ogniqualvolta il legislatore intervenga modificando la disciplina di un rapporto contrattuale[19]. Nello specifico, la legge n. 228 del 2012 prevede che la nuova disciplina del compenso per l'esercizio delle mansioni superiori da parte degli assistenti amministrativi si applichi anche ai contratti già stipulati per l'anno in corso e, quindi, retroattivamente.

Proprio questo aspetto interessa i giudici costituzionali, i quali, pur ribadendo l'orientamento che non rinvie nel contratto un limite alla retroattività di una disposizione normativa[20], evidenziano come non sia possibile negare un “nesso eziologico” tra l'accettazione delle mansioni superiori e il compenso superiore pattuito, cui consegue la meritevolezza di tutela dell'affidamento del singolo.

Inoltre, con un ragionamento che porta alla mente la nota teoria dei c.d. diritti acquisiti[21], si nega che l'esigenza di contenimento della spesa pubblica addotta dal legislatore possa giustificare il sacrificio del diritto sorto in capo al contraente con la stipula dell'accordo, in quanto la stima dei risparmi ottenibili non è evidente poiché le situazioni in capo a coloro che potrebbero esercitare le mansioni superiori sono eterogenee[22]. In questo senso il sacrificio imposto al titolare del diritto sorto dal contratto stipulato con l'amministrazione non appare proporzionato rispetto all'interesse pubblico perseguito, nella specie, appunto, del contenimento della spesa[23].

La scelta della Corte Costituzionale di ritenere assorbite le ulteriori censure sollevate dal giudice *a quo* sulla previsione normativa in oggetto - della quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale unicamente «*nella parte in cui non esclude dalla sua applicazione i contratti di conferimento delle mansioni superiori di direttore dei servizi generali ed amministrativi stipulati antecedentemente alla sua entrata in vigore*» - lascia aperti degli interrogativi.

Soffermandosi unicamente sui profili di diritto intertemporale, infatti, la Corte Costituzionale sembra avallare la scelta operata dal legislatore di utilizzare, per il computo del corrispettivo dovuto per l'esercizio delle mansioni superiori, parametri disomogenei[24]. Se, infatti, la previsione legislativa non può produrre effetti per il passato poiché la Corte ritiene preminente l'affidamento ormai sorto nel dipendente pubblico, lo stesso non può dirsi per i contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore. Per essi, dunque, pare ritenersi legittimo un calcolo della retribuzione dovuta per l'esercizio delle mansioni superiori che comporti la penalizzazione dei lavoratori con una maggiore anzianità di servizio, i quali vedono, per ciò solo, decrescere proporzionalmente alla loro anzianità di servizio la c.d. indennità di funzioni superiori.

Non sfugge, poi, che tale ragionamento comporta da un lato un arretramento della tutela del

dipendente pubblico adibito a mansioni superiori, nonché un *vulnus* al buon andamento dell'amministrazione, aggravato dal blocco delle assunzioni, in quanto difficilmente i lavoratori con una maggiore anzianità di servizio (e di esperienza) saranno disponibili ad esercitare funzioni non retribuite.

Nulla di più lontano dall'impostazione che rinviene una razionalizzazione della spesa pubblica non nel blocco delle assunzioni e nei tagli c.d. lineari, bensì in procedure concorsuali volte all'individuazione in maniera efficiente ed imparziale delle professionalità necessarie alle organizzazioni, così da trasformare una crisi economica in un'occasione di rinnovamento di una pubblica amministrazione che – come già ricordato – è anziana e sottodiplomata[25].

Alla luce di tale statuizione, sembra tornare attuale la via inizialmente scartata dal giudice remittente, ossia quella di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia affinché essa valuti la compatibilità della norma in oggetto con il principio di non discriminazione in ragione dell'età[26].

[1]Collaboratrice alla cattedra di Diritto amministrativo del prof. Cavallo Perin, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino.

[2]L. n. 228 del 2012, art. 1, c. 44 e 45: «A decorrere dall'anno scolastico 2012-2013, l'articolo 1, comma 24, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, trova applicazione anche nel caso degli assistenti amministrativi incaricati di svolgere mansioni superiori per l'intero anno scolastico ai sensi dell'articolo 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, per la copertura di posti vacanti o disponibili di direttore dei servizi generali e amministrativi. 45. La liquidazione del compenso per l'incarico di cui al comma 44 è effettuata ai sensi dell'articolo 52, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in misura pari alla differenza tra il trattamento previsto per il direttore dei servizi generali amministrativi al livello iniziale della progressione economica e quello complessivamente in godimento dall'assistente amministrativo incaricato».

[3]Sul contenimento della spesa pubblica nel pubblico impiego: B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012, 265 ss.; Cfr. anche: A. Brancasi, *L'introduzione del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2012, 108 ss.; D. Cabras, *L'introduzione del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, *ivi*, 111 ss.; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2012.

[4]D.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 66, c. 3, 7 e 9, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133; d.l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 9, c. 7, *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica*, conv. con mod. in l. 30 luglio 2010, n. 122; d.l. 6 luglio 2012, n. 95, art. 14, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*, conv. con mod. in l. 7 agosto 2012, n. 135; l. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, c. 460 (Legge di stabilità 2014); d.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 3, c. 1, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, conv. con mod. in l. 11 agosto 2014, n. 114; Da ultimo: l. 38 dicembre 2015, n. 208, art. 1, c. 227 (Legge di stabilità 2016) che ha comportato un ulteriore inasprimento delle misure relative alla limitazione delle assunzioni che, per il triennio 2016-2018, sono consentite nei limiti di una spesa pari ad un quarto di quella sostenuta per il personale cessato nell'anno precedente.

[5]D.l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 9, cit. Si veda anche Corte Cost., 8 ottobre 2012, n. 223, la quale ha dichiarato non conformi agli artt. 3 e 53 Cost. alcune previsioni del d.l. n. 78 del 2010, cit., art. 9, c. 2 e 22 nella parte in cui prevedevano il blocco degli adeguamenti retributivi spettanti al personale della

magistratura e un taglio all'indennità giudiziaria. Un'inversione di tendenza viene attuata dalla l. 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, c. 254, 255 e 256 (Legge di stabilità 2015), con la quale vengono prorogate solo alcune delle misure originariamente recate dal d.l. n. 78 del 2010, cit., prevedendo un ulteriore anno di rinvio della contrattazione collettiva e dell'applicazione di automatismi stipendiali per le categorie non contrattualizzate. Sul punto è intervenuta Corte Cost., 24 giugno 2015, n. 179 dichiarando l'illegittimità costituzionale sopravvenuta del rinvio della contrattazione collettiva, in quanto il complessivo quadro normativo, derivante da reiterate estensioni temporali della norma originariamente contenuta nel d.l. n. 78 del 2010, cit., evidenziava una tendenza a rendere strutturale il rinvio delle procedure negoziali, venendo in tal modo a porsi in contrasto con il principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, c. 1, Cost. Si veda da ultimo: l. n. 208 del 2015, art. 1, c. 466 (Legge di stabilità 2016) la quale stanziava per il rinnovo dei contratti relativi al triennio 2016-2019 risorse per 300 milioni.

[6] Per una comparazione tra i vari paesi: Corte dei Conti, Sezioni riunite di controllo, *Relazione 2016 sul costo del lavoro pubblico*, Roma, 2016, 34 ss.

[7] Commissione europea, *Country report Italy*, Bruxelles, 2016, 72 ss.

[8] Corte dei Conti, Sezioni riunite di controllo, *Relazione 2016 sul costo del lavoro pubblico*, cit., 100 ss.

[9] In tutti i moderni stati di diritto il concorso si è affermato sin dal XIX secolo quale strumento utile ad una maggiore professionalizzazione della pubblica amministrazione. La scelta meritocratica svincola il giudizio da ogni considerazione personale, politica o sociale, garantendo, in questo modo, che i dipendenti pubblici siano «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.). Fra molti: R. Cavallo Perin, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 119-132; B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 146 ss.

[10] D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52 «Disciplina delle mansioni. 1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. 1-bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore. 2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico; per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. 3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. 4. Nei casi di cui al comma 2, per il

periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 5. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave. 6. Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore».

[11]OECD (2013), *Government at a Glance 2013*, OECD Publishing, doi: 10.1787/gov_glance-2013-en, 107; R. Cavallo Perin - B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 309-336.

[12]Dopo aver, infatti, in un primo momento, confutato la natura precettiva dell'art. 36 Cost., la giurisprudenza ha seguitato a negare che esso potesse essere fonte di diritti, bensì, piuttosto, data la sua funzione di norma regolatrice del potere dell'amministrazione, «di un interesse alla legittimità dell'azione». Sul punto si vedano tra le molte: Corte Cost., 10 aprile 2003, n. 115; Cons. St., 16 dicembre 2010 n. 9016; Cons. St., sez. V, 8 giugno 2011, n. 3456; Cons. St., sez. V, 7 aprile 2011, n. 2166; Cons. St., Sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 467; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 124. Per una disamina dell'argomento: A. Pioggia, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 280 ss.

[13]Si è già detto nel testo del contrasto tra la possibilità di retribuire le mansioni superiori di fatto esercitate dal dipendente pubblico e il principio del buon andamento dell'amministrazione; quanto all'art. 98 Cost. si è sostenuto che la previsione in virtù della quale i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione osti ad una valutazione del rapporto di impiego pubblico in termini di mero rapporto di scambio. In tema: Cons. St., ad. plen., 18 novembre 1999, n. 22; Cons. St., ad. plen., 28 gennaio 2000, n. 10; Cons. St., ad. plen., 23 febbraio 2000, n. 11; Cons. St., 17 gennaio 2000, n. 286.

[14]In questo senso: Corte Cost., 27 maggio 1992, n. 236. Per un approfondimento: A. Pioggia, *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, cit., 287 ss.

[15]In materia tra le molte: Cons. St., 19 novembre 2012, n. 5852; Cons. St., IV, 9 luglio 2012, n. 4045; Cons. St., 24 settembre 2013, n. 4688; Cons. St., 24 gennaio 2013, n. 441.

[16]Sull'ampio dibattito sul principio di ragionevolezza si vedano da ultimo: M. Dogliani - I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2015, 173 ss.

[17]Il principio di non discriminazione ha ampliato la sua portata nel corso del tempo; dapprima ha trovato riconoscimento nella CEDU (art. 14) come garanzia della parità di trattamento nel godimento dei diritti riconosciuti nella Convenzione, per poi essere esteso dal Protocollo n. 12 della stessa CEDU a tutti i diritti, compresi quelli riconosciuti dalla legislazione nazionale. Del pari esso si è affermato anche nei Trattati e nella giurisprudenza europea (art. 2 e 3, § 3, TUE), come divieto di discriminazioni sia in ragione della nazionalità (artt. 18 e 45, § 2, TFUE) che «fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» (art. 10 e

19 TFUE). In attuazione del principio sono state emanate diverse direttive: 76/207/CEE del Consiglio, 9 febbraio 1976; 5/117/CEE del Consiglio, 10 febbraio 1975; 86/378/CEE del Consiglio, 24 luglio 1986; 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000; 2000/78/CE del Consiglio, 27 novembre 2000; 2006/54/CE, del Consiglio, 5 luglio 2006. Nel divieto di discriminazioni sono ricomprese sia le discriminazioni dirette, ossia quelle previsioni che riconoscono un trattamento deteriore ad una persona che si trova in una situazione analoga ad un'altra, che quelle indirette, che si realizzano quando criteri o prassi apparentemente neutri producono in realtà l'effetto di porre in una condizione di svantaggio una persona (art. 2, § 1, lett. a) e b) della direttiva 2006/54/CE, del Consiglio, 5 luglio 2006). In tema fra molti: L. Sitzia, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, 121 ss.; M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, in *I diritti fondamentali in Europa*, a cura di E. Paciotti, Roma, 2011, 63 ss.; G. Della Cananea - C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 74-75; E. Palici di Suni, *Il principio di eguaglianza nell'Unione Europea*, in *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, a cura di A. Lucarelli - A. Patroni Griffi, Napoli, 2009, 255 ss. In particolare sul diritto anti-discriminatorio: D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 131 ss. Sul principio di non discriminazione sulla base dell'età da ultimo: C. giust., UE, 16 giugno 2016, C-159/15, *Franz Lesar*. È necessario ricordare come la Dir. 2000/78/CE del Consiglio, 27 novembre 2000, art. 6 § 1, preveda la possibilità per gli Stati membri di prevedere disparità di trattamento in ragione dell'età «*laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*». In tema B. Gagliardi, *Il divieto di discriminazioni in ragione dell'età nell'ordinamento dell'Unione europea e i pubblici concorsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 233 - 242;

[18] Il principio del legittimo affidamento, che alcuni volevano proprio del solo diritto privato, trova il suo campo di applicazione anche ai rapporti tra soggetti pubblici e privati, con riferimento altresì all'operato del legislatore. Non vi è uniformità di vedute, invece, sul suo rapporto con il principio della certezza del diritto, in quanto, da un lato, si afferma la derivazione del primo dal secondo, mentre dell'altro si sostiene siano distinti e autonomi. In tema: F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 2 ss.; P. Carnevale, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, 2012, 1939.

[19] Si ritiene che l'art. 11 disp. prel. non abbia carattere imperativo e sia derogabile dal legislatore fatti salvi i principi costituzionali quali l'irretroattività della legge penale sfavorevole (art. 25, c. 2, Cost.). Per quanto concerne gli effetti dispiegati dallo *ius superveniens* sui contratti, alla iniziale teoria dei c.d. diritti acquisiti si è andata man mano sostituendo quella del c.d. fatto compiuto, alla luce della quale la disciplina sopravvenuta potrebbe disciplinare gli effetti di un contratto di durata ma non la struttura o la validità del fatto generatore del rapporto. Sul punto si vedano: C.F. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Torino, 1891, 191; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 365; G.U. Rescigno, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1974, 219; F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, I, *Dottrine generali*, Roma, 1921, 273; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, 102.

[20] Vd. nota precedente. Inoltre sul punto anche: Corte Cost., 28 dicembre 1971, n. 210; Corte Cost., 13 febbraio 1985, n. 36; Corte Cost., 17 dicembre 1985, n. 349, nella quale si afferma che «*non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma,*

Cost.)». Si ritiene, inoltre, che l'emanazione di norme con efficacia retroattiva debba essere giustificata sul piano della ragionevolezza e non debba porsi in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti quali l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica. Tra le molte: Corte Cost., 31 marzo 1988, n. 368; Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416; Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, nelle quali viene ravvisato come l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica sia elemento essenziale dello Stato di diritto e, come tale, non possa essere leso da norme retroattive che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti.

[21]Vd. nota n. 7.

[22]È evidente, infatti, che, essendo il compenso per gli assistenti amministrativi che esercitano mansioni di direttore dei servizi generali ed amministrativi calcolato in base alla differenza tra il trattamento previsto per il livello iniziale di quest'ultima figura e quello complessivamente in godimento all'assistente amministrativo, il risparmio ottenibile varia in base all'anzianità di servizio del singolo lavoratore.

[23]Come noto il perseguimento dell'interesse pubblico deve avvenire imponendo il minor sacrificio possibile alle posizioni dei terzi coinvolti. La Corte Costituzionale ha in più occasioni censurato disposizioni legislative eccessivamente rigide e, come tali, incapaci di adattarsi alla realtà. Per una disamina del principio di ragionevolezza formulato in termini di proporzionalità: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione presentata alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, reperibile al sito www.cortecostituzionale.it.

[24]Con espresso riferimento a detta scelta il giudice remittente ha rilevato come «*L'irrazionalità del criterio disomogeneo previsto da tale norma, è di tutta evidenza: man mano che sale l'anzianità di servizio e quindi il relativo trattamento dell'assistente amministrativo, decresce in pari tempo e proporzionalmente la c.d. indennità funzioni superiori, in caso di assegnazione alle superiori mansioni di DSGA*»

[25]B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 265 ss.

[26]Il Tribunale di Torino in prima battuta non ha infatti rilevato l'opportunità di investire la Corte di Giustizia UE della questione ritenendo sufficiente sollevare questione di legittimità costituzionale. L'art. 267, § 2, TFUE sancisce la possibilità per un organo giurisdizionale di uno Stato membro di domandare alla Corte di Giustizia UE di pronunciarsi su una questione sulla quale esso deve statuire. Sul punto, da ultimo: C. giust. UE, 5 aprile 2016, C-689/13, Pulignica Facility Esco SpA (PFE), la quale ha affermato che nessuna norma nazionale può limitare la facoltà dei giudizi nazionali di sottoporre alla Corte una questione di interpretazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione, tanto che «*l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale*».

IL PIEMONTE DELLE AUTONOMIE

Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Mobilità e pubblico concorso tra obbligatorietà e preferenza

SUELE ZOPPETTI[1]

1. Il caso.

Con la sentenza n. 2318/2016, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul rapporto che intercorre tra procedure di mobilità e indizione di nuovi concorsi, con una decisione che sembra porsi in netto contrasto con la giurisprudenza consolidata sul punto.

La vicenda trae origine dal ricorso proposto da un'impiegata civile di ruolo presso il Ministero della Giustizia, inquadrata nella qualifica di cancelliere, e comandata a prestare servizio presso il Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.).

La dipendente, che aveva presentato, senza alcun esito, istanza di stabilizzazione per il passaggio diretto nel ruolo del personale della Segreteria del C.S.M., chiedeva l'annullamento del bando di concorso pubblico indetto dal C.S.M. e della relativa delibera di approvazione, censurando la mancata attivazione delle procedure di mobilità previste dall'art. 30 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio[2] ha accolto il ricorso, richiamando l'orientamento più volte ribadito in giurisprudenza secondo cui *“la doverosità della previa attivazione della mobilità, rispetto al concorso pubblico, costituisce regola generale, la cui inosservanza comporta l'illegittimità delle procedure concorsuali bandite”*[3] e dichiarato l'illegittimità del bando per la mancata preventiva attivazione della procedura di mobilità.

Tale obbligo trova applicazione, a detta del TAR, anche per il personale amministrativo del C.S.M., nonostante il Regolamento di disciplina del personale del C.S.M. (di seguito il Regolamento), approvato il 24 luglio 2001, all'art. 5, preveda il concorso pubblico per titoli ed esami quale (unica) procedura per il reclutamento del personale[4].

Secondo il TAR, la disciplina regolamentare interna sul personale amministrativo non magistratuale[5], in quanto atto amministrativo generale, deve porsi in un quadro di necessaria compatibilità con quello normativo di riferimento introdotto dalla norma primaria che impone, all'art. 30 d.lgs. n. 165 del 2001, la previa indizione delle procedure di mobilità[6].

Il TAR aderisce a quell'orientamento più volte espresso in dottrina e in giurisprudenza secondo cui il C.S.M. non è organo costituzionale, ma, al pari del CNEL, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e del Consiglio Supremo di Difesa, è organo “di rilevanza costituzionale”, qualificabile come pubblica amministrazione per le funzioni oggettivamente e soggettivamente amministrative svolte[7] e, pertanto, la relativa autonomia regolamentare deve esplicitarsi nel rispetto del principio di gerarchia delle fonti e della legge[8].

Dalla piena operatività del d.lgs. n. 165 del 2001 discende la doverosa applicazione dell'art. 30 che costituisce disciplina inderogabile in materia di mobilità.

Il Consiglio di Stato ha riformato la decisione di primo grado rendendo nuovamente attuale il tema della possibilità di bandire concorsi pubblici esterni senza la previa indizione delle procedure di mobilità.

2. La mobilità volontaria nel pubblico impiego.

L'istituto della mobilità è disciplinato all'art. 30 del d.lgs. 165 del 2001 il quale, nel prevedere la possibilità per le amministrazioni di ricoprire posti vacanti mediante il passaggio diretto di dipendenti che abbiano già ricoperto il posto (es. distacco o comando) o che abbiano comunque già conseguito la stessa qualifica presso altra amministrazione, obbliga le medesime ad attivare le procedure di mobilità prima di espletare un concorso pubblico. La disposizione chiarisce, inoltre, che le amministrazioni devono, in via preliminare, provvedere all'immissione in ruolo di quei dipendenti che, prestando servizio in posizione di comando o di fuori ruolo, facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui si trovano effettivamente a svolgere la propria attività lavorativa[9].

L'obbligo di previo esperimento delle procedure di mobilità volontaria (art. 30, cit., comma 2 *bis*[10]) è stato introdotto in coerenza con l'obiettivo di contenimento dei costi della spesa pubblica, in base al quale l'amministrazione è tenuta a curare "*l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale*", pena il divieto di assunzione di nuovi dipendenti[11].

Da tempo si è dunque affermata l'obbligatorietà dell'indizione delle procedure di mobilità rispetto all'attivazione della procedura concorsuale.

È il tenore letterale della disposizione a porre l'obbligo (e non la mera facoltà), a carico delle pubbliche amministrazioni, che devono coprire posti vacanti del proprio organico, di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento di concorsi pubblici[12].

La portata precettiva della disposizione è rafforzata dalla previsione di nullità degli accordi, atti o clausole dei contratti collettivi elusivi del principio del previo esperimento della mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale[13].

L'introduzione del principio dell'obbligo del previo esperimento della mobilità ha innovato rispetto all'ordinamento previgente, ove la scelta sulle modalità di copertura dei posti disponibili in organico – procedure concorsuali, scorrimento di graduatorie, mobilità – era *in toto* rimessa alla scelta discrezionale dell'amministrazione[14].

L'obbligo di attivazione delle procedure di mobilità si colloca, del resto, in un contesto legislativo generale caratterizzato da un particolare favore riservato all'istituto della mobilità quale strumento per conseguire una più efficiente distribuzione organizzativa delle risorse umane nell'ambito della pubblica amministrazione, con significativi riflessi sul contenimento della spesa pubblica, oltre che quale strumento di crescita professionale e di carriera degli individui[15].

La mobilità è condizione del reclutamento esterno, può essere utilizzata "*anche in deroga alle disposizioni vigenti*"[16] e attuata mediante la stipulazione di appositi accordi tra amministrazioni intesi alla ricollocazione del personale in situazioni di esubero[17].

L'esperimento preventivo delle procedure di mobilità è stato in passato ritenuto un principio fondamentale vincolante non solo per le amministrazioni statali ma anche per gli ordinamenti regionali[18].

Si è ritenuto infatti che l'obbligo di attivare preventivamente le procedure di mobilità dia attuazione concreta al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., poiché consente di contemperare l'"*interesse pubblico alla razionalità dell'organizzazione pubblica e alla funzionalità dei suoi uffici, con le esigenze di riduzione della spesa pubblica e le aspirazioni dei pubblici dipendenti di poter espletare la propria attività in uffici quanto più possibili vicino alle proprie abitazioni*"[19].

L'indizione di una procedura concorsuale è altresì recessiva rispetto allo scorrimento di una

graduatoria preesistente, ove a determinare l'inversione del rapporto tradizionale di regola ad eccezione, proprio dell'accoppiata concorso-graduatoria, sono ancora le esigenze di razionalizzazione nell'utilizzazione delle risorse pubbliche[20].

La decisione di scorrimento delle graduatorie preesistenti ed efficaci rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce un'eccezione che richiede un'approfondita motivazione proprio in considerazione, non solo del sacrificio imposto ai concorrenti idonei, ma soprattutto della dispendiosità della procedura concorsuale[21].

Il rapporto tra i diversi istituti del concorso pubblico, della mobilità e dello scorrimento delle graduatorie è sempre stato assai controverso e dibattuto, in quanto la centralità del concorso pubblico richiede di essere coordinata, per un verso, con l'obbligo del preventivo esperimento delle procedure di mobilità[22] e, per altro verso, con la permanente validità delle graduatorie relative a concorsi già espletati, entrambi istituti che meglio garantiscono quel risparmio di risorse economiche che l'amministrazione è tenuta a perseguire.

Tale esigenza è, del resto, posta a fondamento di entrambi gli orientamenti giurisprudenziali che si pronunciano in merito al problema se la precedenza della mobilità sui nuovi concorsi implichi altresì la precedenza della mobilità sullo scorrimento delle graduatorie ancora valide relative a concorsi già espletati.

Un primo orientamento giurisprudenziale ritiene sussistente un obbligo in capo alla pubblica amministrazione di motivare la decisione di ricorrere alla mobilità anziché allo scorrimento delle graduatorie, stante la preferenza accordata al secondo metodo: a fronte dell'idoneità di entrambi di consentire il reperimento di personale professionalmente qualificato, la mobilità volontaria esige una nuova procedura, con conseguente dispendio di tempo e di risorse[23].

Diversamente, una seconda impostazione, recentemente avallata Consiglio di Stato, accorda preferenza all'istituto della mobilità, in ragione del quadro normativo di assoluto favore per quest'ultimo rispetto all'assunzione di nuovo personale. La mobilità consente di acquisire personale già formato e con esperienza nel ruolo, garantendo un evidente risparmio di spesa per la pubblica amministrazione che non deve assumere altro personale[24].

La pubblica amministrazione, in alternativa allo scorrimento delle graduatorie, potrebbe pertanto decidere di indire una procedura di mobilità volontaria senza l'obbligo di una precisa e puntuale motivazione in tale senso[25].

3. La derogabilità dell'obbligo di previa mobilità .

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato, pur concordando con il Tribunale amministrativo nella parte in cui riconosce che la mobilità costituisce un metodo di reclutamento del personale che deve essere preferito a quello del concorso, esclude, per la prima volta, l'inderogabilità dell'obbligo in esame^[26].

Nello specifico, la summenzionata deroga viene individuata nell'art. 5 del Regolamento sul personale amministrativo del C.S.M.[27].

Secondo il Collegio, il Regolamento costituisce estrinsecazione del (residuo) potere regolamentare di disciplina del rapporto di lavoro (macrorganizzazione) e, nella parte in cui prevede il concorso pubblico quale unica forma di reclutamento del personale, pone una deroga (implicita) alla preferenza per le procedure di mobilità, che si giustifica alla luce della specialità del rapporto di lavoro instaurato con il C.S.M. Detta previsione sarebbe stata adottata nel pieno rispetto della fonte primaria di riferimento, d.lgs. n. 37 del 2000, il quale, nel demandare al Regolamento il compito di disciplinare le

procedure concorsuali per il reclutamento del personale, confina l'istituto della mobilità alla fase transitoria e di prima applicazione del Regolamento[28].

La natura di legge speciale del d.lgs. 37 del 2000, dove la asserita (ma non motivata) "specialità", riguarderebbe, secondo il Consiglio di Stato, il rapporto di impiego del personale del C.S.M., sarebbe inoltre la chiave per risolvere l'antinomia con l'art. 30, comma 2 bis, del d.lgs. 165 del 2001 che, in quanto cronologicamente successivo, dovrebbe altrimenti trovare applicazione secondo il criterio cronologico[29].

Se è vero, tuttavia, che il C.S.M. è organo a rilevanza costituzionale (qualificazione non revocata in dubbio dal Consiglio di Stato) e, conseguentemente, trova applicazione generalizzata al personale non magistratuale, in quanto personale c.d. privatizzato, il d.lgs. n. 165 del 2001, è difficile comprendere per quale motivo resti, diversamente, esclusa l'applicabilità della disciplina sulla mobilità^[30].

Ancora meno condivisibile pare, poi, l'affermata generale derogabilità dell'obbligo del previo esperimento delle procedure di mobilità volontaria[31] che, oltre a porsi in evidente antitesi rispetto al dato normativo, alla *ratio* della norma e a quanto sino ad ora affermato dalla giurisprudenza amministrativa, sembra contraddire quanto detto poc'anzi

Il Collegio non chiarisce se l'art. 30, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede l'obbligo del previo esperimento delle procedure di mobilità, sia una disposizione derogabile di per sé oppure se lo sia solo laddove esista una norma speciale prevalente.

La summenzionata generale derogabilità dell'obbligo del previo esperimento delle procedure di mobilità troverebbe, infatti, conferma, secondo il Consiglio di Stato, nella "*permanente validità del principio dell'accesso alla pubblica amministrazione per pubblico concorso*" che consentirebbe di escludere l'obbligatorietà del previo esperimento delle procedure di mobilità e accordare preferenza al principio del concorso pubblico, nonché nell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla prevalenza dello scorrimento delle graduatorie concorsuali rispetto alla mobilità[32].

Il principio di rilevanza costituzionale del concorso per l'accesso alla pubblica amministrazione, tuttavia, non incide sulla derogabilità dell'istituto della mobilità. Se non vi è, infatti, dubbio che il principio costituzionale del concorso pubblico per l'accesso alle pubbliche amministrazioni abbia carattere generale e sia derogabile solo per "*straordinarie esigenze d'interesse pubblico*"[33], è pur vero che l'istituto della mobilità è pienamente compatibile con esso, poiché non implica propriamente una deroga del metodo concorsuale. L'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 non è, quindi, norma speciale né eccezionale rispetto al principio generale del corso pubblico sancito dall'art. 97 della Cost.

In caso di attivazione di procedure di mobilità volontaria, il reclutamento dei dipendenti pubblici avviene mediante un procedimento complesso nell'ambito del quale la procedura concorsuale non è soppressa, ma subordinata alla previa obbligatoria attivazione della procedura prevista all'art. 30 d.lgs. n. 165 del 2001, in attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.)[34].

La mobilità riguarda pubblici impiegati che hanno già partecipato e superato un concorso pubblico per quella specifica qualifica, rispetto ai quali, pertanto, il principio dell'accesso al pubblico impiego mediante concorso aperto al pubblico, risulta pienamente rispettato.

Diversi sono i casi della stabilizzazione dei c.d. "precari"[35] o delle progressioni di carriera riservate al personale (concorsi interni)[36]. In tali casi infatti, si realizza quell'accesso "per la prima volta" a un posto di lavoro nuovo nell'organico dell'amministrazione che impone l'utilizzazione di un procedimento "pubblico", e perciò coerente con il principio costituzionale del concorso, oltreché con il diritto dei cittadini – italiani ed europei - di eguale accesso agli uffici (art. 51, Cost.) e in ultima analisi con il diritto al lavoro (art. 4 Cost.)[37].

Viceversa la mobilità avviene a parità di qualifica e s'indirizza, come anticipato, a personale già assunto mediante pubblico concorso.

Non solo, ove manifestino interesse per la mobilità più di un candidato, la scelta deve necessariamente avvenire nel rispetto dei principi meritocratici e secondo il metodo comparativo.

Quanto, invece, al rapporto con lo scorrimento delle graduatorie, è la mobilità volontaria a doversi ritenere prevalente poiché consente di realizzare delle economie mediante la redistribuzione delle risorse umane tra amministrazioni diverse, mentre l'utilizzazione delle graduatorie – pur consentendo il risparmio dei costi determinati dalla procedura concorsuale – determina comunque un aumento degli organici[38].

[1]Avvocato del Foro di Torino e collaboratrice alla cattedra di Diritto amministrativo dell'Università di Torino.

[2]TAR Lazio, Roma, sez. I *quater*, 2 dicembre 2014, n. 12129, in *Il lavoro nella pubblica amministrazione*, 2014, 829, con nota di L. Viola, *Concorsi banditi dal C.S.M. e obbligo di preventiva attivazione delle procedure di mobilità tra giurisdizione di legittimità e azione di accertamento della nullità del provvedimento amministrativo*.

[3]Cfr. per tutte, Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2014, n. 178; Cons. St., sez. V, 18 agosto 2010, n. 5830 secondo cui “il tenore letterale di tale previsione (...) è del tutto univoco nell'imporre alle pubbliche amministrazioni che devono coprire eventuali posti vacanti del proprio organico di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento delle procedure concorsuali”. Nello stesso senso anche la giurisprudenza di primo grado: fra le molte, TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 27 febbraio 2014, n. 589; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 aprile 2012, n. 580 secondo cui il comma 2 bis dell'art. 30 d.lgs. n. 165 del 2001 “pone (infatti) una chiara regola preclusiva rispetto a nuove assunzioni in presenza di una copertura di organico colmabile a mezzo di procedura di mobilità”; TAR Campania, Napoli, sez. V, 17 settembre 2012, n. 3886 secondo cui “Il previo esperimento di procedure di trasferimento mediante mobilità da altre amministrazioni, prima di indire gli eventuali concorsi pubblici per la copertura dei posti disponibili è stata da sempre un'opzione privilegiata dalle PP.AA., non trattandosi di un istituto previsto nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, ma di uno strumento di reclutamento in grado di prevalere sul concorso pubblico perché considerato idoneo a garantire economie di spesa ed utilizzare i dipendenti nel modo più razionale, evitando di effettuare nuove assunzioni quando sia possibile riallocare diversamente i dipendenti non più indispensabili in un determinato ente o comparto (Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 16.6.2008, n., 645); la successiva evoluzione legislativa ha poi codificato definitivamente tali principi, al punto che, ai sensi di quanto disposto dall'art. 30 del D.L. vo 30 marzo 2001, n. 165 (come modificato dall'art. 5, comma 1 quater del D.L. vo 21 gennaio 2005, n. 7, convertito nella L. 31 marzo 2005, n. 43), le PP.AA. sono obbligate ad espletare le procedure di trasferimento mediante mobilità da altre amministrazioni, prima di bandire un pubblico concorso”; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 2 dicembre 2009, n. 2634 secondo cui l'art. 30, comma 2 bis, d.lgs. 165 del 2001 “non lascia spazio a dubbi circa il fatto che le procedure di mobilità debbano sempre essere preferite a quelle concorsuali”; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1212 che ha dichiarato l'illegittimità di una deliberazione con la quale è stato indetto un concorso pubblico per non avere la pubblica amministrazione verificato, preliminarmente, la possibilità di coprire i posti vacanti in via di trasferimento su domanda da altre amministrazioni, in violazione dell'art. 30, comma 2 bis, d.lgs. n. 165 del 2001; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, ord., 15 novembre 2007, n. 459 che sospende l'efficacia di una delibera con la quale è stato indetto un concorso pubblico senza la previa utilizzazione della procedura di mobilità, imposta dall'art. 30, comma 2 bis, d.lgs. n. 165 del 2001, con nota di F.M. Nurra, *L'obbligo di attivare le procedure di*

mobilità prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, in www.lexitalia.it, 11/2007. Sull'esigenza di privilegiare l'assunzione del personale in mobilità rispetto alla procedura concorsuale, Corte Cost., 15 dicembre 2004, n. 388 e Corte Cost., 30 luglio 2012, n. 211

[4] L'art. 5 del Regolamento, rubricato "*Requisiti generali. Commissioni. Svolgimento delle prove*", stabilisce, al primo comma, che "*Il personale del ruolo organico della segreteria e dell'ufficio studi C.S.M. viene assunto con concorso pubblico per titoli ed esami*".

[5] V. Tenore, *Riflessioni sul rapporto di lavoro del personale amministrativo non magistratuale del Consiglio Superiore della Magistratura: applicazione del D.lgs. n. 165 del 2001 e reclutamento con doverosa previa mobilità rispetto ai concorsi*, in www.lexitalia.it, 2/2014, il quale precisa che il C.S.M. svolge le sue funzioni tramite personale magistratuale (componenti togati del Consiglio, Segretario Generale, addetti alle Commissioni e agli Uffici) e personale amministrativo di ruolo o comandato da altre amministrazioni (art. 104 e 105 Cost., l. 24 marzo 1958 e d.P.R. 16 settembre 1958 n. 916). Mentre il personale magistratuale rientra tra le categorie "non privatizzate" di cui all'art.3, d.lgs.31 marzo 2001 n.165, il personale amministrativo non magistratuale rientra tra le categorie "privatizzate" di cui all'art.2, co.2 e 3, del d.lgs. n. 165 del 2001. (ex art. 104 e105 Cost. e in base alla l.24 marzo 1958 ed al d.P.R.16 settembre 1958 n.916). Nello stesso senso, M. Rossi, *Reclutamento dei dipendenti pubblici e prevalenza della mobilità pre-concorso sullo scorrimento di una graduatoria concorsuale*, in www.lexitalia.it, 3/2014 secondo cui l'art. 30 costituisce la disciplina inderogabile in materia di mobilità e, come tale, trova applicazione per tutti i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, fra i quali vanno compresi i dipendenti "contrattualizzati" di strutture pubbliche facenti parte dello Stato ordinamento, quali i dipendenti non magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura, rimanendo sottratto alla disciplina dell'art. 30, salve norme speciali, il personale in regime di diritto pubblico (art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001), quello con eventuale specifica disciplina legislativa in deroga e quello degli organi costituzionali (Presidenza della Repubblica, Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, Corte costituzionale).

[6] Più nello specifico, il TAR ha precisato che "L'art. 5 comma 1 del regolamento (menzionato allora), nell'affermare la regola dell'assunzione del personale di segreteria del CSM mediante pubblico concorso, ribadendo settorialmente quella valevole per tutto il pubblico impiego, e senza quindi introdurre una prescrizione speciale in ragione della asserita specialità del rapporto di impiego del suddetto personale, non si pone in rapporto di contraddizione con la disciplina della mobilità di cui all'art. 30 del d. lgs. 165/2001, non sussistendo quindi alcun profilo di incompatibilità fra i due precetti generali per la copertura dei posti vacanti nell'organico del CSM nella stessa maniera in cui detta incompatibilità non sussiste nell'ordinamento generale del pubblico impiego. (...). Ne consegue la perfetta operatività dell'istituto della mobilità anche per le assunzioni di dipendenti di ruolo del CSM, in via preventiva rispetto al pubblico concorso, ex art. 30 comma 2 bis citato, secondo il rinvio di cui all'art. 31 del regolamento. Diversamente argomentando, verrebbero in evidenza profili di illegittimità del regolamento da risolvere in giudizio in base al principio della gerarchia delle fonti."

[7]Con riferimento alla natura delle funzioni svolte dal C.S.M.: L. Caso, *Magistrati e Avvocati dello Stato*, vol. I, in Carinci-Tenore (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Trattato in 5 volumi, Milano, 2007; N. Graziano, *Ordinamento giudiziario*, Roma, 2013; D. Piana- A. Vauchez, *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Le istituzioni pubbliche in Italia*, Bologna, 2012; G. Di Federico, (a cura di), *Ordinamento giudiziario: uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Padova, 2012; L. Pomodoro, *Manuale di ordinamento giudiziario*, Torino, 2012; M. Scaparone, *L'ordinamento giudiziario*, Torino, 2012; D. Carcano (a cura di) *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, Milano, 2009; M. Fantacchiotti – F. Fiandanese, *Il nuovo ordinamento giudiziario*,

Padova, 2009; S. Mazzamuto, *Il C.S.M. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001; V. Tenore, *Riflessioni sul rapporto di lavoro del personale amministrativo non magistratuale del Consiglio Superiore della Magistratura: applicazione del D.lgs. n. 165 del 2001 e reclutamento con doverosa previa mobilità rispetto ai concorsi*, cit., secondo cui “Può considerarsi pacifico sul piano sistematico, alla luce della giurisprudenza anche costituzionale intervenuta, che il Consiglio Superiore della Magistratura non sia un organo costituzionale, ma, al pari del CNEL (art. 99 cost.), del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e del Consiglio Supremo di Difesa, un organo di rilevanza costituzionale”. Nello stesso senso, cfr. Ufficio Studi del C.S.M., parere approvato nella seduta Consiliare del 28 marzo 1996, che ha ritenuto applicabile al personale inquadrato nei ruoli dell’ente la disciplina generale del c.d. pubblico impiego privatizzato. In senso contrario, solamente, C.S.M., parere 3 maggio 2012, n. 156, che ha concluso per la sostanziale insussistenza dell’obbligo di previa attivazione delle procedure di mobilità e per la possibilità di bandire direttamente procedure selettive esterne in quanto il C.S.M. assume “una posizione non solo di rilievo costituzionale ma anche di sostanziale autonomia e quindi di separatezza rispetto alle Amministrazioni dello Stato”.

[8]In merito, Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2005, n.1144, secondo cui “il C.S.M., grazie alla sua peculiare configurazione costituzionale, può legittimamente ed in taluni casi doverosamente integrare gli spazi vuoti lasciati dall’ordinamento, ma non può, in ossequio al principio di legalità e per rispettare il canone costituzionale che vuole il giudice (ed il p.m.) sottoposto soltanto alla legge (art. 101 Cost.), andare contro univoche disposizioni legislative.”; si veda anche Cons. St., sez. IV, 5 novembre 2004, n. 5274.

[9]Cfr. M. Esposito, *Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, 331-378; E.M. Mastinu, *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014*, *ivi*, 2014, 603-628; M. Ranieri, *Accesso al lavoro pubblico ed esperimento preventivo delle procedure di mobilità*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2013, fasc. 5, 757 – 786.

[10]Il comma 2 bis dell’art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 è stato introdotto dall’articolo 5, del decreto legislativo 31 gennaio 2005, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 31 marzo 2005, n. 43,

[11]L’art. 6, al primo comma, ultimo capoverso, del d.lgs. n. 165 del 2001, chiarisce espressamente che “Le amministrazioni pubbliche curano l’ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale” e, al sesto comma, precisa che “Le amministrazioni pubbliche che non provvedono agli adempimenti di cui al presente articolo non possono assumere nuovo personale, compreso quello appartenente alle categorie protette”.

[12]Vd. nota 3.

[13] Art. 2, secondo capoverso, art. 30 del d.lgs. 165 del 2001: “Sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 1 e 2”.

[14]Cons. St., sez. V, 6 novembre 2015, n. 5078, secondo cui “Nel pubblico impiego, ai sensi dell’art. 30, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, l’obbligo della mobilità volontaria prima dell’indizione del concorso sussiste anche per gli enti locali, atteso che il reclutamento dei dipendenti pubblici avviene mediante un procedimento complesso nell’ambito del quale la procedura concorsuale non è affatto soppressa, ma è subordinata alla previa obbligatoria attivazione della procedura di mobilità, in attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento fissati dall’art. 97 Cost.”; nello stesso senso Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009 , n. 6332; conforme TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 aprile 2012, n. 880.

[15]In merito, si veda L. Laperuta, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit.; N. Niglio, *Il principio del previo esperimento della mobilità di personale nelle Regioni, anche alla luce*

della recente pronuncia del Consiglio di Stato del 17 gennaio 2014 n. 178, in www.lexitalia.it, 1/2014. In ogni caso, si consideri che l'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, codifica un istituto che era già previsto a livello di contrattazione collettiva. L'art. 26 del CCNL 2006-2009, stipulato in data 14 settembre 2007, del Comparto dei Ministeri aveva già stabilito che le amministrazioni assicurino la pubblicità dei dati e delle informazioni allo scopo di rendere trasparenti processi di mobilità anche al fine di consentire prioritariamente l'assorbimento del personale coinvolto nei processi di trasformazione, soppressione e riordino di altre pubbliche amministrazioni. Successivamente all'introduzione del comma 2 bis dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, il legislatore è, poi, tornato sul tema con la normativa di *spending review* contenuta nell'articolo 16, comma 1, lett. d) del d.l. n. 98 del 6 luglio 2011 convertito, con modificazione, dalla l. n. 111 del 15 luglio 2011. Tale disposizione ha posto al centro delle politiche di razionalizzazione e di contenimento della spesa nel pubblico impiego l'obbligatorietà delle procedure di mobilità del personale tra le pubbliche amministrazioni. Nonostante il *favor* legislativo, il ricorso all'istituto della mobilità è ancora di scarsa rilevanza, come dimostra il rapporto redatto dall'Agenzia per la Rappresentanza Negoziabile delle Pubbliche Amministrazioni, *Mobilità del personale nella pa: serie 2011-2014, dati aggiornati al 16/02/2016*, che rileva percentuali significativamente basse (https://www.aranagenzia.it/attachments/article/5110/Mobilit%C3%A0%20nella%20P.A._Serie%202011-2014_SITO.pdf)

[16]Vd. l. 27 dicembre 1997, n. 449, art. 39, comma 3.

[17]Vd. l. 24 dicembre 2007 n. 244, art. 3, comma 124.

[18] Corte Cost. ,21 febbraio – 2 marzo 1990, n. 100, secondo cui “la Corte ha già ritenuto, nelle sentenze nn. 219 del 1984 e 407 del 1989, che il criterio della mobilità del personale del pubblico impiego (art. 19 della legge 29 marzo 1983, n. 93) costituisce un principio fondamentale della materia e che la legge 29 dicembre 1988, n. 554 ha il fine essenziale di dare concreta attuazione al principio stesso ed è pienamente legittima là dove (art. 5) impone anche alle regioni l'obbligo di effettuare i processi di mobilità nel loro ambito. Va anche riconosciuto, a questo punto, che il criterio della precedenza delle operazioni di mobilità rispetto alle assunzioni di personale - già ritenuto da questa Corte perfettamente ragionevole e coerente nella citata sentenza n. 407 del 1989 -, pur espressamente enunciato nella legge n. 554 (art. 1, quarto comma) con riferimento ad enti diversi dalle regioni e dagli enti da queste dipendenti, costituisce un evidente e logico corollario del principio della mobilità, che deve quindi essere rispettato anche dalle regioni”.

[19] Con. St., sez. V, 18 agosto 2010, n. 5830, il quale precisa anche che “dando (la mobilità) concreta attuazione al principio di buon andamento ed efficienza che deve connotare l'intera organizzazione amministrativa, all'accertamento della sussistenza di una vacanza di organico, l'amministrazione è tenuta innanzitutto ad avviare la procedura di mobilità finalizzata ad accertare l'esistenza di pubblici dipendenti già in servizio, dotati della necessaria professionalità, che si trovino nella legittima condizione di poter ricoprire il posto vacante; l'esito infruttuoso di tale procedimento riepanda le facoltà dell'amministrazione di indire la procedura concorsuale, ovviamente nel rispetto delle cogenti disposizioni finanziarie di contenimento della spesa pubblica”.

[20]Cons. St., Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14, su cui: G. Ricci, *L'Adunanza Plenaria del consiglio di Stato in funzione nomofilattica: il caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in *Il lavoro nella pubblica amministrazione*, 2015, 447. Successivamente, si veda Con. St., sez. Vi, 4 luglio 2014, n. 3407 secondo cui “in presenza di graduatorie valide ed efficaci, alla provvista di nuovo personale l'amministrazione deve provvedere normalmente attraverso lo scorrimento delle stesse. In tale situazione fattuale, la possibilità di bandire un nuovo concorso costituisce ipotesi eccezionale, considerata con sfavore dal legislatore più recente, in quanto contraria ai principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 1 della legge 7 agosto 1990n. 241), principi applicabili evidentemente anche alla fase organizzativa in cui l'amministrazione stabilisce tempi e modalità con

cui far luogo alla provvista di nuovo personale”. Si veda anche, D. Bolognino, *L'influenza del principio di economicità sulle scelte di (macro) organizzazione per la copertura dei posti vacanti: tra concorso pubblico, scorrimento delle graduatorie e mobilità*, in *Il lavoro nella pubblica amministrazione*, 2012, fasc. 5, 886 – 900; Id., *Il rapporto tra concorso pubblico e scorrimento delle graduatorie valide ed efficaci al tempo della c.d. "spending review" - the relationship between competition and public glidinglists valid and effective at the time of the so-called spending review*, in *Foro amministrativo - T.A.R.*, 2013, fasc. 1 , 147 – 156;

[21] Per il riconoscimento del diritto degli idonei allo scorrimento delle graduatorie: art. 4 del D.l. 31 agosto 2013 n. 101, convertito in L. 30 ottobre 2013, n. 125 (c.d. decreto D'Alia), su cui B. Gagliardi, *La conversione del "decreto D'Alia" e la riforma del reclutamento dei pubblici dipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, fasc.4 , 347-355. Il ricorso all'istituto dello scorrimento delle graduatorie è destinato ad essere ridimensionato in quanto l'art. 17 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) prevede la riduzione dei termini di validità delle graduatorie.

[22]Vd. nota 3.

[23]Cons. St., Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4329, secondo cui “lo scorrimento delle graduatorie trova causa proprio nell'obiettivo di ridurre la spesa pubblica, evitando l'indizione di nuovi concorsi per il reclutamento del personale e contestualmente attua i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, tenuto conto del costo e dei tempi per l'esperimento di procedure concorsuali, compresa la procedura di mobilità”; nello stesso senso anche Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2014, n. 17; Cons. St., sez. V, 27 agosto 2014, n. 4361 e Cons. St., sez. V, 12 luglio 2015, n. 4329, secondo cui “la mobilità esterna (...) non comporta alcun risparmio di spesa, attesa la maggior spesa per la nuova procedura, mentre sotto gli altri aspetti (migliore razionalità dell'organizzazione pubblica e della funzionalità dei suoi uffici), le due procedure di assunzione si equivalgono, attesa la garanzia di professionalità o già formate in ambito amministrativo per il personale in mobilità o accertata a mezzo regolare concorso per gli idonei”. Si è perciò stabilito che “la modalità di assunzione per scorrimento della graduatoria di concorso già espletato è estranea alla fattispecie delineata dal comma 2 bis dell'art. 30”. In tale senso, recentemente anche TAR Puglia, Bari, 14 gennaio 2016, n. 30.

[24]Cons. St., sez. V, 23 agosto 2016, n. 3677, secondo cui “la fondamentale esigenza di contenimento della spesa pubblica osta a che possa ritenersi superato il primato dell'art. 30, comma 1, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (...).l'esistenza di una graduatoria ancora valida limita, quando non esclude, l'indizione di un nuovo concorso, nondimeno non incide sulla potestà di avviare una procedura di mobilità: la mobilità è infatti alternativa all'assunzione di personale nuovo rispetto al concorso o allo scorrimento delle relative graduatorie; con la mobilità il personale non viene assunto, ma solamente trasferito con il consenso della amministrazione di appartenenza, che esercita una valutazione circa la necessità di mantenere presso di sé determinati soggetti. Del resto, le leggi che hanno bloccato le nuove assunzioni fin dagli anni '90, non hanno impedito le procedure di mobilità”.

[25]Cons. St., sez. I, parere 7 dicembre 2012, n. 5217; nello stesso senso anche TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 febbraio 2015, n. 900; nello stesso senso, TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 21 settembre 2011, n. 2250. Sull'argomento, M. Rossi, *Reclutamento dei dipendenti pubblici e prevalenza della mobilità pre-concorso sullo scorrimento di una graduatoria concorsuale*, in www.lexitalia.it, 3/2014; TAR Campania, sez. V, 7 febbraio 2014, n. 900 secondo cui “Sebbene lo scorrimento della graduatoria costituisca l'ordinaria modalità di reclutamento del personale da parte delle Amministrazioni, giacché favorisce - rispetto all'indizione di un nuovo concorso pubblico - il contenimento della spesa pubblica, esso è destinato a recedere, venendone meno la ratio, dinanzi alla possibilità di indizione di procedure di mobilità. Difatti, la mobilità "permette all'amministrazione di assumere personale che già ha ricoperto il posto vacante o comunque ha già conseguito la stessa qualifica presso altre amministrazioni (art. 30 D. Lgs. 165/2001). Questo comporta la possibilità di

acquisire personale già formato e con esperienza nel ruolo, situazione che comporta un'immediata operatività ed un risparmio di spesa. In secondo luogo l'ordinamento del pubblico impiego prevede una preferenza legale per il passaggio di personale tra amministrazioni rispetto alle nuove assunzioni, per ottenere una più razionale distribuzione delle risorse tra le amministrazioni pubbliche nonché economie di spesa di personale complessivamente intesa, dal momento che consente una stabilità dei livelli occupazionali nel settore pubblico” ; nello stesso senso anche TAR Sardegna, Cagliari, 5 agosto 2013, n. 591; TAR, Lombardia, Milano, sez. IV, 21 settembre 2011 n. 2250; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 11 febbraio 2010, n. 542.

[26] L. Busico, *In tema di “preferenzialità della mobilità, ma non inderogabilità” nel lavoro pubblico*, in www.lexitalia.it, 6/2016.

[27] L'art. 2 comma 1 lett. b) del d.lgs. 14 febbraio 2000 n. 37, Istituzione del ruolo del personale amministrativo della segreteria e dell'ufficio studi e documentazione del Consiglio superiore della magistratura a norma dell'art. 13 della legge 28 luglio 1999, n. 266 (ora abrogato), stabiliva che il C.S.M., su proposta del Comitato di Presidenza, disciplinasse con proprio regolamento le procedure concorsuali pubbliche per il reclutamento del personale e l'ordinamento delle carriere.

[28] L'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 37 del 2000 stabilisce che *“In sede di prima applicazione del regolamento di cui all'articolo 2, e comunque entro un anno dall'emanazione del predetto regolamento, il C.S.M., per esigenze di funzionalità dei singoli servizi, e limitatamente alle professionalità più elevate, nel rispetto della riserva di cui al comma 2 dell'articolo 13 della legge 28 luglio 1999, n. 266, può coprire i posti vacanti e per non più di dieci unità mediante passaggio diretto di dipendenti di amministrazioni pubbliche a norma dell'articolo 33 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modifiche”*.

[29] In merito il Consiglio di Stato afferma che *“Quanto, infine, all'argomento (...) relativo alla circostanza che il comma 2 bis dell'art. 30 del T.U. n. 165/2001 è cronologicamente successivo alla legge 266/1999, al decreto n. 37/2000 ed al regolamento del Csm richiamato, non può che farsi riferimento al canone ermeneutico consolidato (...) secondo cui la legge posteriore di portata generale non deroga alla legge speciale anteriore”*.

[30] La giurisprudenza amministrativa, frequentemente, ha dato per scontata la natura di pubblica amministrazione del C.S.M. e la natura amministrativa dei suoi provvedimenti in relazione all'attività tipicamente amministrativa dei suoi membri; sul punto, cfr. Cons. St., sez IV, 3 giugno 2011, n. 3587; Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2006, n. 1035. In merito alla qualificazione del C.S.M. in termini di organo a rilevanza costituzionale qualificabile formalmente e sostanzialmente amministrazione e alla generale applicabilità del Testo Unico sul pubblico impiego al personale non magistratuale del C.S.M. si vedano note 7 e 8.

[31] Cfr. par. 5.5.1 della sentenza del Consiglio di Stato che si commenta.

[32] Vd. nota 23.

[33] La Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; Corte Cost. 2 aprile 2012, n. 90; Corte Cost. 26 maggio 2010, n. 195, n. 150; 26 aprile 2010, 10 marzo 2010, n. 100 del 2010; 4 novembre 2009, n. 293.

[34] Vd. note 10 e 11.

[35] Corte Cost. n. 108 del 2011 e Corte Cost. n. 212 e 217 del 2012, pronunce richiamate espressamente dal Consiglio di Stato nella sentenza che si commenta.

[36] Corte Cost. n. 108 del 2011 e Corte Cost. n. 7 del 2011 e Corte Cost. n. 30 del 2012.

[37] Sul punto, R.C. Perin, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Il Foro amministrativo*, 2002, 1994-2004 e B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012.

[38] Vd. nota 23.