

## SOMMARIO DEL NUMERO 2/2015

### Saggi

MEDIA E CULTURA: UN BILANCIO A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA	
GIANLUCA GARDINI, <i>RAI e servizio pubblico radiotelevisivo: la "cultura italiana" in bilico tra unità, pluralismo e mercato</i> .....	185
MARCO MAGRI, <i>La regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale: oltre l'illusione del pluralismo</i> .....	237
GIULIA MASSARI, <i>L'accesso a Internet e ai contenuti digitali quale viatico per il pluralismo informativo</i> .....	278
CARLA BARBATI, <i>Lo spettacolo nella storia istituzionale italiana: «perché tutto rimanga com'è»</i> .....	303
ANTONELLA SAU, <i>Il contributo della disciplina sulla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale alla costruzione dello stato unitario</i> .....	335

### Articoli

FABIO SAITTA, <i>L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro</i> .....	359
GIOVANNI MULAZZANI, <i>La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici</i> .....	385
LUISA AZZENA, <i>Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia faccia della sussidiarietà orizzontale</i> .....	419
CARLA BASSU, <i>Sicurezza alimentare e ragionevolezza. La tutela dei diritti tra principio di precauzione e proporzionalità</i> .....	439

**Note a sentenza**

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, <i>Università e disciplina degli appalti. Concorrenza, servizi “in house” e prospettive evolutive</i> .....	455
ANTONELLA SAU, <i>Dubbi e certezze sulla natura in house providing del Cinea</i> .....	465
GIANLUCA ZARRO, <i>Il Consiglio di Stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico</i> .....	489
NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	503

## TABLE OF CONTENTS – NO. 2/2015

### Essays

MEDIA AND CULTURE: TAKING STOCK OF 150 YEARS OF ADMINISTRATIVE UNIFICATION

GIANLUCA GARDINI, <i>The RAI and public service broadcasting: Italian culture hovering between unity, media pluralism and the market</i> .....	185
MARCO MAGRI, <i>Press regulation and press companies: above the illusion of media pluralism</i> .....	237
GIULIA MASSARI, <i>The advent of the Internet: access to the network and to digital contents</i> .....	278
CARLA BARBATI, <i>The show in the construction of the Unitary State: «for everything to remain the same»</i> .....	303
ANTONELLA SAU, <i>The results of legislation on protection and improvement of cultural heritage in building a Unitary State in Italy</i> .....	335

### Articles

FABIO SAITTA, <i>The Health Service Organisation: a look to the recent past in order to build the future</i> .....	359
GIOVANNI MULAZZANI, <i>The legal notion of economic operator and admittance of public bodies to the market of public procurement</i> .....	385
LUISA AZZENA, <i>The old and new paradigms for public policies in a time of crisis: the double face of horizontal subsidiarity</i> .....	419
CARLA BASSU, <i>Food safety and reasonableness. The protection of rights between precaution and proportionality</i> .....	439

**Comments**

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, *University and public procurement. Competition, in house providing and evolutionary perspectives* ..... 455

ANTONELLA SAU, *Doubts and certainties on the nature of in house providing* ..... 465

GIANLUCA ZARRO, *The Italian Council of State and the uncertain boundaries of public entities* ..... 489

LIST OF CONTRIBUTORS ..... 503

GIANLUCA GARDINI

## RAI E SERVIZIO PUBBLICO RADIOTELEVISIVO: LA “CULTURA ITALIANA” IN BILICO TRA UNITÀ, PLURALISMO E MERCATO\*

SOMMARIO: 1. Il paradosso della libertà di Stato. – 2. Servizio pubblico radiotelevisivo e Stato sociale. – 3. Il paradigma BBC. – 4. La televisione come bene “pubblico”. – 5. Il progetto culturale “RAI”. Le origini. – 6. Il progetto “culturale” RAI. La modernità. – 7. Il progetto “culturale” RAI. Il sistema misto. – 8. La Costituzione come denominatore comune. – 9. Il pluralismo come missione. – 10. Guardando al futuro.

### **1. Il paradosso della libertà di Stato**

La storia della disciplina radiotelevisiva in Italia, e più in generale in Europa, è sostanzialmente la storia di un paradosso: attraverso regole speciali, assunte in deroga al diritto comune e al principio di concorrenza, si vuole far sì che un’attività imprenditoriale in cui trovano compimento svariate libertà costituzionali venga affidata in via diretta (e a tratti esclusiva) allo Stato, per favorirne l’esercizio pluralistico e competitivo, e senza che l’attività in parola perda i propri connotati di libertà.

Per capire la televisione occorre partire dalla radio: è stata infatti la radio a segnare il punto di rottura con i media preesistenti, introducendo una forma di comunicazione capillare rivolta ad un pubblico ampio e indifferenziato, ottenuta grazie a una trasmissione “a flusso” che si avvicina ai ritmi della quotidianità e abolisce i vincoli della fruizione localizzata, statica. Le potenzialità applicative della radio vengono valorizzate dalle ricerche che, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, portarono alla scoperta delle onde elettromagnetiche. I conflitti mondiali del Novecento, unitamente alle caratteristiche intrinseche del mezzo, svolsero un ruolo determinante per la trasmissione elettromagnetica in Europa: l’uso militare della

\* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti per il 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara.

radio durante la prima guerra mondiale, in particolare, contribuì a rendere tutti – apparati politici, imprese e cittadini – consapevoli della grande capacità di penetrazione del mezzo radiofonico nel tessuto sociale.

Il problema da subito evidente, tuttavia, fu quello della scarsità delle risorse disponibili: ogni comunicazione radio ha bisogno di essere trasmessa su un'apposita ed autonoma frequenza, al fine di evitare sovrapposizioni, disturbi ed interferenze tra i vari messaggi<sup>1</sup>. Per questo, a differenza della stampa, solitamente lasciata libera da condizionamenti governativi, nella maggior parte dei paesi occidentali l'attività radiofonica (e, in seguito, radiotelevisiva) fu sottoposta sin dall'origine ad una regolazione pubblicistica più o meno penetrante. Esigenze di uso razionale delle risorse disponibili, infatti, imposero un "ordinamento delle radiocomunicazioni" globale, esteso cioè all'intero pianeta, che, di fatto prese il via con la Convenzione di Berlino del 1906, da cui nacque l'Unione Internazionale Radiotelegrafica, poi confluita nella Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (UIT, 1932). Questi organismi internazionali furono creati per ripartire il globo terracqueo in regioni e zone geografiche, all'interno delle quali le varie gamme di frequenze vennero attribuite ai diversi servizi di radiocomunicazione, per poi essere registrate e assegnate separatamente agli Stati.

Un primo tentativo di regolazione internazionale si ebbe nel 1936, con la *International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace*, sottoscritta a Ginevra per prevenire l'uso della radio a fini propagandistici e mai entrata in vigore. Successivamente, sotto l'egida della UIT presero avvio le Conferenze regionali delle radiocomunicazioni, cui spettava il compito di assegnare le frequenze nelle diverse aree geografiche del pianeta, procedendo ad un aggiornamento costante sulla base dell'evoluzione dei servizi e delle nuove tecnologie. Questo meccanismo di assegnazione non impedì il fenomeno dello sconfinamento delle trasmissioni radiofoniche, prima, e televisive in seguito, in particolare nell'area europea, contrassegnata da una molteplicità di Stati di piccola dimensione. Senza trascurare che, in taluni casi, «la comunanza linguistico-culturale che contraddistingue alcuni paesi europei ha reso attrattiva l'esportazione di trasmissioni oltre i confini nazionali», al fine di diffondere contenuti e modelli culturali nei paesi limitrofi<sup>2</sup>.

La scarsità delle risorse, tuttavia, è solo una delle ragioni che, negli anni, hanno portato a consolidare un diverso regime giuridico per stampa e ra-

<sup>1</sup> M.A. Sandulli, *Radioaudizioni e televisione (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 191.

<sup>2</sup> G. Pavani, *Radiotelevisioni. Profili storici e comparati*, Filo diritto, Bologna, 2012, 93.

dioemissione. Ad essa se ne affiancano altre, non facilmente sintetizzabili e non tutte razionali: il maggior potere di condizionamento della radio/televisione, la maggiore passività nella sua fruizione rispetto alla stampa, le barriere naturali poste all'ingresso del mercato televisivo.

Una tesi interessante spiega la diversità di trattamento di stampa e televisione con una sorta di interdipendenza tra i due mezzi, in virtù della quale si vorrebbe «rimediare ai difetti di una stampa priva di regole attraverso un sistema radiotelevisivo regolato»<sup>3</sup>. I legislatori europei, secondo questa ricostruzione, avrebbero operato una compensazione tra questi due mezzi, basata essenzialmente sulla “percezione” della televisione come una tecnologia nuova e più penetrante rispetto alla stampa, caratterizzata da maggiore libertà di movimento<sup>4</sup>.

In alcuni casi – nei paesi europei usciti sconfitti dalla seconda Guerra mondiale, con sistemi democratici ancora fragili e da ricostruire – furono le esigenze militari e di sicurezza nazionale a favorire il monopolio delle comunicazioni radioelettriche. In questi ordinamenti la volontà politica dei governi nazionali di controllare una tecnologia molto potente per l'aggregazione e la conquista del consenso sociale fu accompagnata dalle pressioni degli Alleati (Stati Uniti in primo luogo) che, attraverso la creazione di una “televisione di Stato”, miravano a sottrarre il nuovo mezzo all'arbitrio dei privati e alle derive antidemocratiche.

In Italia una parte delle ragioni che condussero al monopolio pubblico sulle radiocomunicazioni è indubbiamente legata alla concezione economica, imperante nella prima metà del secolo XX secolo, che teorizzava una forte presenza dello Stato nell'economia, sia come imprenditore diretto che come regolatore. È pur vero che questa concezione non impedì il consolidarsi di una concezione “privatistica” della stampa e dell'editoria, corretta solo a tratti da forme di assistenza e di finanziamento dello Stato, volte a sostenere la produzione e il consumo di prodotti editoriali nel paese.

Per quanto suggestive, nessuna tra le diverse spiegazioni avanzate appare decisiva per comprendere la “specialità televisiva”, nonostante le differenze nella disciplina giuridica di stampa e televisione risultino evidenti sin da quando quest'ultima inizia a muovere i primi passi. Non si tratta solo di differenze quantitative, legate all'intensità della regolazione: nel settore televisivo lo Stato non si limita ad assumere il ruolo di regolatore, definendo le modalità e i limiti all'esercizio di una determinata attività, ma indossa i

<sup>3</sup> E. Barendt, *Broadcasting Law: a Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 3.

<sup>4</sup> L.C. Bollinger, *Freedom of the Press and Public Access: Towards a Theory of Partial Regulation of the Mass Media*, in *Michigan Law Review*, 1976, 75.

panni del gestore, esercitando in prima persona l'attività radiotelevisiva e assumendo su di sé il compito di garantire il diritto all'informazione.

Nella duplice veste di regolatori e gestori, nell'arco temporale ricompreso tra le due guerre mondiali, gli Stati europei iniziarono a praticare modelli eterogenei di "servizio pubblico radiotelevisivo", riservando a se stessi l'esercizio esclusivo dell'attività trasmissiva. In questo modo il servizio pubblico radiotelevisivo, già presente nella legislazione europea sin dai primi decenni del XX secolo, «rimane anche nell'esperienza del secondo dopoguerra, come conseguenza dell'acquisita piena consapevolezza del nesso strettissimo tra la disciplina del settore radiotelevisivo (come segmento fondamentale dell'intero sistema informativo) con la stessa forma di Stato democratico»<sup>5</sup>.

Attraverso la creazione di un servizio pubblico radiotelevisivo i governi europei volevano far sì che il processo comunicativo elettronico – che consente di trasmettere informazioni al pubblico, scambiare idee, definire valori e identità comuni – avesse luogo in modo realmente libero, pluralistico, democratico. In altri termini il monopolio televisivo pubblico nacque per proteggere la libertà di essere informati, concepita quale versante passivo della libertà di manifestare il pensiero e di informare<sup>6</sup>.

La riserva allo Stato venne interpretata dagli Stati europei come garanzia di libertà privata: un paradosso all'interno del quale si stempera il tradizionale rapporto autorità-libertà.

Va chiarito, in premessa, che la scelta di riservare alla mano pubblica l'attività radiotelevisiva non fu necessitata, ma scaturì da un'opzione politica degli Stati. Per rendersene conto, basta porre mente ai due modelli di radiodiffusione che si delineano in Europa e negli Stati Uniti alla fine degli anni Venti del secolo scorso. Da un lato, molti paesi europei (tra cui Austria, Inghilterra, Italia, Finlandia, Danimarca, Belgio) dopo aver offerto un sostegno pubblico nella fase iniziale della sperimentazione del mezzo, proseguirono lungo la direttrice "interventista" al momento della sua diffusione, saldando all'interesse economico la volontà di operare un controllo su un apparato che la propaganda bellica aveva dimostrato essere altamente efficace. Dall'altro, gli Stati Uniti si orientarono verso il *pure market model*, e il legislatore nordamericano, applicando i principi del liberismo economico a

<sup>5</sup> P. Caretti, *Radiotelevisione (voce)* in EdD, Aggiornamento, I, 1997, 875.

<sup>6</sup> Sulle diverse libertà di informazione v. L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in Id. (a cura di), *La libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979; Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.

questo settore, preferì affidare al mercato e alla logica del *laissez faire* la diffusione di questo mezzo di comunicazione. Per questo negli Stati Uniti il sistema radiofonico, così come quello televisivo, assunse sin dall'origine un'impronta commerciale, basata sullo sfruttamento delle risorse derivate dalla vendita di spazi pubblicitari. Va segnalato che, nella cultura giuridica americana, i servizi pubblici non possono essere oggetto di riserva statale, essendo convincimento diffuso che i privati possano altrettanto efficacemente garantire la soddisfazione dell'interesse generale. D'altra parte, il *First Amendment* della Costituzione nordamericana si erge a baluardo contro qualsiasi intervento regolativo del Congresso americano che possa condurre a una restrizione della libertà di espressione, tra cui rientra a pieno titolo anche l'attività radiotelevisiva (con l'unica rilevante eccezione della cd. *fairness doctrine*, rimasta in vita per quasi quarant'anni nell'ordinamento nordamericano)<sup>7</sup>.

Evidentemente, l'opzione della "televisione di Stato" non costituisce solo il precipitato della situazione politica dei paesi che vi aderirono, ma esprime un significato culturale più profondo: l'attività radiotelevisiva non può essere trattata come qualsiasi altro servizio economico o imprenditoriale prodotto dal mercato, poiché essa incide sulle libertà civili dei cittadini, sui loro diritti di partecipazione alla vita politica e sociale, sulla integrazione del singolo nella comunità, sullo *status* di cittadino. In altri termini, nell'impostazione seguita da alcuni ordinamenti europei l'attività radiotelevisiva rileva per la "funzione" (sociale, politica, culturale) che svolge a favore dei cittadini, prima ancora che per il servizio che essa offre al mercato e ai consumatori. In virtù della sua rilevanza democratica, essa si connette direttamente alla forma di Stato, intesa come modo in cui si atteggiano i rapporti tra gli elementi costitutivi del medesimo: popolo, territorio, sovranità.

Nell'Europa sconvolta dalla violenza bellica dei conflitti mondiali, alla ricerca di elementi di coesione e di unità, radio e televisione sono immediatamente percepite come "istituzioni" votate al perseguimento di interessi pubblici, alla formazione di un bagaglio comune di valori e idee, alla costruzione delle basi democratiche del sistema nazionale ed europeo. Questo *idem sentire* nei confronti dell'attività radiodiffusiva «deriva dalla circolazione di un modello culturale, nato con la BBC e ancorato al concetto di servizio pubblico», che rapidamente si diffonde nei principali paesi europei<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> W. Hoffmann-Riem, *Regulating Media*, The Guilford Press, New York-London, 1996, 34.

<sup>8</sup> G. Pavani, *op. ult. cit.*, 130.

Sul piano concettuale si delinea un modello comune europeo di servizio pubblico radiotelevisivo, costruito intorno ad un progetto culturale e identitario. Sul piano fattuale, tuttavia, i modelli di servizio pubblico realizzati in Europa differiscono profondamente per organizzazione, regime giuridico, finanziamento. Con un'ambiguità di fondo: nelle democrazie dell'Europa occidentale, il monopolio pubblico viene concepito come mezzo per garantire il pluralismo delle idee e delle opinioni politiche; nei Paesi dell'Europa dell'Est, come anche in Spagna e Portogallo durante gli anni del totalitarismo, il monopolio statale favorisce l'uso della televisione a fini propagandistici e di conservazione dello *status quo* da parte dei regimi di governo.

## 2. Servizio pubblico radiotelevisivo e Stato sociale

La riserva allo Stato di ogni attività radiodiffusiva affonda le radici nel periodo pre-repubblicano: sin dal 1910, lo Stato italiano aveva riservato a se stesso lo sfruttamento dei servizi radiotelegrafici, con la facoltà di rilasciare concessioni e licenze a operatori privati o pubblici. In particolare, con la l. 30 giugno 1910, n. 395, sostanzialmente informata ai principi emersi nella Convenzione di Berlino del 1906, furono affidati in via esclusiva allo Stato (in particolare, al Governo) «lo stabilimento e l'esercizio di impianti radiotelegrafici e radiotelefonici ed in generale di tutti quelli per i quali nello Stato e nelle colonie dipendenti, a terra e sulle navi, si impegna energia allo scopo di ottenere effetti a distanza senza l'uso di conduttori».

Con l'avvento del regime fascista, il carattere "pubblico" del servizio radiodiffusivo venne ad accentuarsi, e su di esso furono stabilite più incisive e penetranti forme di controllo governativo. Il r.d. 14 dicembre 1924, n. 2191, affida la concessione in esclusiva del servizio ad una società di nome Unione radiofonica italiana (URI), risultante dalla fusione della Radiofono – Società italiana per le radiocomunicazioni circolari, azionista di maggioranza, con la Società italiana radio audizioni circolari (SIRAC). Di lì a qualche anno (1927) l'URI venne trasformata in EIAR (Ente italiano audizioni radiofoniche) e subito dopo, nel 1929, l'EIAR ottenne la concessione esclusiva di trasmissione per un periodo di venticinque anni; questa soluzione, per molti aspetti, si tradusse in un rafforzamento della presenza governativa nell'organizzazione imprenditoriale e nella gestione della radiodiffusione. L'affidamento ad un unico soggetto, oltre che consentire un più facile controllo del governo sull'organizzazione e sull'attività dell'ente gestore, aveva l'indubbio pregio tecnico di risolvere in radice il problema delle interfe-

renze, dovuto ad una non razionale dislocazione degli impianti di trasmissione appartenenti ad imprese diverse.

Nel 1936, l'emanazione del Codice postale (r.d. n. 645/1936) condusse a un ulteriore irrobustimento della riserva statale, che venne così a estendersi a tutti i servizi di telecomunicazione, tra cui i servizi telegrafici, telefonici, radioelettrici, via cavo e ottici. Successivamente, con il d.lt. n. 457/1944, l'EIAR assunse la denominazione sociale di RAI (Radio audizioni Italia), e, in piena occupazione tedesca, venne riconfermato il sistema monopolistico.

In questo stesso lasso temporale le funzioni di controllo e di vigilanza sulle radioaudizioni circolari furono affidate a due organismi di nuova istituzione: il comitato per la determinazione delle direttive di massima culturali, artistiche ed educative (costituente un organo tecnico del Ministero delle poste e telecomunicazioni e derivante le sue origini dal comitato superiore di vigilanza istituito nel 1927), dotato di compiti prevalentemente di indirizzo sul contenuto dei programmi; e la commissione parlamentare di vigilanza sulle radiodiffusioni<sup>9</sup>. Il coinvolgimento del Parlamento – più formale che sostanziale, a dire il vero – rappresenta il primo segnale della volontà politica di sottrarre l'attività radiodiffusiva al controllo esclusivo dell'esecutivo, che riecheggerà negli anni a venire, come un *leit motiv*, nella giurisprudenza costituzionale sul servizio pubblico radiotelevisivo.

Dopo l'avvento della Costituzione repubblicana il monopolio pubblico trovò la sua giustificazione nella facoltà, espressamente prevista all'art. 43 Cost., di riservare «originariamente» allo Stato «determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale». La logica di scarsità, sopra ricordata, consentì infatti di ricondurre a una situazione di monopolio naturale l'etere e le frequenze elettromagnetiche, rendendo possibile la riserva originaria allo Stato delle imprese che operavano in questo settore. La riserva allo Stato, tuttavia, non implicava necessariamente l'esercizio diretto dell'attività radiodiffusiva da parte di quest'ultimo: per la gestione del servizio venne infatti previsto il conferimento di concessioni plurime a privati, disciplinate in modo da garantire il controllo pubblico sulle radiodiffusioni<sup>10</sup>. In questo modo, la riserva venne ad atteggiarsi come tecnica di controllo governativo sui profili tecnici inerenti ai “nuovi” mezzi di comunicazione, rivolta non soltanto nei confronti delle attività di servizio pubblico, ma anche di quelle di carattere privato. Dal punto di vista tecnico, dunque, le concessioni rila-

<sup>9</sup> D.lg.c.s. 5 aprile 1947, n. 428.

<sup>10</sup> M.A. Sandulli, *op. cit.*, 192.

sciate ai privati assunsero la forma di concessioni di beni (frequenze) prima ancora che di concessioni di servizi<sup>11</sup>.

Per quanto riguarda il carattere di “preminente interesse generale” dell’attività, il legislatore nazionale non incontrò particolari difficoltà nel giustificare la riserva statale sui servizi di radiodiffusione in base alla loro pubblica utilità e agli obiettivi educativi, artistici e culturali che, nell’interesse dei cittadini, potevano essere meglio perseguiti attraverso la gestione monopolistica. Più realisticamente, la scelta politica a favore del monopolio pubblico sulla comunicazione radioelettrica riusciva a spiegarsi con l’importanza della nuova tecnologia nella costruzione del consenso, come aveva dimostrato la propaganda attuata mediante la radio durante il periodo bellico, oltre che con la sua altissima pervasività.

In questo quadro, il diritto all’informazione assunse lo spessore di un vero e proprio *diritto sociale*, che comportava una responsabilità immediata dei soggetti pubblici<sup>12</sup>. L’idea di servizio pubblico radiotelevisivo rientrava appieno nel modello di Stato sociale che progressivamente si diffuse in Europa a partire dalla fine della seconda guerra mondiale.

La concessione per l’attività di trasmissione fu assegnata in via esclusiva alla società RAI, per conto dello Stato. Nel 1952 si giunse al rinnovo (il primo dopo l’entrata in vigore della Costituzione) della concessione in esclusiva del servizio pubblico a favore della RAI<sup>13</sup>, per un periodo ventennale. In seguito, con una deliberazione dell’assemblea societaria adottata il 10 aprile 1952, la RAI assunse l’attuale denominazione “RAI-Radiotelevisione italiana” e nel gennaio 1954, dopo due anni di sperimentazioni, venne avviato il servizio televisivo nazionale.

Quando la televisione inizia a essere effettivamente utilizzata dagli italiani, il suo percorso regolativo è in gran parte già segnato dalle scelte già compiute in relazione alla radio. Siamo alle soglie del boom economico, che consacrerà definitivamente la televisione come *status symbol* di un ritrovato benessere, dopo le miserie postbelliche. All’epoca, numerosi paesi europei erano più avanzati del nostro nel settore radiotelevisivo: erano trascorsi molti anni dai primi esperimenti televisivi, se si considera che la prima immagine televisiva in movimento della storia – la sagoma di un gatto di legno, il gatto Felix, in rotazione su un fonografo – risale al 1928<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> P.A. Capotosti, *Modelli normativi della concessione radiotelevisiva: il problema del servizio pubblico*, in Aa.Vv. (a cura di), *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1980, 94.

<sup>12</sup> V. Crisafulli, *Problematica della «libertà d’informazione»*, in *Il politico*, 1964, 300.

<sup>13</sup> D.R. 26 gennaio 1952, n. 180.

<sup>14</sup> S. Baldassarini, *Il sistema radiotelevisivo*, in A. Abruzzese, A. Dal Lago (a cura di), *Dal-*

In Italia, sono le ore 11.00 di domenica 3 gennaio 1954 quando sul video appare Fulvia Colombo, la prima annunciatrice della televisione italiana: nessuno immaginava che quel semplice elettrodomestico, negli anni a venire, avrebbe occupato prepotentemente la vita privata e pubblica dei cittadini italiani. Con la televisione, nelle case degli italiani iniziano ad entrare varietà, teatro, musica e notizie da ogni parte del mondo. La nascita del servizio pubblico radiotelevisivo segna l'avvio della costruzione di un patrimonio di storia e tradizione italiane, riconosciuto anche a livello internazionale. Da quel momento in avanti la RAI diverrà, nel bene e nel male, un punto di riferimento per tutti gli italiani.

### 3. Il paradigma BBC

Non è possibile neppure avviare il discorso sulla missione del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia senza fare un breve riferimento all'esperienza britannica della *British Broadcasting Corporation*, l'archetipo di tutti i servizi pubblici europei. La *British Broadcasting Corporation* (d'ora in avanti BBC) rappresenta, a livello mondiale, il paradigma di gestione pubblica della radiodiffusione e, più in generale, dei mass media. A tutt'oggi la BBC è considerata il principale punto di riferimento, il *benchmark* naturale per qualsiasi emittente – pubblica e privata – che si prefigga di realizzare una programmazione non puramente commerciale, ma dotata di contenuti pedagogici, culturali, formativi. In sostanza la televisione pubblica inglese è il modello universale e insuperato di servizio pubblico radiotelevisivo.

La BBC è stata la prima impresa nel mondo a fornire un regolare servizio di trasmissioni radioniche (1922) e televisive (1936). Nel 1927, in seguito alle raccomandazioni della Commissione Crawford, il consorzio di costruttori di apparecchi radiofonici (*British Broadcasting Company*) che nel 1922 aveva iniziato a trasmettere il segnale radio in modo circolare, avvalendosi di una rete inizialmente composta da 8 stazioni, venne trasformato in società a capitale pubblico: la “pubblicizzazione” dell'ente fu ritenuta più coerente con la missione di attività priva di scopi lucrativi ad esso attribuita. Si legge negli atti della Commissione Crawford che «nessuna azienda o organizzazione costituita – direttamente o indirettamente – a scopo di lucro a vantaggio dei suoi componenti può essere considerata adeguata» per l'esercizio di una attività di rilevanza sociale e culturale qual è il servizio radio-

*L'argilla alle reti: introduzione alle scienze della comunicazione*, Costa & Nolan, Genova, 1999, 175.

diffusivo. Nel respingere con decisione il modello commerciale statunitense, basato sulla «totale e incontrollata libertà di trasmissione e inadatto al Paese», la Commissione di inchiesta guidata dal conte di Crawford raccomandò la trasformazione della BBC in ente pubblico: così, dopo soli cinque anni di attività, il consorzio di imprese private nato per la trasmissione e ricezione del segnale radio fu trasformato in “corporazione di diritto pubblico”, sotto la nuova (e attuale) denominazione di *British Broadcasting Corporation*. È interessante notare che, nel Regno Unito, il servizio radiotelevisivo privato prese il via solo alla metà degli anni Cinquanta, mentre il servizio radiofonico privato iniziò addirittura negli anni Settanta, a livello locale, e nel 1992 su scala nazionale.

L'avvio dell'attività radiodiffusiva privata sollevò nel Regno Unito forti critiche e obiezioni, fondate essenzialmente sull'argomentazione che l'iniziativa privata avrebbe abbassato la qualità del servizio. In realtà come rivela la dottrina più attenta, la scelta iniziale e la conservazione del monopolio pubblico sull'attività radiodiffusiva «ha a che fare più con la preoccupazione politica per la potenziale influenza e condizionamento del mezzo, che con qualsiasi teorica o pratica preoccupazione circa il servizio in sé»<sup>15</sup>. In modo speculare, l'introduzione in Gran Bretagna della televisione commerciale probabilmente ha meno a che fare con la promozione del pluralismo che con l'idea politica portata avanti dal Partito Conservatore circa la naturale spettanza dell'attività radiotelevisiva all'industria privata<sup>16</sup>.

Sin dagli esordi della BBC, il suo fondatore – il direttore generale John Reith, alla guida della *corporation* dal 1922 al 1938 – vide nell'attività radiodiffusiva la massima espressione dello “spirito della nazione”, e vi attribuì una missione etica prima ancora che imprenditoriale, consistente nell’ “educare, informare, divertire” tutti i cittadini. Questa triade di funzioni “culturali” rappresentò l'*imprinting*, la caratteristica primigenia fissata nel sistema nervoso del servizio pubblico britannico, che contraddistinguerà in modo peculiare l'attività della BBC negli anni a seguire e verrà ripresa da tutti i servizi pubblici europei. L'enfasi posta sulla funzione culturale del servizio pubblico da parte di Lord Reith attesta come, geneticamente, l'obiettivo ultimo della BBC fosse l'uomo, e non il mercato: il servizio pubblico britannico nasce per soddisfare le esigenze degli individui, migliorare il loro status di cittadini, non per scopi economici e commerciali. Analogamente, il

<sup>15</sup> A.R. Smith, *Television: an International History*, Oxford University Press, New York, 1997, 30-31.

<sup>16</sup> J. Curran, I. Seaton, *Power without Responsibility: The Press, Broadcasting and New Media in Britain*, 6th ed., Routledge, London, 2003, 160.

## rai e servizio pubblico radiotelevisivo

servizio offerto dalla BBC è pubblico in quanto rivolto a soddisfare l'interesse *del* pubblico, non perché diffuso in forma aperta per il mercato.

A seguito della pubblicizzazione, avvenuta nel 1927, l'emittente radiotelevisiva pubblica del Regno Unito venne disciplinata mediante uno Statuto reale (*Royal Charter*), poiché si ritenne che l'istituzione mediante legge comportasse un coinvolgimento troppo diretto del Parlamento, e dunque delle forze politiche, nella regolazione di un servizio che doveva invece nascere e svilupparsi all'insegna dell'indipendenza. La *Royal Charter* ha tuttora il compito di definire la struttura, le finalità di pubblico interesse e gli obiettivi strategici del servizio pubblico radiotelevisivo: tra questi ultimi si segnalano, in particolare, il sostegno alla cittadinanza; la promozione dell'educazione e dell'apprendimento; la promozione della creatività e dell'eccellenza in campo culturale; la diffusione della conoscenza delle nazionalità, delle comunità e delle regioni che fanno parte del Regno Unito; la diffusione dell'immagine del Regno Unito nel mondo e promozione della conoscenza di altri paesi nel Regno Unito; la diffusione dei benefici derivanti dall'evoluzione tecnologica nel campo delle telecomunicazione, con particolare riferimento allo sviluppo della Tv digitale. Oltre a ciò, la *Royal Charter* detta le norme di base sull'ordinamento del servizio pubblico radiotelevisivo e ne garantisce l'indipendenza editoriale. Alla *Royal Charter* si affianca un Accordo (*Agreement*) che regola nel dettaglio le indicazioni contenute nell'atto istitutivo, con particolare riferimento alla *governance*, alla gestione finanziaria ed all'indipendenza editoriale. L'*Agreement* è stipulato tra la BBC e il Ministro della cultura, dei media e dello sport (il più recente risale al luglio 2006) ed è approvato all'esito di un approfondito dibattito parlamentare. L'ultima *Royal Charter* è stata adottata il 19 settembre 2006 (in vigore dal 1 gennaio 2007) e scadrà il 31 dicembre 2016. Recependo una proposta formulata in tal senso nel *Green Paper* elaborato nel 2005 dal Ministro della cultura dei media e dello sport, sulla base dei lavori svolti da una Commissione indipendente di studio insediata dallo stesso ministro, la *Royal Charter* del 2006 ha introdotto una rilevante modifica organizzativa: a partire dal 1 gennaio 2007, il *BBC Trust* (assimilabile, come figura giuridica, ad una fondazione) ha sostituito il precedente organo di indirizzo, il *Board of Governors*. Il *BBC Trust* è formato da dodici membri di comprovata esperienza, nominati dalla Corona a seguito di una selezione pubblica, su parere dei Ministri competenti: tra essi, si distinguono 4 componenti nazionali, che rappresentano Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord, ed un componente internazionale che ha una competenza specifica sui servizi internazionali offerti da BBC, incluso il World Service. Il *Trust* ha compiti di indirizzo e controllo sulla BBC, ed è del tutto indipendente dall'*Executive Board*, guidato dal di-

rettore generale. È significativo notare che l'allora *Board of Governors* aderì in modo convinto alla proposta di auto-riforma, mentre manifestò un netto dissenso nei confronti del progetto di riforma del sistema di finanziamento del sistema radiotelevisivo pubblico, rimasto poi senza seguito. Secondo il *Board of Governors*, infatti, l'abolizione o il ridimensionamento del canone avrebbe reso la BBC un'emittente radiotelevisiva non più pubblica ma privata, costretta a competere con concorrenti dotati di maggiore forza commerciale e ad abbandonare, di conseguenza, programmi di alta qualità informativa o artistica. Questi ultimi programmi, dotati di finalità educative e maggiormente rispondenti alle funzioni "culturali" del servizio pubblico, sono evidentemente meno competitivi – in termini di audience e di attrattività per gli inserzionisti – rispetto ai programmi di largo consumo realizzati dalle televisioni private.

Per questo motivo la BBC continua ad essere finanziata in modo prevalente da un canone (*licence fee*) imposto a tutti i possessori di un apparecchio televisivo, mentre una parte minore di entrate proviene dalla vendita di programmi prodotti dall'emittente pubblica. Ora, come al momento della nascita, la BBC non percepisce alcuna entrata pubblicitaria e, grazie a questa regola, i suoi programmi sono affrancati da ogni condizionamento da parte del mercato e degli inserzionisti privati. Le entrate pubblicitarie sono completamente assorbite dal sistema televisivo commerciale, cui si applicano alcuni obblighi di servizio minimi – evidentemente legati ad una concezione oggettiva di servizio pubblico radiotelevisivo – ma non paragonabili in termini quantitativi e qualitativi agli obblighi gravanti sulle emittenti rientranti nella cerchia del *Public Service Broadcasting*.

Da sottolineare che, in Gran Bretagna, la distinzione di fondo tra televisione pubblica e commerciale si è basata, a lungo, sulla raccolta pubblicitaria: tutte le emittenti sono soggette in qualche misura ad obblighi di servizio, e pertanto partecipano alla realizzazione del servizio pubblico radiotelevisivo in senso ampio (cd. *Commercial Public Service Broadcasting*), ma solo la BBC è alimentata esclusivamente da risorse pubbliche, derivanti dal canone. Le preoccupazioni riguardanti l'introduzione della televisione commerciale, sopra ricordate, spiegano il motivo dell'estensione ad essa di una parte degli obblighi di pubblico servizio, posti a salvaguardia del sistema democratico oltre che dei diritti degli spettatori<sup>17</sup>. L'ingresso di televisioni commerciali nel settore (Channel 3 – ITV, Channel 5) diede vita al *comfortable duopoly*, un sistema protetto destinato a durare negli anni: grazie ad esso,

<sup>17</sup> B. Sendall, *Independent Television in Britain, Volume 1: Origin and Foundation, 1946-62*, London, Macmillan press, 1982, 32-33.

la televisione privata non subì la concorrenza della televisione pubblica nelle entrate commerciali, mentre la BBC e la televisione commerciale stabilirono da subito una convivenza pacifica grazie alla separazione delle fonti di finanziamento. Anche quando, nel 1982, venne creata una seconda emittente pubblica nazionale, Channel 4, una *corporation* in mano pubblica, istituita per legge (*statutory corporation*) e priva di scopo di lucro ma alimentata grazie a entrate pubblicitarie e sponsorizzazioni, il *comfortable duopoly* mantenne la sua funzione protettiva. Channel 4 fu infatti istituito con il preciso compito di rispondere alla domanda di una società multiculturale mediante l'innovazione e la sperimentazione, e per legge la sua programmazione deve puntare a soddisfare gusti ed interessi minoritari, o comunque non rispondenti alla richiesta di massa presente sul mercato: la missione culturale intestata alla nuova emittente pubblica rappresenta la miglior garanzia di non (diretta) concorrenza tra la sua programmazione e quella del settore privato. In cambio, la commercializzazione degli spazi pubblicitari di Channel 4 venne sin dall'origine riservata alla televisione commerciale privata, nel pieno rispetto della divisione dei ruoli tra emittente pubblica e privata.

Con l'approvazione del *Broadcasting Act* del 1990 si assistette ad una graduale attenuazione del *comfortable duopoly*, collegata all'ampliamento l'offerta televisiva e alla nascita di emittenti non direttamente soggette ad obblighi di servizio pubblico, ancorché tenute al rispetto di standard contenutistici stabiliti dai codici di condotta. Sullo sfondo di una soluzione favorevole al rispetto di regole qualitative per le imprese private (cd. *content regulation*) vi era l'idea che la scarsità dello spettro giustificasse l'imposizione di standard contenutistici (diversità, varietà, rispetto del buon gusto e della decenza, accesso, imparzialità e veridicità dell'informazione) tanto alle emittenti pubbliche quanto alle imprese commerciali che svolgevano attività radiodiffusiva terrestre e gratuita (*free-to-air*); unita alla convinzione che la televisione, pubblica e privata, rivestisse un ruolo determinante nello svolgimento dei processi democratici.

In Gran Bretagna viene così a delinearsi un "servizio pubblico radiotelevisivo" in senso oggettivo (*public service broadcasting*), nell'ambito del quale un ventaglio di soggetti diversi (BBC, Channel 3, Channel 4, Channel 5) offrono servizi complementari e concorrenti grazie ad una regolazione a strati o a cerchi concentrici: le emittenti commerciali sono tenute a fornire un'ampia gamma di programmi (*wide range*), tenendo conto anche del condizionamento imposto dal finanziamento pubblicitario, mentre la BBC è tenuta a garantire completezza (*full range*) di programmazione, in termini di generi, contenuti, orientamenti politici e culturali.

Il vantaggio di imporre ad un numero maggiore di emittenti una pro-

grammazione varia e diversificata, rompendo il monopolio BBC sul servizio pubblico, consiste nella possibilità di offrire proporzionalmente maggior ampiezza di scelta agli spettatori e ascoltatori. Vantaggio che diviene tanto più apprezzabile nel momento in cui l'emittenza radiotelevisiva terrestre è integralmente digitalizzata: a partire dal 2012, anno del definitivo *switch off* analogico a favore della tecnologia digitale terrestre, si assiste nel Regno Unito ad una moltiplicazione dei programmi trasmessi *free-to-air*, con notevole incremento della *diversity* contenutistica. Va peraltro sottolineato che, anche nel nuovo ambiente digitale, la BBC conserva una posizione di assoluta preminenza rispetto alla televisione commerciale, sia da un punto di vista economico che culturale. L'emittenza radiotelevisiva terrestre è inoltre affiancata da un servizio televisivo satellitare e via cavo, attivo nel Regno Unito a partire dal 1998 con l'ingresso sul mercato di BskyB, che ha portato alla diffusione di numero crescente di canali e servizi interattivi. Tutti i servizi commerciali – terrestri, satellitare via cavo – sono sottoposti alla regolazione dell'*Office of Communications (Ofcom)*, un'autorità amministrativa indipendente dotata di funzioni regolative per il settore.

Volendo riassumere, e tralasciando molti aspetti del sistema britannico che in questa sede non possono essere affrontati, due sono le caratteristiche che rendono peculiare il servizio radiotelevisivo offerto dalla BBC. La prima attiene all'idea di *universalità*, sia nel senso geografico che i contenuti prodotti dalla concessionaria pubblica devono essere disponibili in tutto il territorio nazionale (*national coverage*), sia nel senso commerciale che essi devono essere idonei a soddisfare i diversi gusti e interessi (*diversity*). La seconda caratteristica attiene all'idea di "*responsabilità culturale*", nel senso che la programmazione BBC deve avere la finalità di informare e educare il pubblico, garantendo sempre un alto livello qualitativo, oltre a quella di intrattenere gli spettatori<sup>18</sup>. Il *Communications Act* del 2003 contiene una serie di norme che, oggi, tipizzano legislativamente le finalità proprie del servizio pubblico radiotelevisivo, rispecchiando quelle sin qui descritte.

I tratti caratterizzanti della BBC sono divenuti, nel tempo, un punto di riferimento assoluto per il servizio pubblico radiotelevisivo mondiale, non solo europeo. Le definizioni di emittenza pubblica sono quanto mai varie, così come le forme giuridiche attraverso le quali il servizio pubblico si realizza. Tuttavia, alcuni elementi ricorrono stabilmente nelle diverse esperienze nazionali, quasi che i diversi governi nazionali, in materia di servizio pubblico radiotelevisivo, avessero pattuito sin dall'origine una *koiné* con l'intento di preservare alcuni valori condivisi. Un linguaggio comune che è

<sup>18</sup> T. Gibbons, *Regulating The Media*, London, Sweet and Maxwell, 1998, 56.

ispirato, in particolare, a quello utilizzato in origine dalla BBC, capostipite di tutti i servizi pubblici radiotelevisivi.

#### 4. La televisione come bene “pubblico”

I diversi modelli europei sembrano condividere, anzitutto, il presupposto concettuale che fonda la regolazione “speciale” del servizio pubblico radiotelevisivo: la differenza ontologica tra le industrie che producono beni d’uso quotidiano, commerciale, e quelle che producono informazione e beni culturali. Partendo da questo assunto, la maggior parte degli ordinamenti europei converge sull’idea che questi due tipi di attività non possano essere governate da regole uniche, di matrice commerciale o comunque ascrivibili al diritto comune.

Questa concezione, qui rappresentata necessariamente in modo sommario, non ha nulla a che vedere con la fiducia nel mercato e nella sua capacità di allocare correttamente le risorse disponibili: oltre un secolo e mezzo addietro, uno dei massimi esponenti del liberalismo, il filosofo ed economista John Stuart Mill, avvertiva che, a differenza delle attività commerciali, «vi sono altre cose, del cui valore la domanda del mercato non costituisce affatto un criterio di giudizio; cose la cui utilità non consiste nel soddisfare le inclinazioni, né nel servire gli usi quotidiani della vita, e la cui scarsità viene avvertita di meno laddove il bisogno è più elevato. Ciò è particolarmente vero per quelle cose che sono primariamente utili perché tendono a migliorare il carattere dell’essere umano»<sup>19</sup>.

Mill si riferiva all’istruzione, ma il suo ragionamento può bene estendersi alle comunicazioni, ed in particolare alla comunicazione radiotelevisiva. Esiste un “interesse pubblico” in senso valoriale sottostante all’attività televisiva che non può essere adeguatamente garantito dal mero funzionamento di un meccanismo allocativo di risorse economiche, ma necessita di interventi correttivi da parte dei governi: la teoria economica non si adatta fino in fondo al mercato delle comunicazioni, poiché i prodotti mediatici, ed in particolare la programmazione radiotelevisiva, hanno un valore culturale, sociale, politico, non misurabile in termini economici o commerciali. Occorre dunque garantire che questi beni non economici (o comunque non solo economici), «del cui valore la domanda del mercato non costitui-

<sup>19</sup> J.S. Mill, *Of the Ground and Limits of the Laissez Faire or Non-Interference Principle*, in *The Principle of Political Economy*, Libro 5, ca 11, III ed., 1847 (ed it. *Principi di economia politica*, Torino Utet libreria, 2006), 8.

sce affatto un criterio di giudizio» (secondo la definizione di Mill), vengano indirizzati al miglioramento degli individui e della società nel suo insieme, evitando il loro asservimento ad interessi lucrativi particolaristici.

Come l'istruzione, la sanità, i beni culturali, anche la televisione interessa la società nel suo insieme, e pertanto reca su di sé un vincolo funzionale, una destinazione genetica al progresso individuale e alla vitalità democratica. In fondo, potrebbe ripetersi per la televisione quanto autorevolmente rilevato in relazione al "bene culturale": «è pubblico in quanto bene di fruizione, non di appartenenza»<sup>20</sup>. Come i beni culturali, anche la televisione svolge anche una "funzione sociale", consistente nella diffusione e di sviluppo delle idee e della cultura<sup>21</sup>.

L'accostamento tra attività radiotelevisiva e beni culturali, di recente, è stato suggerito anche dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, che, nel deplorare «le persistenti e crescenti minacce» all'integrità e al valore precipuo della cultura, ha chiarito che «Le opere audiovisive, in ragione del loro valore culturale, non devono essere equiparate a merci, ma semmai considerate al pari di qualsiasi altro servizio (...)»<sup>22</sup>.

La televisione è dunque un "bene pubblico", nel senso che i benefici da essa prodotti sono fruiti da parte del pubblico nel suo complesso, o da parte di alcuni gruppi sociali. Se a queste considerazioni si aggiunge che la libertà di informazione possiede anche un versante passivo, oltre che uno attivo, rappresentabile come *diritto di essere informato* dell'individuo, riesce a cogliersi appieno la funzione sociale della radiotelevisione. Il diritto di essere informato spetta all'individuo sia come singolo che come membro di una comunità: in questa veste, il cittadino ha diritto a ottenere informazioni, idee, proposte che possano guidarlo nell'esercizio di ulteriori libertà democratiche, come ad esempio il diritto di voto, di partecipazione istituzionale, di opinione, di confessione religiosa, di insegnamento.

Da questo punto di vista l'attività radiotelevisiva risulta intrinsecamente provvista di una funzione sociale, dal momento che la televisione, più di ogni altro mezzo di comunicazione, serve ad informare, educare, intrattenere i cittadini (quantomeno sino ad oggi, visto che l'avvento di internet e dei *new media* sta rivoluzionando rapidamente le abitudini dei cittadini/ utenti). Tutta l'attività radiotelevisiva, sia pubblica che privata. Per usare una terminologia più familiare ai giuristi, si potrebbe dire che il "si-

<sup>20</sup> M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3.

<sup>21</sup> G. Rolla, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, 563 ss.

<sup>22</sup> Raccomandazione n. 1674/2004.

stema televisivo” costituisce, nel suo insieme, un servizio pubblico in senso *oggettivo*.

Di più: considerato l’impiego massiccio da parte della popolazione italiana, la radiotelevisione può essere considerata a pieno titolo un servizio pubblico a carattere *essenziale*. I dati Censis relativi al 2015 dimostrano che, nel nostro Paese, la televisione è ancora la regina incontrastata dei media: la televisione raggiunge il 96,7% della popolazione, con un rafforzamento del dato relativo alle nuove televisioni. La web tv, in particolare, ha raggiunto un livello di utenza del 23,7%, mentre le TV satellitari si attestano al 42,4%, la TV connessa al 10%. La prima fonte di informazione restano i telegiornali, visti dal 76,5% della popolazione, seguono i giornali radio con il 52%, i motori di ricerca su internet con il 51,4%, le TV all news con il 50,9% e infine *Facebook* con il 43,7% (la situazione cambia, però, se i dati vengono calcolati sui giovani: al primo posto si colloca *Facebook* come strumento di informazione con il 71,1% di utenze, al secondo posto Google con il 68,7% e solo al terzo posto compaiono i telegiornali con il 68,5%).

L’attività radiotelevisiva, pertanto, sembra perfettamente rientrare nella tradizionale definizione di servizio pubblico essenziale quale attività che, rivolgendosi alla generalità dei consociati in assenza di discriminazioni, «soddisfa un bisogno essenziale della collettività, favorendo il miglioramento delle condizioni fisiche, economiche ed intellettuali delle persone»<sup>23</sup>. Essa può ritenersi un servizio pubblico essenziale per la sua vocazione ad incrementare (quantomeno potenzialmente) un diritto sociale spettante a tutti: il diritto all’informazione.

Questo, però, è vero solo in presenza di contenuti che rispettino determinati standard qualitativi, assicurando che le potenzialità del mezzo televisivo siano convogliate nella giusta direzione, a servizio della collettività e non di interessi economici particolari. La qualità della programmazione, da sempre, giustifica la presenza di un servizio pubblico in senso *soggettivo*, ossia esercitato direttamente o indirettamente dall’autorità pubblica, a cui spetta garantire determinati standard contenutistici che favoriscono la realizzazione di alcuni diritti fondamentali: informazione, istruzione, educazione. In altri termini, il servizio pubblico radiotelevisivo in senso *soggettivo* esiste per assicurare che si compia la naturale attitudine della radiotelevisione al miglioramento degli individui e della società, evitando, al contempo, che l’enorme potenzialità di condizionamento di questo mezzo sia asservita ad interessi lucrativi particolaristici.

<sup>23</sup> G. Zanobini, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da V. E. Orlando, vol. II, parte 3°, Milano, Giuffrè, 1935, 237.

L'emittenza pubblica personifica il servizio pubblico essenziale di informazione/formazione, come dimostrano le stringenti regole contenutistiche a cui essa è sottoposta. Una riprova di ciò può ricavarsi dalla definizione contenuta nella legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge n. 146 del 1990), che, seppure limitatamente i fini della medesima legge, considera essenziali i servizi «volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, all'assistenza e alla previdenza sociale, all'istruzione e *alla libertà di comunicazione*», indicando specificamente l'informazione radiotelevisiva pubblica tra le attività economiche rispetto alle quali il diritto di sciopero deve essere esercitato nel rispetto di misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili.

La funzionalizzazione dell'emittenza pubblica all'interesse della collettività si coglie anche osservando il fenomeno televisivo dalla prospettiva del diritto dell'economia. Si è detto che «attraverso il servizio pubblico televisivo le autorità pubbliche assumono una posizione attiva con la quale riscattano il ruolo del telespettatore, che passerebbe da oggetto della contrattazione tra emittenti e distributori dei servizi di pubblicità a soggetto parte della programmazione televisiva»<sup>24</sup>. Non necessariamente nel senso di soggetto che può avanzare legittime pretese nella definizione dei palinsesti del servizio pubblico, come peraltro è stato autorevolmente sostenuto<sup>25</sup>, ma come titolare di un diritto ad essere (correttamente) informato, la cui tutela conforma le scelte della programmazione pubblica.

La preoccupazione del legislatore italiano, pertanto, è che la programmazione televisiva venga disegnata non per soddisfare le esigenze degli utenti, ma per rispondere alla richiesta degli inserzionisti; laddove chi usufruisce dei programmi e dei servizi televisivi non è l'utente, che è addirittura l'oggetto della contrattazione di quel mercato, poiché incarna "il bene" che i gestori televisivi vendono ai soggetti pubblicitari<sup>26</sup>.

In questo quadro, la missione specifica del servizio pubblico radiotelevisivo è costituita, oltre che dagli obblighi informativi, da una generale "responsabilità culturale" nei confronti dei cittadini: spetta all'emittenza pubblica creare coesione sociale, dare voce alle minoranze, educare

<sup>24</sup> F. Giglioni, *Il servizio pubblico nel sistema televisivo tra esigenze democratiche e riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 979.

<sup>25</sup> C. Marzuoli, *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?*, in *Diritto della radiodiffusione e delle telecomunicazioni*, 2000, 765.

<sup>26</sup> V. Onida, *Relazione introduttiva*, in V. Roppo, (a cura di), *La televisione fra autonomia e controlli*, Padova, 1995, 76.

e elevare moralmente, tutelare e rafforzare l'identità nazionale di un popolo<sup>27</sup>.

## 5. Il progetto culturale "RAI". Le origini

Attualmente, la RAI s.a. è una impresa pubblica a cui lo Stato ha affidato la gestione del servizio pubblico radiotelevisivo. L'originaria partecipazione azionaria dei privati nella società (1,0%) fu ceduta all'IRI nel 1974, cosicché a partire da quella data il capitale sociale della RAI passò interamente alla mano pubblica (Iri 99,55%; Siae 0,45%) e venne posto sotto il controllo del ministero del tesoro. La RAI è attualmente considerata una società privata di diritto speciale<sup>28</sup>, in particolare una "società di interesse nazionale" ai sensi dell'art. 2461 del codice civile.

Pur essendo escluso che la RAI sia equiparabile *in toto* a una pubblica amministrazione, alcuni elementi contribuiscono a renderne ambigua la natura giuridica: la RAI è sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare, espressione dello Stato-comunità; è destinataria, per coprire i costi del servizio, di un canone di abbonamento, avente natura di imposta e gravante su tutti i detentori di apparecchi di ricezione di trasmissioni radiofoniche e televisive, che è riscosso e le viene versato dall'Agenzia delle Entrate; è compresa tra gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, sottoposti pertanto al controllo della Corte dei Conti.

Ciò ha spinto la giurisprudenza della Cassazione a qualificare la RAI come organismo di diritto pubblico cui spetta «osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica nella scelta dei propri contraenti per gli appalti dei servizi»<sup>29</sup>, nonché rispettare i principi (anche) di derivazione comunitaria – trasparenza, pubblicità e imparzialità – per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi. Una (discussa) pronuncia della Cassazione ha inoltre stabilito qualche anno fa che il carattere privatistico del rapporto di lavoro subordinato che lega i dipendenti e gli amministratori alla RAI non esenta questi ultimi dall'azione di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti dell'ente di appartenenza, affidata alla giurisdizione del giudice contabile<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> K. Jakubowicz, *Se non noi, chi allora? Emittenza pubblica e cultura nel XX secolo*, in *Il Servizio pubblico radiotelevisivo nel panorama mediatico europeo*, a cura di C. Nissen, RAI ERI, 2007, 56.

<sup>28</sup> R. Zaccaria, *Radiotelevisione e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1977, 174.

<sup>29</sup> Cass., sez. unite, 23 aprile 2008, n. 10443.

<sup>30</sup> Cass. sez. unite, ord. 22 dicembre 2009 n. 27092.

In considerazione della proprietà interamente pubblica e del particolare legame che unisce la RAI all'amministrazione statale, il diritto nazionale e comunitario consente tacitamente a questi due soggetti di stipulare contratti tra loro in deroga alla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Così, a far data dal gennaio 1954, il servizio pubblico radiotelevisivo in Italia è affidato per concessione alla RAI Radiotelevisione italiana s.p.a., che lo svolge sulla base di un Contratto nazionale di servizio triennale stipulato con il Ministero dello sviluppo economico. Nelle more dell'approvazione del Contratto di servizio 2013-2015 (ad tutt'oggi non sottoscritto), dal 1 gennaio 2013 la RAI svolge i propri compiti di servizio pubblico in regime di *prorogatio*, ai sensi del Contratto di servizio 2010-2012.

La concessione di servizio tra il Ministero dello sviluppo economico e la RAI ha durata ventennale. L'attuale concessione giungerà a scadenza il 6 maggio 2016: oltre quella data, nessuna norma vigente assicura un rinnovo a favore di RAI, aprendo possibili scenari di frammentazione e privatizzazione del servizio pubblico.

Al di là delle modalità tecniche di gestione del servizio, e a prescindere dai titoli giuridici che ne consentono l'esercizio, ciò che conta davvero è che la programmazione televisiva pubblica venga indirizzata a servizio della collettività. La programmazione televisiva pubblica si caratterizza, o quantomeno nasce con l'idea di caratterizzarsi per il maggior spessore "culturale" rispetto a quella commerciale, per la "funzione" identitaria che svolge a beneficio dei cittadini/utenti. Essa veicola, in qualche modo, la cultura ufficiale di un paese, espressa in forma di musica, drammaturgia e teatro, balli, letteratura e poesia, arti visive, architettura e beni culturali, film, commedie, sport, serie tv. Soprattutto a favore delle fasce giovani di popolazione che, più delle altre, devono essere avvicinate alla società e alla sua cultura. Quando è correttamente realizzato, il servizio pubblico radiotelevisivo ha il compito fondamentale di fare sì che gli spettatori si sentano in sintonia con la società e la cultura a cui appartengono<sup>31</sup>.

Il progetto culturale della RAI, in origine, fu quello di introdurre al mondo della cultura le masse popolari che, a quell'epoca, ne erano largamente escluse, fornendo agli italiani gli strumenti di conoscenza necessari a svolgere consapevolmente il proprio ruolo di cittadini.

Nei primi anni '50 l'Italia si presenta ancora come un paese dall'economia fortemente agricola, frammentato in territori profondamente diversi tra loro e separati da tradizioni culturali prive di contatto. Il decentramento amministrativo, il regionalismo, sono valori che permeano la Costituzione

<sup>31</sup> K. Jakubowicz, *op. ult. cit.*, 58.

repubblicana, e trovano la propria ragion d'essere nella divisione preunitaria in regni e nelle peculiarità culturali, etniche, linguistiche o storiche caratterizzanti le diverse aree territoriali.

All'indomani della II Guerra mondiale l'Italia si scopre frammentata in una congerie di folclori, dialetti, popoli molto lontani tra loro. L'Unità del paese è realizzata da quasi un secolo sotto il profilo politico, ma sul piano sociale, culturale e linguistico rimane poco più di un'illusione.

«Pur troppo s'è fatta l'Italia, ma non si fanno gl'Italiani». La famosa frase di Massimo d'Azeglio, riferita al decennio successivo al 1860, anche in epoca repubblicana mantiene intatto il suo valore di esortazione alla creazione di un'identità nazionale italiana, nel senso inteso dalla Rivoluzione francese: affinché nasca un Stato unitario, occorre creare un "popolo" consapevole di essere spiritualmente unito da caratteristiche condivise, quali una lingua comune, una storia comune ed una religione comune, che vive in uno Stato unitario creato dalla volontà collettiva delle persone. Un "popolo" che ancora non abita l'Italia del dopoguerra.

In realtà, nello scrivere le sue memorie, d'Azeglio non intendeva tanto esortare i politici alla creazione di un'identità nazionale italiana, quanto correggere la decadenza del carattere italico. "Fare gli italiani", per d'Azeglio, significava liberarli dai vizi stratificatisi in anni di despotismo, materialismo e corruzione, guarirli dalla indisciplinabilità, irresponsabilità, pusillanimità e disonestà ed instillare in loro ciò che egli chiamava "doti virili"<sup>32</sup>. Occorreva fare l'unità morale degli italiani, oltre che quella materiale, fornendo agli individui che abitavano il paese un'identità comune e migliore.

Ebbene, fare l'unità d'Italia e degli italiani è anche la missione che, agli esordi, si prefiggeva il servizio pubblico radiotelevisivo. Un'impresa tutt'altro che semplice, specie dopo le distruzioni della guerra e la repressione della dittatura fascista. L'assenza di una visione unificatrice del passato, la frammentazione culturale, la spinta dei sentimenti regionali e municipali e molti altri fattori disgregatori erano contrari alla realizzazione dell'unità morale del Paese.

Per "educare" il popolo italiano, renderlo unito e fedele ai valori della democrazia, i governi repubblicani mettono in campo tutti gli strumenti a loro disposizione: istruzione pubblica, valori antifascisti, monumenti e statue, riscoperta di tradizioni e festività nazionali.

Il riconoscimento stesso di una autonomia politica alle Regioni, nel disegno dei costituenti, mirava a colmare il diverso grado di sviluppo tra

<sup>32</sup> M. Taparelli D'Azeglio, *Origine e scopo dell'opera*, in *I miei ricordi*, Firenze, Barbera, 1891, 5.

Nord e Sud del paese; oltre che, naturalmente, a superare d'un balzo il centralismo liberale e l'autoritarismo fascista.

L'autonomia regionale venne portata avanti con questa prospettiva dal Partito popolare italiano: concepite come livello nuovo di rappresentanza popolare, in grado di sfruttare le energie locali e di contenere effetti negativi di un accentramento esasperato, le Regioni vennero proposte dal partito di don Sturzo quale rimedio efficace ai problemi dei territori meridionali, e non solo come formula per la riorganizzazione della struttura dello Stato. Subito dopo la fine della I Guerra mondiale, il Partito popolare dichiarò di volere "intensificare la propria azione parlamentare nella più energica ed insistente difesa di quegli interessi del Mezzogiorno continentale ed insulare, che solamente nelle autonomie regionali e nel decentramento amministrativo possono trovare le garanzie sufficienti ed il necessario incremento per la soluzione del grave problema meridionale, che deve essere finalmente affrontato e risolto come problema nazionale" (ordine del giorno del 20 luglio 1920).

Con una serie di decreti del 1944 e 1945, il governo italiano diede vita a forme di decentramento per le Regioni "speciali", con l'obiettivo di arginare le tendenze indipendentiste in atto; lo statuto siciliano (r.d.l. 455/1946) entra in vigore ancor prima dell'elezione dell'Assemblea costituente, consacrando l'esistenza di territori e popolazioni italiane che si caratterizzano per esigenze storiche, culturali e linguistiche peculiari, ed esigono perciò una risposta specifica e differenziata da parte dello Stato unitario.

L'autonomia territoriale, in particolare quella regionale, fu dunque concepita per unificare l'Italia, per contenere la spinta disgregante delle tradizioni, culture, dialetti locali.

Ma, forse più di ogni altro mezzo, fu la televisione a contribuire alla unificazione d'Italia, superando barriere linguistiche e di costume che duravano da secoli. Il Paese rimase letteralmente conquistato da questo "focolare del nostro tempo" (come definì la televisione il primo e cattolicissimo amministratore delegato Rai, Filiberto Guala), dinanzi al quale si radunava in gruppi numerosissimi, fatti di amici, vicini di casa, familiari, conoscenti. La televisione informava, spiegava, intratteneva, univa: stupire e far sognare, in particolare, era la forza del nuovo mezzo, in un paese ancora segnato dagli orrori della guerra e del fascismo.

La forza educativa della RAI si basava soprattutto sulla fruizione collettiva della televisione. I costi di questo elettrodomestico, infatti, erano inizialmente troppo elevati per la famiglia italiana media; per questo le trasmissioni televisive rappresentavano un evento di gruppo, un rito da consumare in compagnia in occasione dei programmi di maggior richiamo. Si

guardava la televisione al bar, in parrocchia, nelle sezioni di partito, nei circoli ricreativi. Si consumava insieme ad altre persone, prevalentemente al di fuori del nucleo familiare e nel tempo libero<sup>33</sup>. La modalità collettiva di fruizione, oltre che dalle esigenze economiche, era favorita dalla presenza di una fitta rete di Posti di Ascolto televisivo disseminati sul territorio, nei quali gli “alunni” si riunivano davanti ad un televisore in compagnia di un tutore, che al termine della trasmissione, integrava la lezione televisiva con gli esercizi, le interrogazioni e lo studio dei libri di testo<sup>34</sup>.

Le prime trasmissioni della programmazione regolare RAI furono lo spettacolo intitolato “L’orchestra delle 15”, presentato da Febo Conti; la rubrica musicale Settenote e La domenica sportiva. Nella spasmodica ricerca di un’identità comune, la programmazione RAI degli esordi risulta essenzialmente fondata sulle commedie del teatro italiano, sulle opere liriche, sui concerti e sul filone del cinema popolare nazionale.

Il giorno di esordio della RAI i televisori accesi furono solamente ottantamila, intorno al febbraio del 1954 gli abbonati non superavano le ventimila unità e il prezzo del mezzo sfiorava le dodici mensilità di un reddito medio annuo (1954). Il segnale radiotelevisivo arrivò su tutto il territorio nazionale solo tre anni dopo, il 31 dicembre 1956, quando gli abbonati erano ancora relativamente pochi – 360.000 – a causa del costo elevato degli apparecchi.

Grazie alla sua straordinaria capacità di penetrazione e di aggregazione, la RAI ebbe il merito di consentire l’accesso alla cultura di base ad una parte della popolazione che fino ad allora ne era rimasta esclusa, sostituendosi al servizio pubblico d’istruzione. Programmi come “Non è mai troppo tardi”, condotto dal maestro Alberto Manzi, rivelavano un chiaro intento pedagogizzante, e si indirizzavano specificamente a un pubblico adulto, analfabeta, nell’intento di fornire ad esso gli strumenti minimi di comprensione della realtà e consentirne la partecipazione attiva alla vita pubblica. In particolare, la trasmissione ideata da Manzi si proponeva di insegnare a leggere e a scrivere agli italiani che avessero superato l’età scolare: si trattava di autentiche lezioni, tenute a classi formate da adulti analfabeti, durante le quali venivano utilizzate tecniche di insegnamento moderne basate su filmati, supporti audio, dimostrazioni pratiche, nonché della presenza del conduttore, il mae-

<sup>33</sup> P. Mancini, *Tre tipologie di consumo televisivo*, in *Guardando il telegiornale. Per una etnografia del consumo televisivo*, Rai, Roma, 1991, 25.

<sup>34</sup> C. Cappon, *Responsabilizzare i cittadini: media pubblici e nuovi strumenti educativi*, in *Fare la differenza. Il Servizio pubblico radiotelevisivo nel panorama mediatico europeo*, a cura di C. Nissen, RAI ERI, 2007, 113-114.

stro e pedagogo Alberto Manzi, che illustrava i concetti disegnando su una lavagna a grandi fogli.

Secondo gli esperti, questo programma – mandato in onda dal 1959 al 1968 – avrebbe insegnato a leggere e scrivere ad oltre 600 mila analfabeti e portato al conseguimento del diploma elementare oltre un milione e mezzo di adulti. Si tratta evidentemente di stime prive di riscontro – secondo altre fonti il numero dei diplomati sarebbe stato di 35 mila<sup>35</sup> – ma certo è che programmi come questo ebbero una funzione integrativa e finanche suppletiva rispetto al sistema pubblico d'istruzione.

Alla fine degli anni Cinquanta la televisione non rappresentava più solo un mezzo di puro intrattenimento, ma aveva assunto un valore antropologico, didattico e formativo. Nel 1954 va in onda il primo telegiornale della Rai, diretto da Vittorio Veltroni, che avvicina il popolo italiano all'informazione e alla politica, riuscendo laddove la carta stampata aveva fallito. Nel 1957, con l'avvento di Carosello, compare per la prima volta nei palinsesti RAI la pubblicità, ispirata a precise esigenze informative e soggetta a rigorose regole stilistiche e narrative: il prodotto reclamizzato poteva essere ricordato solo all'inizio e alla fine di un breve spettacolo (135 secondi), durante il quale non era permesso citare il prodotto stesso. Nel 1960 prende il via la trasmissione Tribuna elettorale, seguita l'anno successivo da Tribuna politica, programmi che permetteranno per la prima volta agli italiani di conoscere i volti e ascoltare le voci dei leader della politica nazionale.

Il punto di forza del fenomeno televisivo è la possibilità di proporre contemporaneamente immagini e audio, producendo uno straordinario effetto di realtà, che permette agli spettatori di assistere in diretta agli eventi. Percepandone l'enorme rilevanza culturale e sociale, anche la carta stampata, nel medesimo periodo, si avvicina gradualmente al nuovo mezzo di comunicazione; tanto che, nel 1958, il giornalista Ugo Buzzolan avvia la prima rubrica di critica televisiva per il quotidiano *La Stampa* di Torino.

Nei suoi primi dieci anni di vita la RAI propone, in modo (consapevolmente) paternalistico e verticistico, contenuti didattico-educativi, in prevalenza destinati ad un pubblico giovane. La fascia oraria del pomeriggio comincia a definirsi come quella divulgativa per eccellenza; più in generale, le fasce orarie e le collocazioni dei programmi introducono nell'offerta complessiva una precisa gerarchia di valori, separando e censurando drasticamente formule, stili e linguaggi<sup>36</sup>.

Il consumo televisivo diviene, negli anni del boom economico italiano,

<sup>35</sup> A. Grasso, *Se anche Manzi diventa un santino*, in *Corriere della Sera*, 26 febbraio 2014.

<sup>36</sup> F. Monteleone, *Storia della televisione e della radio in Italia*, Marsilio, 2003, 305.

così intenso da generare una vera e propria egemonia di questo mezzo. Nascono neologismi come “teledipendente”, “videodipendente”, per indicare il totale assoggettamento del consumatore al potere mediatico della televisione, della RAI in particolare.

Oltre ai meriti, peraltro, la RAI ebbe anche una chiara responsabilità nell’educazione e nella formazione culturale degli italiani. Nell’opera poetica di fondare una cultura nazionale, la RAI aveva in mente una precisa identità cattolica, moderata e conservatrice, che rifletteva i valori della classe politica alla guida del paese in quegli anni.

Sotto la direzione di Filiberto Guala (che, costretto a dimettersi nel 1956, entrerà qualche anno dopo a far parte dell’Ordine dei frati trappisti) la RAI adottò un severo codice d’autodisciplina, rivolto ad autori, giornalisti e agli stessi uomini di spettacolo, redatto dal “Centro Cattolico Cinematografico”. Il codice recava precise indicazioni contenutistiche e divieti: «Non è consentita la rappresentazione di scene e vicende che possano turbare la pace sociale o l’ordine pubblico. L’incitamento all’odio di classe e la sua esaltazione sono proibiti. Sabotaggi, attentati alla pubblica incolumità, conflitti con le forze di polizia, disordini pubblici possono essere rappresentati con somma cautela e sempre in modo che ne risalti ben chiara la condanna. Dovranno essere escluse le opere di qualsiasi genere che portino discredito o insidia all’istituto della famiglia, risultino truci o ripugnanti, irrivano alla legge, siano contrarie al sentimento nazionale. Quanto alla famiglia, deve aversi particolare riguardo per la santità del vincolo matrimoniale e per il rispetto delle istituzioni, e pertanto: il divorzio può essere rappresentato solo quando la trama lo renda indispensabile e l’azione si svolga ove questo sia permesso dalle leggi; le vicende che derivano dall’adulterio e con esso s’intrecciano non devono indurre in antipatia il vincolo matrimoniale; attenta cura deve essere posta nella rappresentazione dei fatti o episodi in cui appaiono figli illegittimi» (Codice di autodisciplina Rai, 1955).

Al personale incaricato della programmazione radiofonica e televisiva venne inoltre distribuito un elenco di parole proibite e dunque impronunciabili, alcune delle quali rimasero in vigore fino agli anni Settanta: era vietato pronunciare parole come “membro” (non si poteva neanche dire “membro del Parlamento”); “seno”, neppure in senso figurato (come “in seno all’assemblea”); “parto”, “verginità” e “alcova”. Le parole “gravidanza” e “suicidio” dovevano essere rispettivamente sostituite da “lieto evento” e “insano gesto”.

Il progetto pedagogico della Rai, che nei programmi informativi e culturali aveva trovato la massima espressione, rivelò la propria incapacità di

dare voce ad una parte minoritaria, anticonformista e laica del paese, che chiedeva la possibilità di partecipare alla vita politica e istituzionale del paese. È indubbio infatti che, unitamente alla diffusione del sapere e delle conoscenze, all'acquisizione di nuove risorse linguistiche da parte di una popolazione ancora analfabeta, frammentata in mille dialetti e folclori diversi, la RAI abbia contribuito all'affermarsi di una pesante omologazione culturale, tendente alla banalizzazione diffusa<sup>37</sup>. Lo stereotipo culturale proposto e diffuso dalla RAI nel suo primo decennio di vita coglie solo una delle numerose identità del paese, e non riflette le istanze di rinnovamento, l'inquietudine culturale, il fermento in atto nella società civile dell'epoca.

La RAI educa, informa, intrattiene gli italiani, fornendo loro una casa comune, avvicinando gli estremi, alimentando un *idem sentire* nazionale. Al tempo stesso, però, la RAI condiziona le opinioni e i costumi, banalizza le conoscenze e omologa i modelli, induce un appiattimento mentale nella massa dei telespettatori e, in definitiva, alimenta una sorta di sottocultura televisiva.

In un noto saggio degli anni Sessanta, Mike Bongiorno fu assunto come simbolo del consumismo televisivo e della mediocrità dei modelli cui gli spettatori vengono costantemente indotti a uniformarsi<sup>38</sup>. Un accostamento inquietante, se si considera che alcuni dirigenti storici della Rai, in occasione della celebrazione dei 150 anni dell'Unità, commenteranno – non senza un pizzico di ironia – che «L'unità d'Italia non l'ha fatta Garibaldi, ma l'ha fatta Mike Bongiorno».

## 6. Il progetto “culturale” RAI. La modernità

La funzione di coesione sociale e morale svolta dalla RAI nel periodo del boom economico inizia a scricchiolare di fronte all'avvento della modernità, nella fattispecie rappresentata dall'ingresso nella Comunità economica europea, dall'immigrazione di popolazioni ed etnie diverse dai paesi confinanti, dalla globalizzazione delle idee, dall'affermazione delle nuove tecnologie.

All'inizio degli anni Settanta, la «sfida ai dirigenti della televisione» lan-

<sup>37</sup> G. Bettetini, *L'Italia televisiva chiama davvero l'Europa?*, in AA.VV., *Le televisioni in Europa, I, storia e prospettiva della televisione nella Repubblica federale tedesca, in Gran Bretagna, Francia e Italia*, a cura di C.D. Rath, H.H. Davis, F. Garçon, G. Bettetini e A. Grasso, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1990, 238.

<sup>38</sup> U. Eco, *Diario minimo, “Il tornasole”*, Oscar n. L 194; Mondadori, 1961.

ciata da Pier Paolo Pasolini sulle colonne del Corriere della sera esprime apieno il rifiuto di una cultura e di una civiltà di massa, rivendicando il diritto alla diversità intellettuale. L'omologazione minaccia l'auto-identificazione culturale e di conseguenza scatena i gruppi, le etnie, le minoranze a rafforzare le rispettive identità.

La richiesta pressante di partecipazione e pluralismo, che in quel periodo anima il dibattito delle forze politiche e conduce all'istituzione delle Regioni ordinarie dopo venticinque anni di blocco costituzionale, va ben oltre la semplice richiesta di spazi nella programmazione radiofonica e televisiva. Ciò che si rivendica è un mutamento culturale, un'apertura alle idee minoritarie, alle identità diverse.

Su questo terreno fertile germogliano i semi del rinnovamento mediatico, che porteranno alla nascita della televisione commerciale. Tra il 1970 e il 1975 gli investimenti pubblicitari in televisione passano da 33 a 61 miliardi di lire, minacciando il primato di raccolta di risorse tradizionalmente spettante alla stampa, che pure continua a mantenere la maggiore quota di mercato<sup>39</sup>. Questi fattori economici, uniti all'avanzare del progresso tecnologico – in particolare all'estensione dei ripetitori e all'avvento della televisione via cavo – portano a mettere in discussione la riserva monopolistica a favore della concessionaria pubblica. Nel 1971 iniziano illegalmente – o quantomeno, in assenza di una previsione esplicita – le trasmissioni via cavo di Tele Biella, la prima emittente via cavo in Italia, avanguardia di una serie di esperimenti che si propagheranno rapidamente all'intero territorio nazionale.

L'intrattenimento, il programma contenitore, il talk show divengono il terreno elettivo di scontro tra il servizio pubblico e la televisione commerciale, determinando una vera e propria rivoluzione nei modelli linguistici, comportamentali, identitari. In questo periodo la Sacis, la società commerciale della RAI, comincia ad imporsi anche sui mercati internazionali attraverso la vendita dei diritti derivanti dai programmi televisivi, soprattutto rivolti al pubblico più giovane: *Atlas Ufo Robot*, *Heidi*, *Happy Days*, *Apriti Sesamo*.

La sola risposta che la politica riuscì a fornire alla diffusa domanda di partecipazione e pluralismo informativo fu la parlamentarizzazione della RAI, realizzata attraverso la riforma del 1975. La legge n. 103 del 1975, approvata all'indomani alla decisione della Corte costituzionale che condizionava la sopravvivenza del monopolio pubblico alla sua emancipazione dall'esecutivo [n. 225 del 1974], nel ribadire la natura di servizio pubblico es-

<sup>39</sup> M. Gambaro, F. Silva, *Economia della televisione*, il Mulino, Bologna, 1992.

senziale e a carattere di preminente interesse generale dell'attività radiotelevisiva («in quanto volta ad ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione»), fissa alcuni principi fondanti per la concessionaria RAI: indipendenza, obiettività, apertura alle diverse tendenze. In particolare, l'istanza pluralista viene soddisfatta per un verso mediante il concorso delle varie forze politiche alla gestione della Rai; per altro verso, mediante le tribune e i cosiddetti "programmi dell'accesso".

La vera novità della riforma del 1975 consiste nel fatto che la concessionaria pubblica viene posta sotto l'indirizzo e la vigilanza di un'apposita Commissione parlamentare permanente, allo scopo di sottrarla alle influenze della maggioranza di Governo. Il cambiamento nella formazione dell'indirizzo politico-editoriale determina anche una riforma della composizione degli organi di gestione, in particolare del Consiglio di amministrazione: i 6 membri diventano 16, di cui 10 nominati direttamente dalla Commissione di vigilanza RAI. Per la prima volta dopo vent'anni, il controllo del servizio radiotelevisivo e, in particolare, della RAI passa dall'Esecutivo al Parlamento. Questa soluzione, se sulla carta rappresenta una formula idonea a soddisfare la richiesta di pluralismo (interno) avanzata dalla Corte costituzionale, nei fatti non risolve il problema dell'indipendenza del servizio pubblico: come è stato giustamente osservato, la conseguenza pratica è che la RAI passa da una occupazione monocolora, realizzata dai Governi a prevalenza democristiana, a una "lottizzazione" diffusa, ossia alla spartizione dell'azienda di Stato da parte dei maggiori partiti presenti in Parlamento<sup>40</sup>. Nel passaggio dal Governo al Parlamento, l'obiettivo dei partiti è sempre più quello di ottenere "un pezzo" di controllo della concessionaria pubblica.

È evidente che la richiesta di pluralismo culturale non può essere soddisfatta dalla mera spartizione politica delle posizioni di direzione in RAI: la formula *plurality by partiality*, quasi immediatamente, si rivela una foglia di fico introdotta per nascondere le mire predatorie dei partiti e della politica.

La deriva politica del servizio pubblico è accompagnata, dopo la riforma del 1975, da una deriva commerciale. Le ambizioni pedagogiche delle origini cedono progressivamente il passo all'intrattenimento: la programmazione di *fiction* diviene una componente strutturale dei palinsesti, tanto nella televisione pubblica che in quella privata. Con la riforma, il sacrificio dei programmi culturali in RAI si consuma non solo nel senso della loro pro-

<sup>40</sup> A. Chimenti, *Informazione e televisione. La libertà vigilata*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 31.

gressiva marginalizzazione all'interno dei palinsesti, ma soprattutto in quello della loro spettacolarizzazione e trasformazione dei modelli linguistici<sup>41</sup>.

Non è questa la sede adatta, né sono sufficienti le conoscenze di chi scrive a rappresentare adeguatamente le modificazioni intervenute nel tessuto sociale nazionale alla fine degli anni Settanta, all'uscita da un lungo periodo di austerità e lotta armata. In una sintesi estrema di concetti si può dire che la crisi del monopolio RAI dal punto di vista imprenditoriale, che a livello locale inizia a manifestarsi negli anni Ottanta con il diffondersi delle televisioni commerciali e la stagione dei "cento fiori", coincide con la crisi di un modello culturale univoco, verticistico e paternalista. L'apertura alla diversità delle idee e dei valori, l'integrazione delle minoranze e delle etnie, il relativismo etico e valoriale, la nuova geografia dei consumi e della produzione, richiedono una profonda modifica del paradigma culturale delle origini. Per potere continuare ad esercitare la sua funzione pedagogica e unificante, la RAI deve rappresentare tutti coloro che vivono e lavorano nel nostro paese.

Il fermento che attraversa il settore radiotelevisivo non si coglie solo sul versante culturale, ma produce i suoi riflessi anche su quello tecnologico, industriale, giuridico. La riserva alla mano pubblica del servizio radiotelevisivo cade definitivamente con la legge n. 223/1990, meglio nota come legge Mammì, dal nome dell'allora Ministro delle poste e delle telecomunicazioni. La legge n. 223/1990, recante la «Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato», registra e codifica la situazione consolidatasi nel corso degli anni Ottanta: si prevede la possibilità per le concessionarie private di svolgere attività radiotelevisiva a livello nazionale, oltre che locale, e a tal fine viene introdotta una prima regolamentazione antitrust relativa al settore televisivo, nel tentativo di dare seguito alle indicazioni della Corte costituzionale e dell'Unione europea (vedi, in particolare, la Direttiva «Televisione senza frontiere», n. 89/552).

Come è stato da più parti osservato, la legge si limita a fotografare la situazione esistente, evitando di intervenire su un quadro giudicato solo "provvisoriamente" legittimo dalla Corte costituzionale, con una pronuncia risalente a ben due anni prima<sup>42</sup>. Basti dire che, in tema di assegnazione delle frequenze mediante concessione, la legge Mammì dà precedenza alle imprese già operanti sul mercato (art. 34); ciò, mentre stabilisce, a livello nazionale, il limite di concentrazione proprietaria di tre canali per impresa (art. 19), ossia il numero di canali posseduti rispettivamente da RAI e Fininvest.

<sup>41</sup> F. Monteleone, cit., 403-404.

<sup>42</sup> C. cost., 14 luglio 1988, n. 826.

In questo modo il duopolio RAI-Fininvest, costruito nel corso degli anni Ottanta, riceve una sorta di “consacrazione” legislativa. Ai privati che già esercitavano impianti per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale o locale è consentito proseguire nell’esercizio dell’attività, in assenza di qualunque titolo di legittimazione, con il solo obbligo di presentare la domanda di concessione.

## 7. Il progetto “culturale” RAI. Il sistema misto

Con la rottura del monopolio pubblico e l’affermazione del sistema radiotelevisivo cd. misto viene meno l’immedesimazione tra servizio pubblico e RAI<sup>43</sup>. Da questo momento in avanti l’intera attività radiotelevisiva assume a servizio pubblico in senso *oggettivo*, in quanto tale indirizzato a soddisfare i bisogni culturali della popolazione italiana, a prescindere dalla natura pubblica o privata del gestore.

È ormai evidente che la televisione, tanto pubblica quanto commerciale, possiede una straordinaria capacità «di persuasione e di incidenza sulla formazione dell’opinione pubblica, nonché sugli indirizzi socio culturali»<sup>44</sup>. Non a caso la cd. *impact theory*, insieme alla scarsità delle frequenze radioelettriche, fornisce la base logico-giuridica per giustificare le regole più stringenti che circondano questo mezzo di comunicazione in molte democrazie contemporanee.

La correlazione tra capacità di condizionamento e livello di regolazione dei media, del resto, è ormai ufficializzata dall’Unione europea. Nel diritto europeo la peculiarità dei “servizi media audiovisivi” (cd. SMA, che comprendono tutte le attività *television like*, come la web tv, lo streaming etc.) è strettamente collegata all’influenza che essi esercitano sul pubblico, alla loro capacità di formare le opinioni e alla loro crescente importanza per la società, la democrazia, la libertà di informazione. Si tratta di servizi che rivestono, al contempo, un rilievo culturale ed economico. In questo senso, la Direttiva 2007/65/CE codifica l’esistenza di una precisa relazione tra l’intensità della regolazione dei mezzi di comunicazione (in particolare degli SMA) e l’impatto che questi ultimi hanno sulla formazione/condizionamento dell’opinione pubblica (cons. 43).

Il potere di penetrazione e condizionamento della televisione, del resto, non necessita di particolari dimostrazioni. Nel giro di cinquant’anni la

<sup>43</sup> Caretti, *L’evoluzione del servizio pubblico in Italia*, in *Istit. fed.*, 2006 (1) (suppl.), 27.

<sup>44</sup> C. cost. n. 148/1981.

televisione generalista e gratuita si è rapidamente diffusa nelle case italiane, dalle Alpi alle isole, fino a divenire protagonista indiscussa dell'informazione e dell'intrattenimento tra le mura domestiche. Il popolo televisivo e quello reale coincidono ormai del tutto, visto che agli inizi del terzo millennio l'uso della televisione rasenta il 99% della popolazione, e confrontando le composizioni per sesso, età, titolo di studio e condizione occupazionale si scopre che i due popoli sostanzialmente combaciano. La televisione raggiunge davvero tutti gli strati della popolazione, senza minacciarne o salvarne alcuni in particolare [Censis, 2004].

A differenza dei media tradizionali, la televisione possiede la capacità di mettere in comunicazione spettatori altrimenti isolati e dispersi su grandi aree geografiche, favorendo l'esplorazione delle idee per la costruzione di una "sfera pubblica" dove si svolge il dibattito democratico<sup>45</sup>. La televisione è lo specchio in cui la società italiana si riconosce e che, per molti cittadini, certifica addirittura la realtà. In questo senso si può dire che l'attività di informazione radiotelevisiva, esercitata da qualsiasi emittente o fornitore di contenuti, rappresenta "un servizio di interesse generale" nell'accezione europea.

L'approvazione della legge Mammì non segna solo l'apertura di un settore imprenditoriale all'iniziativa privata, ma determina il passaggio dal "servizio radiotelevisivo" al "sistema radiotelevisivo": con avvio del sistema misto, la ragion d'essere del servizio radiotelevisivo pubblico non può più rinvenirsi nell'aspetto soggettivo dell'attività (il servizio è pubblico in quanto esercitato dallo Stato), ma viene a spostarsi sul versante sostanziale, dei contenuti. Il servizio pubblico sopravvive a fianco del servizio commerciale per la funzione di promozione culturale e sociale, per la capacità di costruire un'identità nazionale, di realizzare il diritto ad un'informazione pluralistica e obiettiva di tutti cittadini. Lo Stato perde la riserva sull'attività radiotelevisiva *tout court*, che aveva fino agli anni Novanta, ma conserva quella parte di attività radiodiffusiva che le imprese private non assumerebbero e non realizzerebbero spontaneamente.

In questa fase storica il servizio pubblico si caratterizza come rimedio – o surrogato – allo scarso dinamismo del mercato radiotelevisivo, appena liberalizzato ma ancora poco propenso alla concorrenza tra le imprese per via dei forti investimenti richiesti e della scarsità dello spettro magnetico. All'indomani della legge Mammì il mercato radiotelevisivo può infatti defi-

<sup>45</sup> J. Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (1962), Cambridge, Polity Press, 1989 (trad. ital. Storia e critica dell'opinione pubblica, Roma-Bari, Laterza, 1977), 104.

nirsi «misto», in quanto aperto all'iniziativa sia pubblica che privata, ma non certamente liberalizzato. La funzione collettiva svolta dal servizio pubblico, il *quid pluris* che lo distingue dalla televisione commerciale, giustifica la sua sottrazione alle regole generali della concorrenza e l'affidamento diretto ad una società integralmente controllata dallo Stato.

L'affermarsi del sistema misto pubblico-privato, tuttavia, non coincide con una rinnovata consapevolezza della RAI circa la propria missione culturale e sociale. In Italia, come in altri paesi europei, la fine del monopolio pubblico segna l'inizio di un progressivo declino del servizio pubblico in senso soggettivo, e mette in luce una serie di difetti comuni ai diversi ordinamenti nazionali: perdita di legittimazione, insufficienza strutturale di risorse, calo di audience e mancanza di chiarezza rispetto alle proprie finalità.

Con l'apertura del mercato, il servizio pubblico radiotelevisivo viene sempre più ad appiattirsi su quello commerciale, omologandosi ad esso. In tutta Europa, l'avvento della televisione commerciale esercita un'enorme pressione sui concessionari pubblici, costretti a entrare nella «guerra dell'audience» con gli operatori privati. L'esito di questa competizione provoca una profonda crisi di identità delle emittenti pubbliche e una corrispondente riduzione dei contenuti di servizio pubblico in molti Paesi europei.

Oggi, lo scadimento qualitativo della televisione pubblica, così come la crescita dell'attività radiodiffusiva privata, è tale e talmente evidente da indurre vari studiosi a sollecitare l'abbandono del servizio pubblico radiotelevisivo in senso soggettivo: il mercato, si afferma, è perfettamente in grado di produrre spontaneamente quella particolare *utility* che identifica la missione del servizio pubblico radiotelevisivo e, per questo motivo, non può più giustificarsi l'esistenza di soggetti finanziati con denaro pubblico che operano in deroga al principio di concorrenza. Non manca neppure chi ritiene che – nel tempo – la rapida crescita di canali tematici, dei «bouquet» digitali e di altri servizi a pagamento, farà sì che i contenuti di servizio pubblico appaiano automaticamente negli schermi, eliminando la necessità per lo Stato di intervenire direttamente per garantirli<sup>46</sup>.

Queste posizioni, per quanto suggestive, non sembrano condivisibili. L'emittenza pubblica resta necessaria e insostituibile per garantire la tutela di valori comuni, interessi indipendenti dal mercato e da valutazioni economiche (v. *infra* § 9). Vi sono interessi che il servizio televisivo commerciale, per propria natura, è inadatto a soddisfare: il servizio soggettivamente

<sup>46</sup> Per un'attenta analisi delle diverse posizioni, v. M. Manetti, *Il pluralismo informativo tra vecchi e nuovi media in Il diritto al pluralismo dell'informazione in Europa e in Italia*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, A. Del Vecchio, M. Manetti, Pustorino, Rai ERI, 2012, 249.

pubblico dovrebbe “fare la differenza” rispetto a quello commerciale, assicurando il perseguimento di alcune finalità “universali” che le imprese private non sono interessate a conseguire, in quanto scarsamente remunerative.

Basti pensare, a questo proposito, al nuovo modello di cittadinanza che gli anni Novanta portano in dote, insieme al sistema misto radiotelevisivo. Il concetto tradizionale di popolo inizia a sfumare, ad arricchirsi di nuovi elementi, divenendo più articolato, pluralistico: in un contesto nazionale sempre più aperto alla immigrazione e alla diversità etnica, le “esigenze culturali della società” devono necessariamente comprendere la coesione, l’integrazione e il dialogo tra le diverse componenti razziali, linguistiche e religiose che la compongono. Oggi, le esigenze di conoscenza della società italiana non possono più essere soddisfatte attraverso la proposta di un’identità standardizzata, la diffusione di uno stereotipo culturale medio e moderato, come avveniva nel primo decennio di vita della RAI. Unificare non può più intendersi come uniformare.

La compresenza di questi due elementi, identità e diversità, è ben espressa da una Raccomandazione del Consiglio d’Europa che, nell’elencare gli obiettivi del servizio pubblico televisivo, da un lato, segnala che esso deve «sviluppare una programmazione (...) che risponda a criteri etici e qualitativi e non sacrifichi la ricerca delle qualità alle forze di mercato, (...) accrescere le possibilità di scelta di spettatori e ascoltatori, offrendo programmi che di norma non vengono proposti dalla televisione commerciale»; dall’altro, ricorda che è compito delle emittenti pubbliche «costituire, attraverso la programmazione, un punto di riferimento per tutto il pubblico e un fattore di coesione sociale e integrazione tra tutti gli individui, i gruppi e le comunità», considerato che l’emittenza pubblica deve «riflettere le diverse idee filosofiche e convinzioni religiose della società, con l’obiettivo di rafforzare la reciproca comprensione e tolleranza, promuovendo le relazioni tra le comunità nelle società plurietiche e multiculturali»<sup>47</sup>.

Sono dunque le emittenti pubbliche, e tra esse la RAI, a doversi fare carico delle esigenze delle minoranze culturali, etniche e linguistiche. A causa dei fenomeni migratori, dell’integrazione sociale e della globalizzazione culturale, lo stato nazione non rappresenta più l’unico sistema di riferimento per la definizione degli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo. Oggi il servizio pubblico radiotelevisivo svolge un ruolo rilevante per la tutela delle diversità culturali, oltre che per l’affermazione dell’identità nazionale<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, Dichiarazione sulla diversità culturale, 7 dicembre 2000.

<sup>48</sup> UNESCO, Dichiarazione universale sulla diversità culturale, 2 novembre 2001.

Si tratta di un compito complesso, che consiste nel conciliare unità e pluralismo, omogeneità e diversità, sviluppando un “terreno culturale comune” tra le diverse comunità che compongono la società. Una società che, in Italia, non è più quella del dopoguerra: i potenti flussi migratori, legati alla ricerca di migliori condizioni di vita e alla fuga da guerre e dittature, a partire dagli anni Novanta hanno contribuito a formare “identità italiana” etnicamente e culturalmente mista. Il compito della RAI dovrebbe pertanto essere quello di riflettere le diverse idee filosofiche e etiche, le numerose convinzioni religiose e culturali che convivono insieme nel paese, sviluppando una programmazione pluralistica, innovativa e diversificata, che risponda a standard qualitativi minimi e non sacrifichi la ricerca della qualità sull’altare del mercato. Il servizio pubblico deve adeguare la propria missione culturale alle nuove esigenze di una società pluralistica, con l’obiettivo di rafforzare la reciproca comprensione e tolleranza tra le comunità che compongono le società plurietiche e multiculturali.

Un compito che l’Unione Europea ha sperimentato prima di ogni altro ordinamento: sviluppare un’identità unica, un senso di appartenenza e cittadinanza comuni, è infatti un passaggio necessario per il consolidarsi dell’Unione, rafforzare la conoscenza e la comprensione reciproca tra gli stati membri, al fine di creare un tessuto solido su cui impiantare politiche comuni per l’economia, la sicurezza, la moneta. L’integrazione e la coesione culturali, del resto, sono indicate come obiettivi dallo stesso Trattato UE, laddove espressamente afferma che «L’Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune» [cfr. comma 1 dell’art. 167 – ex 151]. L’Europa in sostanza è un’unione di diversità che, per crescere e prosperare, devono riuscire ad armonizzarsi.

L’integrazione è dunque alla base dell’intero progetto europeo: si tratta di una sfida culturale, prima ancora che politica, che non può fare a meno dei mezzi di comunicazione di massa, della televisione in particolare. A questo fine, l’Unione europea da tempo incentiva la produzione e la distribuzione di opere europee, nel tentativo di creare un sostrato culturale più solido su cui costruire una vera identità europea.

## **8. La Costituzione come denominatore comune**

A ben vedere è la Corte costituzionale il vero motore del settore radiotelevisivo, segnato dalla colpevole inerzia di un legislatore che, nel corso degli anni, si è dimostrato incapace di dare vita ad un sistema di norme or-

ganiche in materia. La Corte costituzionale ha svolto un'importantissima funzione di supplenza nei confronti del Parlamento, intervenendo costantemente per indicare i valori democratici che devono ispirare la legislazione in materia di informazione e pungolando senza sosta l'organo legislativo. In materia di radiodiffusione più che in ogni altro settore la Corte ha assunto decisioni che si sono spinte ai limiti della funzione giurisdizionale, variamente definite dai costituzionalisti come sentenze monito, manipolative e quasi-legislative. Non è dunque possibile comprendere la storia della televisione attraverso la semplice cronologia delle norme, senza considerare il ruolo fondamentale che la giurisprudenza costituzionale ha giocato nella successione delle leggi.

Nel corso degli ultimi trent'anni, soprattutto, la Corte costituzionale ha costantemente indicato nel pluralismo il cardine fondamentale intorno a cui deve ruotare la disciplina radiotelevisiva, per garantire l'apertura del mezzo alle diverse opinioni, tendenze politiche, sociali, culturali e religiose presenti in società. Secondo la Corte costituzionale, il pluralismo delle voci è imposto dalla stessa Costituzione ed è rivolto a soddisfare il fondamentale diritto *all'*informazione del cittadino, indispensabile per la formazione di una libera opinione pubblica<sup>49</sup>. Il pluralismo, dunque, si pone come condizione indispensabile per la realizzazione della libertà passiva di informazione.

In particolare – e riprendendo così la classificazione sopra accennata – la Corte ha enucleato tre distinti profili del pluralismo: anzitutto, un pluralismo *interno*, che si realizza attraverso l'apertura del mezzo informativo alle diverse tendenze politiche e culturali presenti nel paese, e richiede la “conformazione” dei contenuti informativi veicolati attraverso i media (in particolare, la radiotelevisione) alle esigenze culturali provenienti dall'intero corpo sociale. In secondo luogo, un pluralismo *esterno*, che si sostanzia nella concorrenza tra il maggior numero possibile di operatori dell'informazione, singoli e imprese, operanti nel mercato, in modo che tale varietà di voci metta il cittadino in condizione di formarsi la propria opinione e compiere le proprie valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti contrastanti<sup>50</sup>. Infine, un pluralismo *sostanziale*, in base al quale devono essere assicurate uguali opportunità espressive alle diverse forze politiche in competizione durante una consultazione elettorale. Attraverso la predisposizione di appositi spazi di comunicazione politica, da prevedere sia in periodo elettorale sia non elettorale, gli operatori dell'informazione devono

<sup>49</sup> C. cost. sentt. nn. 826/1988 e 420/1994.

<sup>50</sup> C. cost. sentt. nn. 112/1993 e 466/2002.

garantire condizioni uguali di competizione, in modo da livellare il terreno di gioco e porre tutti i concorrenti *on a equal footing*.

Tutti e tre questi profili sono tra loro profondamente intrecciati e interdipendenti, al punto che il rarefarsi di uno rende necessario il rafforzarsi e l'incrementarsi degli altri.

Lungo queste direttrici teoriche, la Corte costituzionale è giunta a riconoscere l'esistenza di un «interesse costituzionale generale», che si realizza attraverso un processo continuo di «informazione e formazione consapevole della volontà del cittadino utente»<sup>51</sup>. I principi fondanti del nostro ordinamento esigono infatti che la democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti i cittadini alla formazione della volontà generale<sup>52</sup>: per questa ragione essenziale, ritiene ancora la Consulta, la libertà codificata dall'art. 21 Cost. deve essere qualificata dal pluralismo delle fonti da cui attingere conoscenze e notizie, dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti, dalla completezza, correttezza e continuità dell'attività di informazione erogata<sup>53</sup>.

In origine la funzione della RAI era essenzialmente *pedagogica*, e aveva come obiettivo principale quello di unificare gli italiani al di sotto di una lingua, una cultura, un'identità comuni.

Venuto meno l'argomento della scarsità delle risorse frequenziali (*scarcity rationale*) a seguito delle innovazioni tecnologiche, la giustificazione del servizio radiotelevisivo pubblico in senso soggettivo viene a individuarsi nel suo ruolo peculiare di garante del pluralismo. A partire dalla diffusione della televisione locale<sup>54</sup> sino alla rottura del monopolio pubblico su base nazionale (legge n. 223/90), il ruolo della concessionaria ha coinciso con il "pluralismo interno", realizzato grazie ad una programmazione che doveva riflettere la frammentazione sociale, culturale e politica presente all'interno del paese. L'idea era che tutti dovessero avere la possibilità di riconoscersi nel servizio pubblico televisivo, che assumeva così una funzione prevalentemente *partecipativa/inclusiva*.

Con l'apertura del settore alla concorrenza dei privati, poi, il ruolo della concessionaria pubblica diviene più sfuocato: la RAI perde di vista la sua missione pluralista, inizia a competere con le emittenti private secondo una logica aziendale, e avvia una profonda crisi identitaria. Questo è evidente anche nell'impostazione della legge che introduce il sistema misto: nel

<sup>51</sup> C. cost., sent. n. 155/2002.

<sup>52</sup> C. cost. sent. n. 112/1993.

<sup>53</sup> C. cost. sent. n. 155/2002.

<sup>54</sup> C. cost. n. 202/1976.

tentativo di governare la “giungla dell’emittenza privata” dopo quattordici anni di anarchia dell’etere (il cd. *far west* televisivo) la legge n. 223/1990 finisce per dedicare alla RAI un ruolo marginale e ambiguo, nell’ambito di un non meglio definito concorso tra soggetti pubblici e privati alla realizzazione dei principi fondamentali del “sistema radiotelevisivo”.

Oltretutto la convergenza tra i mezzi di comunicazione (multimedialità), favorita dallo sviluppo della tecnologia digitale, tende a erodere le specificità, spingendo verso una regolamentazione comune dei media: la convergenza «rende sempre più obsoleta la tradizionale distinzione delle funzioni di regolamentazione specifiche di ciascuno di questi settori ed impone un regime normativo coerente» [Commissione Europea, *Communications Review*, 1999]. L’Europa, all’avvio del nuovo millennio, prefigura un unico quadro normativo per tutte le comunicazioni elettroniche, in cui assumono centralità le norme generali sulla concorrenza, e la regolazione pubblicistica scende al minimo indispensabile, rimanendo affidata, secondo il principio di sussidiarietà verticale, alla potestà dei singoli Stati membri. Il progetto di riforma è attuato mediante un pacchetto di cinque direttive comunitarie, e segnatamente le direttive nn. 2002/21/CE (direttiva quadro), 2002/19/CE (direttiva accesso), 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni), 2002/22/CE (direttiva servizio universale), 2002/58/CE (direttiva trattamento dati personali) e 2002/77/CE (direttiva concorrenza).

La convergenza tecnologica produce un aumento esponenziale dell’offerta mediatica. Al punto che, dinanzi alla (pressoché) illimitata disponibilità di fonti di conoscenza, la missione partecipativa/inclusiva della concessionaria pubblica diviene improvvisamente anacronistica: secondo un’opinione diffusa, la varietà di contenuti assicurati dalla televisione digitale terrestre, unita alla messe di informazioni rese disponibili dal web e dai nuovi media, sempre aggiornate e facilmente accessibili, farebbe venire meno il ruolo sociale, di servizio pubblico essenziale, svolto dalla televisione pubblica. Nell’era dell’informazione elettronica, è questo il senso ultimo delle analisi multimediali, il pluralismo è assicurato spontaneamente dal mercato, dalla concorrenza tra le piattaforme mediatiche, e non vi sarebbe più spazio per un servizio pubblico televisivo, finanziato con denaro della collettività<sup>55</sup>.

Come si è detto (v. *supra*) questa visione commerciale, che considera i beni valoriali prodotti dalla comunicazione mediatica quali frutti commerciali generati spontaneamente dal mercato, a condizione che quest’ultimo sia posto in condizione di funzionare correttamente, non appare convin-

<sup>55</sup> E. Di Blasio, M. Sorice (a cura di), *Il servizio pubblico. Pluralismo, democrazia, media.*, Fondazione epr la sussidiarietà, Milano, 2014, 13-14.

cente. Nella società contemporanea, sempre più multi-etnica e multiculturale, per svolgere correttamente la propria funzione di centri di formazione culturale, i mezzi di comunicazione di massa (e la televisione in particolare) devono garantire non solo il pluralismo, ma anche la *qualità* delle fonti, dei contenuti, del dibattito, dell'intrattenimento.

L'unità culturale, nell'era digitale e dei flussi migratori, non può più essere ottenuta attraverso l'attenuazione delle differenze (ad esempio tra Nord e Sud), come si volle fare negli Cinquanta e Sessanta, ma esige il riconoscimento delle naturali diversità che compongono la comunità italiana. Il progetto di unificazione non può più fondarsi, come avveniva un tempo, su un modello culturale univoco, da elevare a comune denominatore della frammentazione sociale e territoriale.

Sempre più spesso, le famiglie desiderano per i propri figli un'educazione che non si limiti alla trasmissione di conoscenze, ma che piuttosto integri una formazione corrispondente alla loro tradizione. Famiglie ebraiche, cristiane o musulmane chiedono di coesistere armoniosamente con le tradizioni spirituali del nostro paese. Per questo è necessario che le principali agenzie formative pubbliche – scuola, università, mezzi di comunicazione – assicurino l'accesso ad opinioni, orientamenti e simboli culturali diversi, in modo che i cittadini non siano influenzati da una sola fonte dominante.

La nuova missione della televisione pubblica, dunque, è garantire l'integrazione e la coesione di modelli culturali diversi, offrire accoglienza alle molteplici opzioni ideologiche, senza imporre standard e stereotipi.

Con un solo limite: la Costituzione italiana. La Carta costituzionale repubblicana rappresenta la casa comune che ospita e rende uguali gli italiani, e che tutti hanno l'obbligo di difendere, indipendentemente dalle proprie convinzioni, origini e tradizioni. Nella Costituzione italiana sono fissati i valori comuni della nazione, i principi indispensabili che tutti devono conoscere e rispettare per potersi considerare italiani. Nella Costituzione sono racchiuse le regole necessarie e sufficienti per assicurare al paese un'unità di fondo, nel rispetto della diversità culturale di chi vi abita.

La Costituzione, nella sua interezza, rappresenta una barriera non oltrepassabile dal relativismo culturale, per quanto accentuato. Prende forma, in questo modo, una sorta di "dottrina dei controllimiti" applicata alla diversità culturale, e tutta giocata all'interno dello Stato: in nessun caso l'identità intellettuale, il pluralismo etico, la varietà confessionale, che lungo mille rivoli alimentano il grande fiume della società multiculturale contemporanea, possono mettere in discussione i valori fissati dalla Costituzione repubblicana. Da questo punto di vista, tutte le istituzioni pubbliche sono chiamate al ruolo di guardiani naturali della barriera.

## 9. Il pluralismo come missione

Come si legge nella norma di apertura della legge n. 223 del 1990, «Il pluralismo, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione, l'apertura alle diverse opinioni, tendenze politiche, sociali, culturali e religiose, nel rispetto delle libertà e dei diritti garantiti dalla Costituzione, rappresentano i principi fondamentali del sistema radiotelevisivo che si realizza con il concorso di soggetti pubblici e privati ai sensi della presente legge».

La legge n. 112 del 2004 (cd. Gasparri) conferma questa impostazione e fissa come principi fondamentali del sistema radiotelevisivo (a sua volta articolato in nazionale e locale) una serie di valori generali che, essendo estesi integralmente all'emittenza privata, fanno venire meno la specificità del servizio pubblico. In base alla nuova legge quadro sulla radiotelevisione sono considerati «principi fondamentali del sistema radiotelevisivo la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, la tutela della libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione, l'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose e la salvaguardia delle diversità etniche e del patrimonio culturale, artistico e ambientale, a livello nazionale e locale, nel rispetto delle libertà e dei diritti, in particolare della dignità della persona, della promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto comunitario, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali» (art. 3).

Il Testo unico sulla radiotelevisione, all'interno del quale confluiranno successivamente le norme in tema di radiotelevisione emanate nel corso degli ultimi trent'anni, (d.lgs. 177/2005) riprende in modo pedissequo questa formulazione, ribadendo l'esigenza che il "sistema televisivo", nel suo complesso, si apra alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose, assicurando la salvaguardia delle diversità etniche e del patrimonio culturale, artistico e ambientale, a livello nazionale e locale (art. 3). A fianco di queste disposizioni di ordine generale, vevoli per tutte le concessionarie televisive, il Testo unico detta inoltre gli ulteriori e specifici obblighi di pubblico servizio che la «società concessionaria del "servizio pubblico generale radiotelevisivo" (RAI) è tenuta ad adempiere nell'ambito della sua complessiva programmazione, anche non informativa, al fine di favorire l'istruzione, la crescita civile e il progresso sociale, di promuovere la lingua italiana e la cultura, di salvaguardare l'identità nazionale e di assicurare prestazioni di utilità sociale» (art. 7, comma 4).

Diversi atti europei, poi, enfatizzano il collegamento tra il servizio pubblico radiotelevisivo e le istanze pluralistiche presenti nella società. Nel Protocollo sulla radiodiffusione pubblica allegato al Trattato di Amsterdam (1997), il pubblico servizio televisivo è «direttamente collegato alla necessità, per ogni società, di possedere un assetto democratico sociale e culturale e al bisogno di preservare il pluralismo dei mezzi di informazione». A questa disposizione si affianca la Risoluzione del Consiglio dei Ministri e dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri sulle emissioni di servizio pubblico (25 gennaio 1999), ove si precisa che la funzione di servizio pubblico può considerarsi legittima «in quanto finalizzata ad una programmazione equilibrata e varia, in grado di mantenere un certo livello di ascolto e dunque di assicurare l'adempimento della funzione di soddisfare le esigenze democratiche, sociali e culturali della società e garantire pluralismo».

Oltre che a garantire lo stretto collegamento con istanze pluralistiche della società, le indicazioni europee sono rivolte a assicurare l'indipendenza del servizio pubblico radiotelevisivo: si pensi alla Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1996 (R. 96/10), con cui si raccomanda l'indipendenza editoriale ed istituzionale del servizio pubblico radiotelevisivo, in particolare dal potere governativo; alla Risoluzione del Parlamento europeo del 1996 in cui si richiede una completa indipendenza del servizio pubblico radiotelevisivo dai governi; alla Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 2004 (*On public service broadcasting*, n. 1641/2004) ove l'indipendenza è elemento essenziale per lo svolgimento della missione pubblica; la Risoluzione 1387/04 della medesima Assemblea, dedicata espressamente alla situazione italiana (cui si evidenzia che la dipendenza della RAI dal potere politico è contraria al diritto comunitario); per finire con l'art. 11 della Carta europea dei diritti fondamentali, che sancisce la libertà dei media da interferenze dei pubblici poteri e, dunque, anche dal potere politico.

Premesso che vi è grande divergenza di opinioni sul punto, nelle pagine a seguire si cercherà di utilizzare il termine “pluralismo” in una accezione specifica, non sovrapponibile a “diversità”: mentre il primo concetto fa riferimento al modo in cui il mercato televisivo è strutturato, e riguarda la possibilità di scelta degli utenti tra diverse *fonti* di un servizio informativo, il secondo fa riferimento al modo in cui la programmazione televisiva è articolata, e concerne la varietà di *programmi* resi disponibili all'utenza. Questa distinzione concettuale riprende in gran parte quella adottata nell'ordinamento inglese<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Department for Culture, Media and Sport of Trade and Industry, *A new Future for Communications*, December 2000, Cm 5010, par. 4.2.1.

Esiste una differenza rilevante anche tra pluralismo e concorrenza. Pluralismo non significa solo tutela antimonopolistica (e antitrust) a garanzia della concorrenza, ma è qualcosa di qualitativamente diverso. La tutela della concorrenza esaurisce le proprie finalità nella protezione dell'interesse delle imprese e dei consumatori, nella tutela dell'efficienza del mercato, e non ha l'obiettivo di assicurare il maggior numero possibile di imprese sul mercato, come il pluralismo esterno. Del resto, l'esperienza di questi anni ha dimostrato che il diritto antitrust non è sufficiente a garantire la presenza di una pluralità di imprese nel settore: il rispetto delle leggi sulla concorrenza non sempre genera una molteplicità di operatori presenti sul mercato, ma ha anzi storicamente avallato forti concentrazioni nel settore dei media<sup>57</sup>.

La tutela del pluralismo legittima una regolazione *ex ante* del mercato dell'informazione, attraverso interventi volti a promuoverne attivamente – oltre che a difendere – l'assetto concorrenziale, per prevenirne le disfunzioni e preservare gli equilibri tra i diversi soggetti che vi operano. All'opposto, la normativa antitrust ammette solo interventi autoritativi *ex post* a difesa della concorrenza, per evitare l'abuso di posizione dominante delle imprese. Da questo punto di vista, il pluralismo appare come un concetto statico, mentre la concorrenza è dinamica: il primo impedisce il mero raggiungimento di determinate soglie di concentrazione proprietaria (cd. posizione dominante), mentre la seconda vieta alle imprese che abbiano già raggiunto una posizione dominante sul mercato di sfruttare il proprio potere a danno dei consumatori ovvero di impedire ai concorrenti di operare sul mercato, causando un danno ai consumatori. Pertanto, nell'ambito delle comunicazioni di massa (dove vige il principio del pluralismo), viene sanzionata la mera “detenzione”, ossia l'acquisizione stessa di una determinata concentrazione proprietaria, senza bisogno di verificare l'esistenza di un “abuso” di posizione dominante già acquisita<sup>58</sup>.

Da tutto ciò discende che una semplice normativa antitrust (peraltro a più riprese “emendata” da parte della Corte costituzionale) non è sufficiente ad assicurare il pluralismo dell'informazione: in questo peculiare settore, infatti, occorrono interventi di promozione e di sostegno al pluralismo, misure asimmetriche che appartengono alla sfera della regolazione economica e che vanno ben oltre il controllo antitrust a difesa della concorrenzialità del mercato. Per questo il sistema delle comunicazioni di massa è sottoposto a una disciplina antitrust speciale, rispetto agli altri settori econo-

<sup>57</sup> E.M. Barendt, *op. cit.*, 122.

<sup>58</sup> O. Grandinetti, *Principi costituzionali in materia radiotelevisiva e ddl Gasparri*, in *Il giornale di diritto amministrativo*, 2003, 191.

mici, che va a sommarsi alla disciplina generale sulla concorrenza dettata dalla legge n. 287/1990.

La distanza tra pluralismo e concorrenza diviene più chiara attraverso un'indagine sul fondamento costituzionale dei due concetti: la disciplina a garanzia del pluralismo trova il suo referente diretto nell'art. 21 Cost., mentre la disciplina a tutela della concorrenza, volta ad assicurare l'iniziativa economica privata e l'efficienza del mercato, ha il suo naturale ancoraggio nell'art. 41 Cost. Da ciò si evince che, per quanto la tutela dell'iniziativa economica privata sia importante, essa rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente ad assicurare il pluralismo dei mezzi di comunicazione: per realizzare questo fine occorre mettere in campo misure che assicurino ai cittadini il diritto di essere formati e informati correttamente tramite l'accesso ad una varietà di fonti, idee e punti di vista, sottraendo l'opinione pubblica a indebite influenze da parte di fonti dominanti.

Posto che non è dimostrato che la concorrenza porti effettivamente ad un aumento degli operatori sul mercato [v. *supra*], non risulta nemmeno comprovato che, all'aumentare del numero di operatori, aumenti anche la diversità di fonti disponibili: le televisioni operano all'interno di un contesto commerciale, in cui solo le imprese di successo riescono ad avere accesso alle risorse finanziarie, derivanti essenzialmente dalla pubblicità. Ne consegue che, in teoria, la molteplicità di operatori televisivi potrebbe portare solo all'aumento di coloro che sono meno disposti a criticare lo status quo e la distribuzione della ricchezza e del potere, e sono più propensi ad omologarsi al modello identitario comune. In questi casi il risultato finale sarà l'appiattimento e la duplicazione, anziché la diversità di fonti<sup>59</sup>.

Buona parte delle considerazioni riferite al pluralismo può applicarsi anche alla "diversità", intesa come varietà di programmi e di contenuti resi disponibili all'utenza. Il punto in discussione non sono i fallimenti del mercato, ma i successi del mercato, ossia ciò che dal mercato è lecito attendersi<sup>60</sup>. In nessun caso si può sperare che il mercato radiotelevisivo (e la disciplina della concorrenza, che è strumentale al funzionamento di quest'ultimo) promuova il pluralismo di fonti, la diversità di opinioni o il senso di identità nazionale: ciò, non perché il mercato funzioni male o racchiuda alcuni fallimenti interni, ma semplicemente perché questi obiettivi per il mercato televisivo non esistono. Non si tratta di prodotti economici, dunque il mercato se ne disinteressa.

<sup>59</sup> L. Hitchens, *Broadcasting Pluralism and Diversity. A Comparative Study of Policy and Regulation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, 591.

<sup>60</sup> O. Fiss, *Why the State?*, in *Harvard Law Rev.*, 1987, part. 788.

Da questo punto di vista si coglie un'assonanza con cd. *merit good*, concetto con cui la scienza economica, negli anni Sessanta<sup>61</sup> indicava beni ritenuti necessari per gli individui o la società nel suo insieme, ma allo stesso tempo privi di una proporzionale giustificazione economica in termini di profitto generato o di domanda da parte del mercato (gli esempi più ricorrenti erano le prestazioni sanitarie per migliorare la qualità di vita e ridurre l'incidenza delle malattie, l'edilizia pubblica residenziale, i sussidi per i disoccupati e gli indigenti, l'istruzione). Il valore di questi beni non consiste tanto nella loro capacità di soddisfare una domanda specifica, o nel loro consumo di mercato, quanto nella loro capacità di generare inclusione sociale e altre esternalità positive di tipo valoriale.

Pluralismo e diversità sono beni non economici, valoriali. In un certo senso possono essere accostati ai *merit good*. Se è lecito che il mercato si disinteressi di beni non economici, per contro gli italiani vantano una pretesa legittima, e costituzionalmente garantita, alla conservazione di un luogo appositamente adibito al dibattito democratico, alla discussione libera, alla soddisfazione delle aspettative culturali, filosofiche, religiose. Una pretesa che discende dal principio di uguaglianza, dalla libertà di opinione, dal diritto di essere informati, dal diritto di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale. E che prescinde dal rapporto formale di cittadinanza con lo Stato: il concetto di cittadino è utilizzato qui in senso lato, e indica tutti gli individui che abitano e vivono in un determinato paese, e con esso instaurano uno stabile rapporto professionale, sociale, culturale.

### 10. Guardando al futuro

In Italia non si è mai sviluppata una cultura dell'imparzialità e della neutralità dell'informazione, e l'autonomia e la correttezza professionale degli operatori non è mai assunta a criterio di riferimento per la funzione informativa<sup>62</sup>. Oggi, più che mai, è importante costruire un servizio pubblico radiotelevisivo che possa fungere da contrappeso alle interferenze del potere politico ed economico sulla formazione culturale dei cittadini. Un servizio pubblico che, evidentemente, non è quello attuale.

Una nutrita serie di risoluzioni, raccomandazioni e atti europei di

<sup>61</sup> R.A. Musgrave, *A Multiple Theory of Budget Determination*, FinanzArchiv, New Series 25(1), 1957, 33-43.

<sup>62</sup> V. Onida, *op. cit.*, 80.

vario genere testimonia che, nella società dell'informazione, i media pubblici possono ancora svolgere un ruolo rilevante per quanto riguarda la coesione sociale, le garanzie del dialogo democratico e la costruzione della identità nazionale [per citarne solo alcune v. Risoluzione del Parlamento europeo del 24 aprile 2004 sui rischi di violazione della libertà di espressione e informazione; la *Opinion* adottata dalla *European Commission for democracy through Law* (Venice Commission) del 10 giugno 2005; Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla indipendenza del servizio pubblico radiotelevisivo (R 96/10); Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri del 31 gennaio 2007, sul pluralismo dei mezzi di informazione e la loro diversità; Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri del 31 gennaio 2007, sulla missione dei media di servizio pubblico nella società dell'informazione; Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 25 giugno 2009, sul finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione; Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri del 15 febbraio 2012, sulla *governance* dei media di servizio pubblico].

La televisione pubblica non solo non appare oggi marginalizzata a causa del moltiplicarsi dell'offerta mediatica, ma è probabile che in futuro incontri minore competizione nella realizzazione di programmi culturali e di servizio, dal momento che la concorrenza tra diverse piattaforme si concentra soprattutto sulla programmazione commerciale. Ciò, quantomeno, è quanto sembra potersi desumere dall'esperienza dei principali paesi europei (Francia, Germania, Regno Unito), in cui la televisione pubblica riveste un ruolo di assoluto primo piano nella programmazione formativa e informativa, mentre le televisioni private guidano soprattutto la programmazione di intrattenimento.

Per poter avere un ruolo e una collocazione nella società contemporanea, tuttavia, la televisione pubblica deve offrire un servizio che l'emittenza commerciale non è in grado o non è interessata ad offrire: le informazioni diffuse dai mezzi di comunicazione devono essere complete, attendibili e degne di fiducia; la programmazione deve essere varia, capace di soddisfare le molteplici esigenze conoscitive e intellettuali; l'intrattenimento deve essere rispettoso dei valori condivisi, formativo e funzionale alla coesione sociale. La televisione pubblica non deve solo offrire un servizio, ma svolgere una funzione e contribuire perciò alla crescita dei cittadini e del paese, consentendo alle diverse componenti sociali di integrarsi e a vivere armoniosamente.

Come è stato detto, il servizio pubblico radiotelevisivo deve trasfor-

marsi in “istituzione” di garanzia<sup>63</sup>, dotata di una funzione di contrappeso rispetto alle élites politiche, alla televisione commerciale, all’appiattimento e alla massificazione culturale, alla frammentazione sociale.

Non si tratta, in fondo, di compiti molto diversi da quelli che ispirarono la creazione della BBC [v. *infra* § 3] e che, opportunamente adeguati al mutato contesto culturale, continuano a rappresentare il “nocciolo duro” del servizio pubblico televisivo:

1) *l’universalità del servizio*, intesa come fruibilità sull’intero territorio del paese a condizioni identiche e accessibili per tutti; ma soprattutto come idoneità del servizio a soddisfare tutti i gusti e gli interessi dei consumatori, compresi quelli delle minoranze (c.d. *minority programs*). Come negli anni Cinquanta, la televisione pubblica deve rafforzare l’identità, la lingua, le tradizioni del nostro paese nel rispetto delle specificità regionali e territoriali. In più, rispetto al passato, il servizio pubblico deve svolgere una funzione di coesione tra le diverse “società” che formano la popolazione italiana, favorendo la tenuta di un sistema che, sempre più, appare caratterizzato da fratture e conflitti culturali. Contribuiscono all’universalità del servizio, oltre alla varietà e all’obiettività dei contenuti, anche la capacità di creare un’identità nazionale e una cultura comune, fatta di valori e ideali condivisi. Nel caso specifico, si tratta dei valori espressi dalla Costituzione italiana;

2) *la responsabilità culturale* nell’informare ed educare gli spettatori, intesa come garanzia di un servizio di alta e costante qualità riferita ad ogni genere di programmazione (*quality of speech*). In un contesto tecnologico in cui i flussi comunicativi sono molteplici, continui e sempre più specializzati, il compito della televisione generalista pubblica è quello di selezionare le informazioni, certificare la loro affidabilità, assicurare contenuti editoriali trasversali a fronte di un consumo mediatico parcellizzato, fungere da veicolo di conoscenze comuni, internazionali e multimediali. In particolare il servizio pubblico deve farsi carico della alfabetizzazione digitale del paese, e più in generale promuovere la fruizione consapevole delle nuove tecnologie, contribuendo a colmare il *digital divide* che rappresenta la principale causa di discriminazione tra le fasce sociali della popolazione italiana (in questa direzione sembra orientata la recente collaborazione che l’Agenzia per l’Italia digitale ha avviato con la Rai, che prende il nome di “Alfabetizzazione digitale: Manzi 2.0”, con un richiamo alla storica trasmissione “Non è mai troppo tardi”). Il servizio pubblico radiotelevisivo dovrebbe favorire la rea-

<sup>63</sup> G.Vigevani, *Pluralismo interno e indipendenza del servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Il diritto al pluralismo dell’informazione in Europa e in Italia*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, A. Del Vecchio, M. Manetti, Pustorino, Rai ERI, 2012, 277.

lizzazione della cd. sfera pubblica, una zona per il dibattito libera da restrizioni, che serve come luogo di esplorazione delle idee per la formazione di un'opinione pubblica, dove il libero accesso alle informazioni e rende possibile il discorso critico-razionale e il dibattito collettivo per il bene della società<sup>64</sup>;

3) *l'indipendenza* dalla politica, da interessi economici e da qualsiasi tipo di influenza e ideologia. Sono riconducibili a questo aspetto sia l'assetto organizzativo del servizio pubblico, in Italia ancora troppo condizionato dal governo e soprattutto dalla politica; sia le modalità di finanziamento, che dovrebbero garantire alla emittenza pubblica le risorse per poter svolgere la propria missione senza trovarsi a dipendere dalla pubblicità, e dunque dalle logiche dell'audience e del mercato.

Sotto il primo versante, al di fuori del legittimo potere di indirizzo del Parlamento, il mondo della politica non dovrebbe avere ingresso nella organizzazione del servizio pubblico: a partire da requisiti tecnico-professionali per gli organi di gestione, continuando con l'attribuzione del pacchetto azionario ad un soggetto sottratto al controllo della politica (ad es. una Fondazione, un Comitato di garanzia), fino all'introduzione di specifici obblighi deontologici per i giornalisti e i professionisti della comunicazione, l'insieme delle regole organizzative riguardanti la concessionaria pubblica dovrebbe ispirarsi all'esclusivo criterio della funzionalità alla missione di servizio pubblico.

L'indipendenza del servizio pubblico radiotelevisivo dalla politica, e non solo dalla maggioranza di governo è da tempo al centro delle indicazioni europee<sup>65</sup>. Tuttavia, quando la legge n. 103/75 venne a collocare la concessionaria pubblica sotto l'indirizzo e la vigilanza di un'apposita Commissione parlamentare permanente, allo scopo di sottrarla alle influenze della maggioranza di Governo, si produsse la cd. parlamentarizzazione della RAI che, di fatto, comportò il massiccio ingresso dei partiti negli organi di governo RAI. Il coinvolgimento del Parlamento, che all'epoca rappresentava una formula idonea per soddisfare le richieste di pluralismo (interno) ripetutamente avanzate dalla Corte costituzionale, aggravò anziché risolvere il problema dell'indipendenza dalla politica, e condusse alla spartizione dell'azienda di Stato da parte dei maggiori partiti presenti in Parlamento (cd. lottizzazione).

<sup>64</sup> In questo senso cfr. J. Habermas, *op. cit.*; Monroe E. Price, *Television, the Public Sphere, and National Identity*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

<sup>65</sup> Cfr. Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del consiglio d'Europa del 2004 (On public service broadcasting, n. 1641/2004); Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1387/04; art. 11 della Carta europea dei diritti fondamentali.

Da quel momento in avanti, in Italia ha dominato un'idea di pluralismo inteso come *plurality of partiality*, somma di spazi concessi alle diverse formazioni politiche, in relazione al loro peso parlamentare, sia nella organizzazione di governo che nella programmazione RAI. Da questo punto di vista sembra registrarsi una sorta di scollamento concettuale tra le finalità che fanno da sfondo al pluralismo e le modalità con cui esso si è effettivamente realizzato nel nostro paese<sup>66</sup>.

Sotto il secondo versante, il finanziamento del servizio pubblico, ad oggi di tipo misto, deve garantire una sufficiente indipendenza del servizio pubblico dalle pressioni del mercato. Il bilancio RAI, negli anni ha registrato un progressivo incremento degli introiti pubblicitari a scapito di quelli derivanti dal canone, al punto che le due voci sono divenute sostanzialmente equivalenti. Questa dinamica è favorita dalla legislazione vigente: il tetto alla pubblicità è attualmente fissato nel 4% della programmazione settimanale (60 minuti al giorno) e nel 12% di ogni ora, laddove la BBC non trasmette pubblicità nei canali destinati al Regno Unito e le emittenti pubbliche in Francia e Germania hanno tetti pubblicitari molto più stringenti per quantità e fasce orarie.

Il canone Rai, concepito come tassa sul possesso di apparecchi radio o TV, è contemporaneamente uno dei più bassi e più evasi d'Europa: fissato in 113,50 euro annuali, esso registra un tasso di evasione pari al 27%, contro il 5% del Regno Unito e l'1% di Francia e Germania. Il Testo Unico del 2005 obbliga la società concessionaria a destinare i ricavi derivanti dal gettito del canone ai soli oneri sostenuti per la fornitura del servizio pubblico, prevedendo, a tale scopo, la tenuta di una contabilità separata, soggetta al controllo di una società di revisione in posizione di indipendenza. Si tratta di una misura di trasparenza senz'altro opportuna, che però appare del tutto insufficiente a garantire l'autonomia del servizio pubblico dal mercato e dalle sirene della programmazione commerciale.

Questo insieme di elementi determina una pericolosa dipendenza del servizio pubblico dalle esigenze degli inserzionisti e dell'audience, che ne ostacola il perseguimento della missione culturale, informativa e formativa.

Esiste infatti una precisa correlazione tra finanziamento e servizio pubblico: affinché l'emittente pubblica possa svolgere in maniera adeguata la propria funzione "universale e culturale" occorre garantire alcune condizioni economiche di partenza, indispensabili per svincolare l'azienda da pressioni esterne e incoraggiarne la capacità innovativa. Un servizio pubblico privo di risorse o eccessivamente dipendente da sovvenzioni di indi-

<sup>66</sup> G. Vigevani, *op. cit.*, 281.

vidui o gruppi, infatti, non offre le garanzie di imparzialità, obiettività, pluralismo, innovazione, necessarie per il corretto svolgimento della propria missione.

La situazione economica della RAI è stata recentemente aggravata dal taglio di 150 milioni imposto dal governo come contributo al contenimento della spesa pubblica (d.l n. 66/2014), che ha reso la RAI ancora più dipendente dal finanziamento pubblicitario.

Per questo occorre avviare una stagione di riforme che possa restituire una missione pubblica alla RAI, rivedendo alcuni punti nevralgici del servizio pubblico: gli obiettivi, l'organizzazione di governo, il meccanismo di finanziamento. Una soluzione da tempo all'esame del governo (sin dalla legge n. 249/97) è la diversificazione del finanziamento dei canali Rai, in base alla vocazione commerciale o pubblica. Con il passaggio alla tecnologia digitale, infatti, la RAI dispone di 21 canali televisivi, 10 canali radio, 10 testate giornalistiche, 2 canali web (il portale [rai.it](http://rai.it) e [rainews](http://rainews)), circa 20 canali web tematici e 7 canali a richiesta. Si tratta di un'offerta vastissima, che potrebbe essere opportunamente articolata tra canali di servizio pubblico e canali commerciali, come avviene per la BBC; a tale articolazione dovrebbe corrispondere una diversa modalità di finanziamento, in modo da consentire ai canali di servizio pubblico di alimentarsi esclusivamente mediante il canone, senza ricorrere agli inserzionisti privati. Grazie ad un finanziamento pubblico integrale la RAI (o quantomeno alcuni canali) potrebbe emanciparsi dalle regole del mercato e della concorrenza, per dedicarsi con maggiore coerenza alla missione di servizio pubblico. Nulla di tutto ciò, tuttavia, è stato sin qui realizzato.

Un segnale concreto di cambiamento, dopo decenni di immobilismo, proviene dalla separazione proprietaria tra rete e contenuti, ottenuta mediante la cessione di quote di RaiWay, la rete di trasmissione e diffusione del segnale RAI. Nel novembre 2014 l'offerta pubblica di vendita (Opv) delle azioni RaiWay ha portato ad una cessione da parte della RAI di una quota di minoranza di azioni ordinarie RaiWay pari al 30,51%. Si è così favorito l'ingresso in posizione minoritaria di nuovi soci e, al contempo, il mantenimento del controllo pubblico sulla nuova azienda. Si è ottenuta in questo modo una "separazione verticale" dell'azienda, del tutto in linea con l'evoluzione tecnologica e le indicazioni europee, che permette di distinguere più chiaramente il ruolo di operatore di rete da quello di fornitore di contenuti.

Meno efficaci, invece, sono risultate le iniziative legislative che negli ultimi anni hanno interessato il sistema di governo della RAI. Dopo la legge del 1975, molte riforme hanno insistito sulla *governance* e in particolare sulla

composizione del Consiglio di amministrazione (si è passati dal Consiglio a 16 componenti, espressione proporzionale dei partiti, ad un Consiglio a 5 componenti, indicati dai Presidenti delle Camere, per ritornare nel 2004 alla nomina da parte della Commissione parlamentare di un Consiglio a 9 componenti) nel tentativo di restituire efficienza ad un organo fortemente lottizzato e farraginoso. In epoca più recente, merita di essere segnalato il tentativo di riforma avanzato dalla maggioranza di centro-sinistra nel corso della XV legislatura<sup>67</sup>, che proponeva una trasformazione della RAI s.p.a. in Fondazione, sulla falsariga di altre istituzioni culturali quali l'Enciclopedia italiana. Nel ddl Gentiloni, il Consiglio della Fondazione, oltre a garantire l'autonomia del servizio pubblico radiotelevisivo dal potere politico ed economico, aveva il compito di nominare il Presidente della RAI, nonché il Consiglio di amministrazione di RAI (composto da cinque membri nominati tra persone di alta professionalità), che, a sua volta, nominava al proprio interno un Amministratore delegato.

Anche il recentissimo disegno di legge presentato dal Governo Renzi, recante la "Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo", interviene su alcuni snodi cruciali dell'organizzazione aziendale, come il contratto nazionale di servizio, la disciplina della *governance*, la responsabilità degli amministratori e il finanziamento pubblico<sup>68</sup>. Con riferimento al meccanismo di governo, il ddl Renzi propone una riduzione del numero dei consiglieri d'amministrazione da 9 a 7 (di cui due eletti dalla Camera dei deputati e due eletti dal Senato della Repubblica, con voto limitato a uno; due designati dal Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze; uno designato dall'assemblea dei dipendenti della RAI Spa, con modalità che garantiscano la trasparenza e la rappresentatività della designazione stessa); riformula i compiti del Consiglio di amministrazione e riduce significativamente le funzioni della Commissione parlamentare RAI. La principale innovazione contenuta in questo disegno di legge, approvato dalla Camera il 22 ottobre 2015, è senz'altro rappresentata dalla figura dell'amministratore delegato, nominato dal Consiglio di amministrazione su proposta dell'assemblea dei soci, e dotato di rilevanti poteri gestionali, tra cui spiccano la gestione del personale dell'azienda, la nomina dei dirigenti di primo livello (inclusi i direttori di rete, di canale e di testata die-

<sup>67</sup> D.d.l. Gentiloni («Disciplina e organizzazione del servizio pubblico generale radiotelevisivo») approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 maggio 2007.

<sup>68</sup> A.S. 1880-B, Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo, presentato dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, approvato dalla Camera il 22 ottobre 2015.

tro parere obbligatorio del consiglio di amministrazione), la nomina, promozione e collocazione aziendale degli altri dirigenti, nonché, su proposta dei direttori di testata e nel rispetto del contratto di lavoro giornalistico, degli altri giornalisti. Si tratta, anche in questo caso, di riforme solo parziali, a cui manca una visione strutturale e organica del sistema.

In un quadro fatto di continui annunci, tentativi naufragati, riforme parziali o solo abbozzate, la RAI continua ad essere da almeno vent'anni al centro di un intenso dibattito politico e culturale. Questa circostanza, da un lato, rivela una forte sottovalutazione del problema da parte della politica; dall'altro, testimonia l'insoddisfazione cronica dei cittadini nei confronti di un servizio percepito ormai come anacronistico. Tutto ciò rende indispensabile avviare il percorso di una "riforma di struttura", che porti ad un profondo ripensamento della concessionaria pubblica e, prima ancora, del servizio pubblico radiotelevisivo.

La speranza è che il legislatore italiano prenda definitivamente coscienza dell'importanza che il servizio pubblico radiotelevisivo riveste nella costruzione di un paese unitario. Unità oggi significa soprattutto coesione, riconoscimento delle diversità, contaminazione culturale, creazione di un'identità nazionale unica. Unità significa diffusione della conoscenza delle nazionalità, delle comunità e delle regioni che fanno parte dell'Italia. Unità significa anche promozione dell'immagine dell'Italia all'estero e, al contempo, sostegno dell'Europa all'interno del nostro paese.

Il pluralismo, è evidente, non basta più a soddisfare tutte queste esigenze. Per giustificare la sua esistenza, il servizio pubblico radiotelevisivo deve sapersi rinnovare, ritrovare la propria missione e adattarla alle sfide culturali dell'Italia del terzo millennio.

#### *Abstract*

*The public broadcasting service is marked by the thicker "cultural" relevance than commercial one, together with the "function" of identity that it carries for the benefit of citizens / users. The public broadcasting service conveys the official culture of a country, in the form of music, drama and theater, dance, literature and poetry, visual arts, architecture and cultural heritage, film, comedy, sports, TV series. When properly implemented, the public broadcasting service has the basic task of making sure that the audience feels in harmony with society and culture to which it belongs. The cultural project of RAI, originally, was to introduce to culture the masses who, at that time, were largely excluded, giving Italians the basic tools of knowledge required to consciously perform their role of citizens. At the beginning, the function of the RAI*

## **rai e servizio pubblico radiotelevisivo**

*was primarily educational, and it had as main objective to unify Italians below one language, one culture, one common identity. Today, in the digital age and in time of massive migrations, the cultural unity of our country cannot be achieved through the reduction of the differences (for example, between North and South), as RAI tried to do during the Fifties and Sixties, but it demands the recognition of the natural diversity that marks the Italian community. The national unification project cannot be based on a unique cultural model, as it was during the past. Therefore the new mission of public broadcasting service is to foster the integration and cohesion of different cultural models, to offer hospitality to the many ideological options living together in our society, without imposing standards and stereotypes. With only one overall limit: the Italian Constitution. The Republican Constitution is the common house that harbor and equalizes Italians, and that everyone has the duty to defend, regardless of his/her beliefs, origins and traditions.*



MARCO MAGRI

LA REGOLAMENTAZIONE DELLA STAMPA  
E DELL'IMPRESA EDITORIALE:  
OLTRE L'ILLUSIONE DEL PLURALISMO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. L'illusione del «pluralismo informativo». – 2. I vincoli al raggiungimento di posizioni dominanti. – 3. La «concorrenza monopolistica» e la garanzia del potere editoriale, perno del sistema. La «impurità» dell'editoria italiana. – 4. Le provvidenze all'editoria, tra abolizione e riordino. – 5. La difficile questione della liberalizzazione del sistema della vendita dei giornali quotidiani e periodici. – 6. Fine del cartaceo e «neutralità tecnologica» dello Stato. – 7. Oltre l'illusione del «pluralismo». Un sistema da scomporre e ricostruire.

**1. Premessa. L'illusione del «pluralismo informativo»**

Conviene preliminarmente chiarire di che cosa il contributo non si occupa. Ad essere escluso, poiché inadeguato agli obiettivi e alle proporzioni del presente lavoro, è anzitutto un discorso onnicomprensivo strutturato secondo il tradizionale indice manualistico: profili costituzionali della libertà di stampa, reati a mezzo stampa, disciplina della impresa editoriale nei suoi vari aspetti. Per questa prospettiva è sufficiente rimandare ai trattati di diritto dell'informazione; là dove quel discorso si trova sviluppato in maniera molto più approfondita di quanto, in ogni caso, si possa far qui<sup>1</sup>.

Un secondo aspetto che appare prudente lasciare sullo sfondo, per richiamarlo soltanto nei limiti in cui risulterà necessario, è l'insieme delle problematiche costituzionali che connotano più specificamente la libertà di stampa come facoltà di manifestare il proprio pensiero a mezzo stampa, senza dover sottostare a controlli preventivi da parte dei pubblici poteri; e

\* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti per il 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara.

<sup>1</sup> P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 31 ss.; G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2014, 143 ss.

lo stesso deve dirsi a proposito delle questioni riguardanti i soggetti che cooperano professionalmente alla stesura dell'informazione giornalistica<sup>2</sup>: temi, questi, alla cui disamina si oppongono, oltre alle già richiamate esigenze di contenimento, gli insegnamenti di una dottrina autorevole e tanto illuminante<sup>3</sup> da rendere inutile un nuovo saggio, specie se breve, sui medesimi contenuti.

Un terzo profilo che merita di essere chiarito è l'impossibilità di esaminare nel dettaglio la disciplina dei singoli tipi di pubblicazioni. Con ogni evidenza, se si volesse propriamente fare il punto su «stampa e impresa editoriale», la prima cosa di cui aver premura sarebbe ricordare che queste locuzioni sottendono fenomeni più ampi e compositi. Occorrerebbe allora dedicare cenni distinti a ciascuna delle industrie alle quali dà luogo l'uso della carta per fini di manifestazione del pensiero: quotidiani, periodici, libri, relative sottocategorie, etc.

Non essendovi modo di rispettare questi canoni e visto lo scopo celebrativo dei 150 anni della l. 20 marzo 1865, n. 2248, che fu una legge «amministrativa» di unificazione, si è scelto di limitare il campo di osservazione alla sola disciplina giuridica della stampa quotidiana e periodica, là dove più sperimentate sono le relazioni tra l'editoria cartacea e i pubblici poteri. D'ora in avanti si parlerà quindi di stampa in una accezione sintetica e volutamente parziale rispetto alle classi di disposizioni normative che il termine «stampa», rigorosamente inteso, imporrebbe di esaminare. Non rimane che mettere a punto il quesito di fondo al quale tentar di rispondere: è necessario identificare un aspetto della regolazione della stampa, quotidiana e periodica, che possa essere, meglio di altri, problematizzato con sufficiente ampiezza agli occhi del lettore.

La legge n. 2248/1865 non offre, per ovvi motivi, alcun appiglio al tema della stampa – a parte l'art. 51 della legge sulla sicurezza pubblica (Allegato B), che vietava l'esercizio dell'arte tipografica in assenza di preventiva dichiarazione all'autorità<sup>4</sup> – nonostante l'unificazione italiana sia stata, per la

<sup>2</sup> A. Pace, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Padova, Cedam, 1983.

<sup>3</sup> Per citare solo alcune tra le tante opere fondamentali: P. Barile, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975, 60 ss.; V. Crisafulli, *Problematiche della «libertà d'informazione»*, in *Il politico*, 1964, 285 ss.; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958; L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 5 ss.; S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.

<sup>4</sup> Sul punto, G. Cuomo, *Libertà di manifestazione del pensiero. Rassegna di legislazione: 1848-1948*, in *La pubblica sicurezza*, Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P. Barile, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 227 ss.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

stampa, una vicenda altamente significativa<sup>5</sup>. L'unificazione italiana fu per la stampa una vicenda significativa soprattutto perché rese visibili alcuni caratteri del settore della produzione dei giornali che si riveleranno poi costitutivi di una vera e propria tradizione editoriale nazionale: la debolezza del mercato dei giornali; l'inesistenza di un assetto che oggi chiameremmo «concorrenziale»; la tendenza della stampa ad assumere caratteri regionali; l'inclinazione dei partiti a controllare le istituzioni senza proporsi come partiti di massa, lasciando alla stampa la responsabilità della c.d. «opinione pubblica»; il cauto atteggiamento della legislazione italiana rispetto alla possibilità di interventi volti a indirizzare e coordinare i mezzi economici dell'impresa editoriale; la correlativa propensione dell'impresa giornalistica a non comportarsi come una normale impresa commerciale<sup>6</sup> e a «politicizzare» la società in assenza dello Stato<sup>7</sup>.

Sono queste le componenti essenziali di un fenomeno che attraversa l'Italia in tutte le sue mutazioni e che si potrebbe, senza alcun intento polemico, definire come la «illusione del pluralismo informativo». È stato bene osservato che nel settore della stampa «sembra trovare conferma [...] quell'atteggiamento che anche altrove ha spesso caratterizzato il rapporto industria-poteri pubblici e che sembrerebbe ispirato da un lato dall'intento di respingere lo Stato al di fuori di una sfera di autonomia i cui confini si tende a voler rendere sempre più ampi e sicuri, ma dall'altro anche dalla volontà di non forzare questa difesa fino al limite oltre il quale la contrazione dell'intervento rischia di diventare troppo onerosa ed in definitiva per nulla vantaggiosa»<sup>8</sup>. Ed in effetti, piuttosto che un dato dell'economia e della società, il pluralismo informativo è sempre stato garantito da un tacito accordo di scambio tra i partiti e i grandi gruppi finanziari, volto a stabilizzare l'assetto delle proprietà dei giornali attraverso una politica di *laissez faire* basata sul riconoscimento (più presunto che dimostrato) di una struttura già in sé conflittuale, quindi concorrenziale, delle testate.

Legata a questo equilibrio è la contraddizione in cui la stampa periodica si è dibattuta lungo tutto il corso della esperienza statutale italiana. Valga, a descriverla, la sintesi di G. Cuomo: «la stampa periodica, se è libera nei

<sup>5</sup> V. Castronovo, *La stampa italiana nell'età liberale*, Bari, Laterza, 1979.

<sup>6</sup> A. Galizia, *L'azienda giornalistica: studio di diritto commerciale*, Roma, Athenaeum, 1913, 60 ss.; sul punto, anche in retrospettiva, P. Marchetti, *Problemi in tema di organizzazione giuridica dell'impresa giornalistica*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, a cura di P. Barile ed E. Cheli, Bologna, Il Mulino, 1979, 477 ss.

<sup>7</sup> C. Pinelli, *Il giornalista, l'indirizzo politico e l'impresa editoriale nella giurisprudenza e nella dottrina del periodo giolittiano: spunti ricostruttivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 231 ss.

<sup>8</sup> P. Caretti, *Diritto dell'informazione*, cit., 89.

confronti dello Stato, non lo è verso il capitale, nel senso che essa è normalmente asservita a grandi interessi di parte, mentre, se non è asservita al capitale privato, non riesce, di solito, ad essere libera nei confronti dello Stato»<sup>9</sup>.

Ma anche a prescindere da simili considerazioni, i caratteri sopra riasunti restano a qualificare l'ambivalenza del rapporto tra Stato e impresa editoriale italiana, e, così, una legislazione che ha sempre faticato a puntualizzare la posizione dello Stato-ordinamento rispetto alle dinamiche della produzione dei giornali. Il problema di fondo, riguardo al settore della stampa quotidiana e periodica, non riguarda soltanto la necessità di protezione della libertà dai pubblici poteri, ma anche – se non principalmente – la presunzione che i principi di cui all'art. 21 Cost. costituiscano per il legislatore una sorta di monito a non intervenire neppure sui profili costituzionali «economici» della libertà. Per la stampa, questa è sempre stata una evidenza incontestabile, all'epoca postunitaria (e non solo). L'osservazione di G. Arangio Ruiz, a novecento appena iniziato, lascia ben pochi dubbi: «Il giornale stampato e il giornale telefonato non potranno restare che proprietà ed industria privata»; questi mezzi non conosceranno alcuna «socializzazione dei mezzi di produzione»<sup>10</sup>.

È tuttavia proprio quella libertà economica che, in assenza di limiti giuridici, può condizionare il pluralismo, l'imparzialità del suo esercizio. Ed è su questo che conviene focalizzare l'attenzione. La Costituzione italiana del 1948 impone un «mutamento profondo di prospettiva», giacché «i pericoli per una libera stampa non vengono più oggi, o non vengono solo, da possibili indebite interferenze da parte dei poteri pubblici sul contenuto dell'informazione stampata, ma vengono, in misura assai più significativa, dai processi economici in atto in un settore in straordinaria espansione e che hanno come protagonisti principali le stesse imprese produttrici di informazione»<sup>11</sup>.

Si è parlato spesso, non solo a proposito della stampa ma anche con riferimento ai vari mezzi di comunicazione di massa, di un «lato passivo» del diritto garantito dall'art. 21 Cost. oppure (Corte costituzionale inclusa) di un «diritto ad essere informati», o, ancora, e più esattamente, di «garanzia degli utenti», di tutela della «informazione»: appunto, il «pluralismo informativo» come obiettivo aperto a canoni solidaristici di valutazione.

<sup>9</sup> G. Cuomo, *Libertà di stampa e impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, Jovene, 1955, 181.

<sup>10</sup> G. Arangio Ruiz, *Il diritto di stampa*, Modena, Biblioteca dell'Archivio Giuridico «Filippo Serafini», (Società tipografica modenese), 1905, 240.

<sup>11</sup> P. Caretti, *Diritto dell'informazione*, cit., 87.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

Un versante sul quale, concettualmente, la stampa, piuttosto di mostrare i caratteri della libertà individuale e prestarsi alla garanzia di cui all'art. 21 Cost.<sup>12</sup> figura come attività che può essere, in nome della garanzia degli utenti (o del pluralismo informativo), indirizzata e coordinata a fini sociali mediante programmi e controlli (art. 41, terzo comma, Cost.)<sup>13</sup>.

Sta di fatto che il potere di indirizzo e di coordinamento a fini sociali delle attività economiche private è sempre stato guardato con diffidenza per rapporto all'impresa giornalistica: il rischio è quello di interferenze con la sottostante libertà di manifestazione del pensiero, che non tollera poteri amministrativi conformativi, ed alla quale nessun fine di utilità generale può essere anteposto<sup>14</sup>. D'altra parte è nota l'opinione che l'industria editoriale italiana, pur mostrando una spiccata tendenza a oligopoli e concentrazioni, abbia dato buona prova di sé nell'assicurare quel «pluralismo informativo» che si è con fatica ricercato in altri campi; massimamente – come è noto – in quello della informazione radiotelevisiva. Il che può spiegare, tra l'altro, la ragione per cui sono rimaste minoritarie le teorie c.d. funzionali della libertà di stampa<sup>15</sup>. E può spiegare, altresì, la ragione per cui non ha avuto soverchie opposizioni l'introduzione, da parte del legislatore – in realtà, proprio in attuazione dell'art. 41, terzo comma, Cost. – di regole *antitrust*: queste ultime, infatti, malgrado possano implicare limitazioni anche gravi della proprietà del «mezzo», trattano pur sempre la libera concorrenza come strumento principale del «pluralismo informativo»<sup>16</sup>.

Il sistema rimane comunque privo di coerenza, tra severe norme «anticoncentrazione» e regole – molto meno impegnate – sul sostegno all'editoria. Il tipo di legislazione è oltremodo stratificato e lascia fuori quadro proprio il ruolo dello Stato, che sarebbe invece tempo di «riqualificare»<sup>17</sup>.

Oltre tutto, esiste un fenomeno nuovo (naturalmente, rispetto agli anni in cui si è sviluppata la legislazione italiana sulla stampa) e cioè il progredire

<sup>12</sup> V. Angiolini, *Pluralismo radiotelevisivo e tutela degli utenti*, in *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 2000, 28.

<sup>13</sup> Sulla natura della stampa come servizio pubblico, C. cost., 30 maggio 1977, n. 94; C. cost., 4 aprile 1990, n. 155, citate da P. Caretti, *Diritto dell'informazione*, cit., 88. In argomento, ampiamente, U. De Siervo, *Stampa (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 628.

<sup>14</sup> A.M. Sandulli, *Libertà d'informazione e mass-media nell'odierna realtà italiana*, in *Dir. soc.*, 1978, 72.

<sup>15</sup> Tra gli Autori più espliciti, in tal senso, N. Jaeger, *Il diritto della collettività alla informazione attraverso la stampa*, in *Iustitia*, 1959, 367 ss.; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, Cedam, 1973, *passim*.

<sup>16</sup> Per una opinione favorevole alla loro introduzione, P. Costanzo, *Stampa (libertà di)*, in *D. disc. pubbl.*, XIV, Torino, Utet, 1999, 549.

<sup>17</sup> P. Caretti, *Diritto dell'informazione*, cit., 89.

dell'informazione digitale, che ha portato negli ultimi anni l'editoria quotidiana e periodica ad una rapida e rilevante perdita di profitti.

Le riflessioni seguenti riguardano allora anche questa ultima problematica: in specie, il fatto che una sorta di «iperestensione» del significato dell'art. 21 Cost. abbia impedito e continui ad ostacolare il tentativo di far chiarezza sui limiti dell'intervento pubblico nel settore della stampa. L'interrogativo è se l'ordinamento italiano – e, con lui, una scienza giuridica capace di elaborare una vera e propria «teoria» del pubblico servizio<sup>18</sup> – possa assistere inerte, o persino assecondare, il processo di de-materializzazione delle informazioni alfabetiche: in una parola, la «morte» della stampa cartacea.

Si vorrebbe però anzitutto esaminare il sistema da vicino: s'inizierà quindi dall'analisi dei limiti *antitrust*; di seguito si accennerà alla distribuzione del potere entro il mercato editoriale, poi all'analisi delle sovvenzioni, infine all'impatto di internet sul settore della stampa quotidiana e periodica. Da ultimo si cercherà di trarne qualche conclusione, nei limiti sopra ricordati.

## 2. I vincoli al raggiungimento di posizioni dominanti

Il profilo di più immediata evidenza, ad uno sguardo d'assieme sul mercato editoriale italiano (ma l'aspetto è comune a tutti i paesi industrializzati<sup>19</sup>), è la forte tendenza oligopolistica delle imprese operanti nel settore della stampa quotidiana e periodica. Ed è questo un fenomeno che si riscontra malgrado la presenza di vincoli giuridici, in apparenza, piuttosto penetranti.

La più significativa restrizione *antitrust* finalizzata a favorire il pluralismo informativo consiste nel divieto di acquisire posizioni dominanti nel settore della editoria quotidiana, istituito dalle norme «anticonzentrazione» di cui alla l. 5 agosto 1981, n. 416 (modificata dalla l. 25 febbraio 1987, n. 67<sup>20</sup>). L'art. 3, comma 1, l. n. 416/1981 vieta alle imprese editrici di giornali quotidiani di editare o di controllare imprese che abbiano editato, nell'anno solare precedente, una tiratura superiore al 20 per cento di quella complessiva dei quotidiani in Italia, o superiore al 50 per cento delle copie tirate

<sup>18</sup> U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964; M. Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico (Considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 183 ss.

<sup>19</sup> F. Mosconi, *L'economia dei quotidiani*, Bologna, Il Mulino, 1998, 65.

<sup>20</sup> Sui profili generali di quest'ultima riforma, G. Corasaniti, *Trasparenza, pluralismo, interessi pubblici nella disciplina delle imprese editoriali*, Padova, Cedam, 1988; L. Bianchi, *Nuove dimensioni della libertà di stampa nel settore dell'editoria*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003, 69 ss.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

entro la medesima area interregionale. La legge vieta inoltre di assumere la titolarità di situazioni di collegamento con società editrici di quotidiani la cui tiratura sia stata superiore, nell'anno solare precedente, al 30 per cento di quella complessiva in Italia. Gli atti di cessione, i contratti di affitto o affidamento in gestione di testate, nonché il trasferimento tra vivi di azioni, partecipazioni o quote di società editrici, sono nulli ove, per loro effetto, uno stesso soggetto raggiunga la posizione dominante di cui sopra (art. 3, comma 4, l. n. 416/1981). Al di là delle suddette fattispecie, la legge istituisce poi una speciale legittimazione del Garante per l'editoria (ora trasferita all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), previa diffida all'impresa (e informativa al Parlamento), a chiedere al tribunale competente l'adozione del provvedimenti necessari per l'eliminazione di qualsiasi posizione «che [il Garante] ritiene dominante», anche mediante l'annullamento di atti o la vendita forzata di azioni, partecipazioni, quote o testate. In tutti i casi, le imprese editrici perdono il diritto a godere delle provvidenze ed agevolazioni pubbliche «per il periodo durante il quale sussiste la posizione dominante». Assimilabili alla normativa in materia di divieto di posizioni dominanti sono le disposizioni tese a vietare gli «incroci proprietari» tra stampa e televisione. Ai sensi dell'art. 43, comma 12, d.lg. 31 luglio 2005, n. 177 (testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), i soggetti che esercitano l'attività televisiva in ambito nazionale su qualunque piattaforma che, sulla base dell'ultimo provvedimento di valutazione del valore economico del sistema integrato delle comunicazioni adottato dall'Autorità ai sensi dello stesso articolo 43, hanno conseguito ricavi superiori all'8 per cento di tale valore economico – e lo stesso vale per le imprese, anche operanti attraverso società controllate o collegate, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche siano superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore – non possono, prima del 31 dicembre 2015 (termine prorogato per la quinta volta consecutiva dal d.l. 31 dicembre 2014, n. 192) acquisire partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani o partecipare alla costituzione di nuove imprese editrici di giornali quotidiani, con l'eccezione delle imprese editrici di giornali quotidiani diffusi esclusivamente in modalità elettronica. Il divieto si applica anche alle imprese controllate, controllanti o collegate ai sensi dell'articolo 2359 c.c. Analogamente alla legge n. 416/1981, anche l'art. 43 d.lgs. n. 177/2005 attribuisce all'Autorità garante per le garanzie nelle comunicazioni poteri finalizzati ad eliminare o impedire il formarsi delle posizioni dominanti vietate dall'articolo medesimo, incluse misure incidenti sulla struttura dell'azienda (quali dismissioni di azienda o di rami d'azienda). Ancora, al divieto di posizioni dominanti si ispira l'art. 12, comma 3, l. n. 416/1981, a norma del quale l'impresa con-

cessionaria di pubblicità – cioè, in pratica, il soggetto grazie al quale l'editore vede formarsi una delle due componenti essenziali del proprio reddito, e dal quale pertanto «dipende, in larga misura, la sopravvivenza economica delle diverse imprese editoriali»<sup>21</sup> – che controlli una impresa editrice o che sia controllata da una impresa editrice o da una persona giuridica o fisica che controlli una impresa editrice, non può esercitare l'esclusiva pubblicitaria per giornali quotidiani la cui tiratura complessiva abbia superato il 20 per cento della tiratura globale dei quotidiani nell'anno solare precedente. Giova però ricordare che la concessionaria ha il dovere di raccogliere gratuitamente la pubblicità delle amministrazioni statali e degli enti pubblici territoriali, i quali devono destinare alla pubblicità su quotidiani e periodici una quota non inferiore al 70 per cento delle spese di pubblicità previste in bilancio (art. 13 l. n. 416/1981) e non possono, fuori da questo caso, destinare finanziamenti o contributi, sotto qualsiasi forma, ai giornali quotidiani o periodici.

Il secondo dei vincoli giuridici che esaminiamo, del resto funzionale al divieto di posizioni dominanti, consiste nella imposizione di obblighi di trasparenza a carico delle imprese editrici. La legge n. 416/1981 interviene sulla forma proprietaria dell'impresa editrice di quotidiani, ne regola la costituzione, la modificazione, l'estinzione, contiene un complesso articolato normativo avente ad oggetto la titolarità delle azioni in caso di impresa in forma di S.p.A. La l. 31 luglio 1997, n. 249 (istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo) include le imprese editrici di giornali quotidiani e periodici tra i soggetti obbligati ad iscriversi al Registro degli Operatori di Comunicazione (che ha sostituito il Registro nazionale della stampa previsto dalla legge n. 416/1981). L'iscrizione al Registro è tra l'altro indispensabile per la percezione delle sovvenzioni pubbliche, nei limiti in cui la legge lascia sopravvivere il sostegno all'editoria; pertanto l'impresa editrice di quotidiani e periodici soggiace anche alle norme di semplificazione delle procedure di agevolazione. In proposito, il d.p.r. 25 novembre 2010, n. 223 (in attuazione dell'art. 44 d.l. 25 luglio 2008, n. 112, sul riordino delle provvidenze per l'editoria regolate dalla l. 7 agosto 1990, n. 250), aveva già irrigidito i requisiti necessari per avere accesso ai contributi<sup>22</sup>. Se non che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è intervenuta a prescrivere ulteriori adempimenti finalizzati alla trasparenza delle sovvenzioni, in attuazione dell'art. 5 d.p.r. n. 223/2010, con le delibere 283 e 421 del 2011. Investito della im-

<sup>21</sup> P. Caretti, *Diritto dell'informazione*, cit., 82.

<sup>22</sup> G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, cit., 154.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

pugnazione di tali atti, ritenuti sproporzionatamente gravosi, il Tar Lazio ha riconosciuto l'anomalia delle nuove incombenze burocratiche, tuttavia le ha ritenute giustificate dal «superiore interesse, ai fini di una corretta attuazione dei principi costituzionali che derivano dall'art. 21 Cost.», a «consentire una compiuta tracciabilità soggettiva dei destinatari delle provvidenze all'editoria che sono garantite da quei principi e realizzate attraverso il filtro normativo che, correttamente, impone una puntuale trasparenza di informazioni e dati che ineriscono a coloro che sono o saranno favoriti da quelle provvidenze»<sup>23</sup>.

Un terzo gruppo di vincoli che merita di essere ricordato per la sua importanza – e, ancora, per la sua strumentalità alle norme che proibiscono determinate concentrazioni – non è esplicitamente sancito da una o più disposizioni di legge, ma può essere desunto dalle norme, complementari all'art. 2359 c.c., con cui la legge definisce la nozione di controllo societario rilevante ai fini dell'accertamento delle concentrazioni vietate. L'art. 1, comma 8, l. n. 416/1981 (modificato dall'art. 3, l. n. 67/1987) stabilisce che le persone fisiche e le società che controllano una società editrice di giornali quotidiani, anche attraverso intestazione fiduciaria delle azioni o delle quote o per interposta persona, debbano darne comunicazione scritta alla società controllata ed al servizio dell'editoria (ora all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) entro trenta giorni dal fatto o dal negozio che determina l'acquisizione del controllo. La norma prevede che costituisca «controllo la sussistenza dei rapporti configurati nell'art. 2359 c.c.»; tuttavia precisa che si ritiene esistente, salvo prova contraria, la «influenza dominante prevista dal primo comma dell'articolo 2359 del codice civile» quando ricorrano le fattispecie che lo stesso comma 8 elenca poi autonomamente, introducendo così una disciplina valevole per lo specifico settore editoriale. La giurisprudenza amministrativa non ha mancato di precisare, al riguardo, richiamando i principi di «genuinità, obiettività e imparzialità dell'informazione diffusa dalla stampa», che tra l'art. 2359 c.c. e l'art. 1, comma 8, l. n. 416/1981 non vi è un rapporto di specialità. E questo per sottolineare che l'impresa editoriale non fruisce affatto di una disciplina diversa da quella valevole per la generalità degli operatori economici. Secondo il Consiglio di Stato, il legislatore del 1981 non avrebbe inteso sminuire la portata dell'art. 2359 c.c., né indebolirne l'efficacia. Al contrario, avrebbe inteso rafforzarlo, evitando che si prestasse a «capziose controversie interpretative» e che le connotazioni proprie dell'editoria determinino zone franche nell'applicazione

<sup>23</sup> Tar Lazio, Roma, 13 maggio 2013, n. 4756.

<sup>24</sup> Cons. St., sez. III, 22 aprile 2013, n. 2241; Cons. St., sez. III, 28 maggio 2012, n. 3136.

della disposizione generale, che resta, appunto, quella del Codice<sup>24</sup>. La stessa giurisprudenza ha soggiunto che le situazioni di controllo di cui alle disposizioni appena citate rilevano per loro stesse, indipendentemente dagli effetti che ne siano derivati. Una posizione si considera dominante se sussistono gli elementi configurati in astratto dalla legge, ancorché il controllo da essa esercitato possa essere «innocuo», ovverosia concretamente non restrittivo del pluralismo informativo. La presunzione assoluta di anti-giuridicità del controllo di cui all'art. 2359 c.c. differenzia la garanzia del pluralismo informativo contro le concentrazioni, nel settore della stampa, dagli strumenti di tutela della *par condicio* in altri settori. Significativo, ad esempio, può essere il parallelo con la vicenda che ha caratterizzato gli strumenti di tutela della concorrenza nell'ambito della disciplina delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, dove pure la legge ha sempre vietato il controllo anti-concorrenziale determinato dalla partecipazione congiunta dell'impresa controllante e di quella controllata. Qui la nozione di «controllo», determinante l'esclusione dalla gara di entrambe le imprese, era definito dall'art. 38 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 mediante rinvio all'art. 2359 c.c. La norma è stata però ritenuta incompatibile con il diritto europeo dalla Corte di giustizia dell'Unione<sup>25</sup>, la quale ha chiarito che le eventuali situazioni di controllo tra imprese concorrenti, benché accertate ai sensi dell'art. 2359 c.c., non possono determinarne l'esclusione automatica, non potendosi ritenere che tali fattispecie siano, per loro stesse, sempre concretamente pregiudizievoli per la *par condicio*. L'art. 38 cit. è stato di conseguenza modificato dall'art. 1, comma 3, d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (convertito in l. 20 novembre 2009, n. 166) ed ora considera decisiva, ai fini del divieto di partecipazione, non la situazione di controllo formale di cui all'art. 2359 c.c. *sic et simpliciter*, ma la situazione anzidetta o «qualsiasi relazione» che comporti imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale (c.d. collegamento sostanziale). L'art. 38 cit. consente quindi anche la partecipazione congiunta di due o più imprese che si trovino in situazioni di controllo ex art. 2359 c.c., a patto che esse dichiarino di «aver formulato l'offerta autonomamente»<sup>26</sup>. Ciò significa che l'esclusione alla gara può essere disposta solo in caso di controllo concretamente restrittivo della concorrenza e cioè di abuso del diritto di partecipazione. Invece nel settore della editoria quotidiana e periodica, come si è esattamente notato, il fenomeno combattuto dalla legge non è l'abuso, ma «il raggiungimento stesso della posizione dominante»<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> C. giust. UE, 19 maggio 2009, in C-538/07.

<sup>26</sup> Art. 38, comma 1, lett. m *quater* e comma 2, ultima parte d.lg. 3 aprile 2006, n. 163.

<sup>27</sup> G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, cit., 158.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

Vi è però da osservare che il formalismo con cui la legislazione editoriale *antitrust* sanziona il superamento di determinate soglie di accrescimento della proprietà, resta, malgrado l'avallo della giurisprudenza, alquanto discutibile e non del tutto giustificabile, rispetto ai più elastici principi interpretativi valevoli per le norme «anticoncentrazione» in generale. Intanto, l'idea di costruire la posizione dominante attraverso il parametro della tiratura complessiva delle testate (e l'art. 2359 c.c.) dimostra che il legislatore non ha tenuto in adeguata considerazione la natura regionale dei mercati dei quotidiani. Il potere di un editore che vende un numero elevato di copie in una parte ristretta del territorio nazionale non è necessariamente maggiore del potere di due o più editori che facciano cartello restando “sotto-soglia”, se questi ultimi riescono in tal modo a spuntare una più ampia diffusione delle testate<sup>28</sup>. O meglio, tutto dipende da un interrogativo di fondo, cosa è e come si misura il «potere editoriale», al quale il legislatore non ha mai prestato interesse: la capacità dell'editore di raggiungere una elevata tiratura di copie su scala nazionale significa, di per sé, avere un determinato numero di lettori; altra cosa è il potere di quello stesso editore di condizionare la pubblica opinione, che non è necessariamente proporzionale alla quantità di copie vendute, potendo dipendere più fattori. In secondo luogo, ciò che più conta, un cosiffatto insieme di sanzioni *antitrust* rischia di essere addirittura controproducente. Vietare le concentrazioni editoriali presuppone infatti un assetto pluralista di origine, un sistema in sé «deconcentrato», in cui ciascun concorrente dispone di una quota di mercato sufficientemente piccola da rendere plausibile il sospetto che egli possa nutrire un interesse ad accrescersi fino a raggiungere la posizione dominante. Nella stampa, a differenza di quanto si potrebbe dire fondatamente della radiotelevisione, nessun editore può avere interesse al monopolio assoluto, per il semplice fatto che la capacità di persuasione del giornale deriva proprio dal pluralismo e non, come per la radiotelevisione, dalla quantità dell'uso di un mezzo fisicamente limitato. È l'esistenza di altre testate che porta il lettore a confidare sulla genuinità della manifestazione del pensiero del giornalista. L'ipotesi di un solo giornale “di Stato” (a pagamento), più che scolastica, sarebbe contro natura, perché logica vuole che, ben presto, la diffidenza dei lettori porterebbe quel prodotto a non avere più acquirenti. Quando, come accade in Italia, cinque testate realizzano oltre il settanta per cento della tiratura nazionale, esse non hanno probabilmente più nulla da pretendere;

<sup>28</sup> Agcm, 12 luglio 2007, n. 17045, in *Bollettino* n. 26/2007, chiusura della IC-35 *Indagine conoscitiva riguardante il settore dell'editoria quotidiana, periodica e multimediale*, prima parte: *Le sovvenzioni pubbliche e i limiti alla concentrazione per i quotidiani*, 39.

giacché è questo, con ogni probabilità, il massimo del potere che un editore può raggiungere. L'ipotesi appena avanzata trova conforto dalle situazioni degli altri ordinamenti nazionali, dove non esiste (e non è mai esistito, che si sappia) un monopolista editoriale; e dove, con poche eccezioni, neppure esistono limiti normativi al «raggiungimento» di determinate concentrazioni. Ma, se così è, la scelta di impedire proprio il raggiungimento delle concentrazioni si rivela come una misura sostanzialmente protezionistica dei grandi editori, a tutto svantaggio dei piccoli, che non possono disporre del controllo o del collegamento per crescere fino a competere con i primi; e questa ritorsione non pare corrispondere alla garanzia del pluralismo informativo. Altro sarebbe se la legge scegliesse di sanzionare non il raggiungimento della posizione dominante, ma il suo abuso, così da mettere in discussione non la titolarità dell'impresa editoriale in quanto tale, ma il comportamento che ne faccia un uso scorretto: da parte del grande, come del piccolo editore (che, in ipotesi, da questa angolazione non potrebbero nemmeno più giuridicamente differenziarsi).

### **3. La «concorrenza monopolistica» e la garanzia del potere editoriale, perno del sistema. La «impurità» dell'editoria italiana**

Svolti i debiti richiami alla tutela *antitrust*, dobbiamo però affrettarci a tornare alla struttura del settore in esame. Nonostante le suddette disposizioni, la maggior parte della tiratura dei giornali resta nelle mani di pochi editori. Ed è questo – si suggerisce da più parti – il massimo del pluralismo informativo possibile, del quale ci dovremmo accontentare. Gli alti costi di produzione dei giornali non possono che fungere da barriere all'ingresso di nuovi editori, producendo giocoforza il fenomeno a cui assistiamo, cioè un mercato non paritario, avente forma di “concorrenza monopolistica”<sup>29</sup>.

L'indagine conoscitiva IC-35 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato offre uno spaccato significativo della capacità auto-ordinante del settore della stampa quotidiana e periodica. Nella prima parte della relazione conclusiva di tale investigazione, l'Agcm si sofferma sulle ragioni per le quali, all'interno di un mercato avente forma di concorrenza monopolistica, non si possa realizzare una dinamica davvero competitiva tra le imprese.

Il primo problema di fondo è la «differenziazione» dei prodotti, dovuta alla possibilità che ciascun editore ha di crearsi il «proprio» mercato di let-

<sup>29</sup> F. Mosconi, *L'economia dei quotidiani*, cit., 68; Agcm, n. 17047/2007, cit., 4.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

tori, agendo su determinati fattori produttivi<sup>30</sup>. Ogni editore sceglie la composizione dei contenuti (il «taglio» da dare al giornale), l'area geografica di diffusione, la qualità della testata, in funzione di una pluralità di utenti che l'editore stesso ha ragione di ritenere interessata, a prescindere dalla concorrenza. Il lettore, infatti, tendenzialmente avvezzo all'acquisto di una testata o di un gruppo di testate (se interessato a più quotidiani o periodici), stenta a percepire il giornale come prodotto sostituibile. Il prezzo che è disposto a pagare dipende dai propri giudizi pratici individuali, dai propri orientamenti politici o culturali o dalla possibilità di ricevere informazioni inerenti ad un determinato territorio, e solo in minima parte dal costo del giornale. L'eventualità che l'acquisto del quotidiano avvenga dopo un confronto «al ribasso», come è normale, in un mercato concorrenziale, è quindi improbabile nel settore della vendita dei giornali quotidiani o periodici. Ciò si potrebbe realizzare ove vi fosse, appunto, una omogeneità del prodotto; dalla quale però gli editori, per primi, si guardano bene.

Conseguenza del quadro sopra descritto è che non esiste un unico mercato, potendosi immaginare piuttosto una pluralità di mercati dei quotidiani e dei periodici: l'editoria quotidiana non è in competizione con quella periodica; quella specializzata (sportiva o finanziaria, ad esempio) non è in concorso con quella generale; quella locale non è in concorrenza con quella nazionale (a parte il fenomeno delle testate «miste», nazionali con inserto locale); tra le testate nazionali un diverso investimento in qualità (staff dei giornalisti, promozione di campagne informative, etc.) può determinare una significativa differenziazione dell'utenza. Ma questo vuol dire che ogni testata tende a dialogare con i propri affiliati secondo un «modello informativo unidirezionale (...) la cui virtuosità (...) si affida all'aumento dei punti di caduta»<sup>31</sup>.

Un secondo profilo che merita di essere descritto, in quanto effetto della concentrazione imprenditoriale del settore, è l'organizzazione della produzione del giornale, nella quella si verificano importanti economie di scala. È noto che la maggior parte degli editori – e senza dubbio, tutti quelli più rilevanti – possiede più di una testata quotidiana o periodica; ma anche internamente al processo creativo del giornale l'editore si trova in condizione di poter espandere il proprio controllo sui diversi segmenti della produzione. La serie di attività finalizzate alla formazione e alla commercializzazione del prodotto-giornale, vista come insieme di segmenti a ciascuno

<sup>30</sup> Agcm, n. 17047/2007, cit., 5 e *passim*.

<sup>31</sup> M. Pedrazza Gorlero, *Libertà dei giornalisti e libertà dei cittadini*, in *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, cit., 61.

dei quali corrisponde un settore industriale, è stata riassunta dall’Autorità in uno schema che consta di una fase «ascendente» e di una fase «discendente»<sup>32</sup>. L’editoria quotidiana e periodica è un’industria a due versanti (*two-sided*), ove i ricavi dell’impresa si compongono dei corrispettivi della vendita dei giornali e dei corrispettivi della vendita di spazi pubblicitari. Si colloca pertanto entro la fase «ascendente» l’acquisto della carta, la raccolta e l’elaborazione delle informazioni provenienti dalle agenzie di stampa – la cosiddetta «informazione primaria», che pure ha costituito oggetto di autorevoli e specifiche indagini<sup>33</sup> – l’esercizio di attività promozionale e pubblicitaria, fino alla preparazione della matrice (prototipo). La fase «discendente» annovera la vendita degli spazi pubblicitari, la stampa delle copie dei giornali e la loro spedizione alle imprese della distribuzione. Segue la distribuzione e la vendita dei giornali presso le edicole ed i punti vendita non esclusivi (la materia è regolata dal d.lg. 24 luglio 2001, n. 170). Al che sarebbe da aggiungere la restituzione delle copie invendute, dagli edicolanti al distributore e, tramite questo, all’editore, (torneremo sul punto tra breve, accennando alla seconda parte dell’indagine Agcm, su distribuzione e vendita dei giornali).

Il prezzo dei giornali, che per lungo tempo è stato «amministrato» (determinato dal Comitato interministeriale prezzi, nella versione originaria della legge n. 416/1981), è stato liberalizzato a partire dal 1 gennaio 1988 (per effetto dell’art. 15 l. n. 67/1987, che ha modificato l’art. 17 l. n. 416/1981); ma la sua fissazione compete esclusivamente all’editore e non può subire variazioni in relazione ai punti di vendita (art. 5 d.lg. n. 170/2001).

In forza della norma da ultimo citata, inoltre, le condizioni economiche e le modalità commerciali di cessione delle pubblicazioni, comprensive di ogni forma di compenso riconosciuta ai rivenditori, devono essere identiche per le diverse tipologie di esercizi, esclusivi e non esclusivi, che effettuano la vendita. Non sono quindi lecite condizioni pattuite localmente o determinate dal libero incontro di volontà tra editore e rivenditori. Lo dimostra la circostanza che le parti sociali abbiano avvertito l’esigenza di un «Accordo collettivo nazionale sulla vendita dei giornali quotidiani e periodici», sottoscritto il 19 maggio 2005, tra la Federazione Italiana Editori Giornali e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei rivenditori, in vigore dal 1 gennaio 2006, ma scaduto il 31 dicembre 2009 (e non rinnovato), nel quale è stabilito che il rivenditore sia remunerato in per-

<sup>32</sup> Agcm, n. 17047/2007, cit., 4.

<sup>33</sup> P. Caretti, *Le agenzie di informazioni in Italia*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, cit., 99 ss.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

centuale, identica per tutto il territorio nazionale, sul prezzo defiscalizzato di cessione dei giornali al pubblico.

Sempre sulle imprese di distribuzione e sugli esercizi di vendita dei giornali gravano anche obblighi di cooperazione verso l'editore: le prime devono garantire il servizio di distribuzione a tutte le testate giornalistiche che ne facciano richiesta (art. 16 l. n. 416/1981); le edicole devono assicurare parità di trattamento alle diverse testate; lo stesso obbligo grava sui punti vendita non esclusivi, considerato il loro peculiare regime, «nell'ambito della tipologia di quotidiani o periodici dagli stessi prescelti per la vendita» (art. 4 d.lg. n. 170/2001). In conclusione, l'editore risulta assolutamente libero di determinare l'offerta dei giornali da lui prodotti, sopportandone il rischio. Gli altri componenti della struttura del mercato dei giornali – le agenzie di stampa, i concessionari per la raccolta di pubblicità, i distributori locali, i rivenditori – si muovono con un ambito di libertà sostanzialmente azzerato, liberi soltanto di eseguire o non eseguire l'iniziativa editoriale; e costretti a ricercare, a loro volta, pratiche commerciali acconce a massimizzare il profitto in un ambito sostanzialmente «blindato». Si comprendono così anche i motivi per cui, nel settore dell'editoria quotidiana e periodica, la concentrazione imprenditoriale è al tempo stesso causa ed effetto di economie di scala. Si è già ricordato che tutti i maggiori editori italiani possiedono più di una testata. Ma è altresì invalsa la prassi di tali soggetti di vendere spazi pubblicitari attraverso proprie concessionarie ed in tempi più recenti si registra la propensione di alcuni editori a costituire società che si occupano di alcune fasi della distribuzione, malgrado la distribuzione locale resti prevalentemente popolata di imprese distinte dall'editore<sup>34</sup>.

Ancora più recente – ed assai più densa di implicazioni – è poi la tendenza degli editori alla realizzazione di economie di scala tramite l'interazione tra cartaceo e *web*, che può senza dubbio ascrivere alle strategie acconce a massimizzare i profitti, ma che può drasticamente mutare lo scenario culturale in cui opera la stampa quotidiana e periodica.

Un terzo aspetto che merita di essere sottolineato (terzo, s'intende – per non perdere il filo – dopo quello relativo alla differenziazione dei prodotti editoriali e quello, testé riferito, relativo alla integrazione verticale del settore) concerne la libertà di finanziamento dei giornali, che – occorre non dimenticarlo – è coperta dalla garanzia di cui all'art. 21 comma 5 Cost. (la legge non può far altro che rendere noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica).

<sup>34</sup> Agcm, n. 17047/2007, cit., 5.

Gli editori italiani sono per la maggior parte editori «impuri»<sup>35</sup>, annoverano cioè tra i propri azionisti gruppi finanziari o altri soggetti operanti in settori diversi da quello editoriale. Da qui la probabilità che l'impresa editrice sia volontariamente finanziata in perdita e non sia spinta alla ricerca di una efficienza sua propria, bensì, per l'appunto, miri al conseguimento di profitti negli altri settori economici in cui l'editore è attivo o è in procinto di fare ingresso. «Nel settore dei mezzi di comunicazione [...] le imprese possono mostrare un incentivo a deviare dal comportamento massimizzante al fine di esercitare un'influenza di carattere *ideologico* sull'opinione pubblica. L'editore, nel caso in esame, potrebbe essere razionalmente disposto a cedere parte dei propri profitti editoriali in cambio del vantaggio [...] rappresentato dal condizionamento ideologico dell'opinione pubblica. Donde la conclusione che la «applicazione dei tradizionali strumenti *antitrust* alla valutazione del potere di mercato nel settore dell'editoria potrebbe risultare insufficiente»<sup>36</sup>.

Siamo così ritornati a quanto si osservava in chiusura del paragrafo precedente: le norme *antitrust* hanno dato prova di non impedire gli oligopoli e tanto meno di porre rimedio alla strutturale affiliazione della stampa quotidiana e periodica ai gruppi egemoni del capitalismo italiano.

Semmai, assumendo come evidenza il potere degli editori nel circuito produttivo e distributivo della stampa, balza all'occhio la circostanza della mancata emersione di un tema che, fortemente dibattuto in materia di radiotelevisione (dove pure non ha avuto sbocchi tangibili) non si è mai voluto mettere all'ordine del giorno dei lavori parlamentari (e per la verità, nemmeno del dibattito pubblico generale) sulla riforma della stampa.

Si allude alla possibilità di una «legge sul conflitto di interessi» (per semplificare), che ponga precisi requisiti di incompatibilità in capo all'esercente della impresa editoriale quotidiana e periodica.

Si dirà tra breve delle imprese «di particolare valore», le uniche a potere ancora beneficiare di sovvenzioni pubbliche dirette. Queste imprese sono riguardate con favore dal legislatore, a patto, però, che esse non si accrescano al punto da competere con gli oligopolisti del potere editoriale. Un paradosso che, se si accetta di operare in favore del pluralismo, meriterebbe almeno un tentativo di parziale rimozione da parte del legislatore. Potrebbero essere queste – le cooperative di giornalisti, le associazioni senza fini di lucro – o altre del genere, per espressa previsione di una legge sullo statuto

<sup>35</sup> A.M. Sandulli, *Libertà d'informazione e mass-media*, cit., 80; F. Mosconi, *L'economia dei quotidiani*, cit., 191.

<sup>36</sup> Agcm, n. 17047/2007, cit., 38.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

della impresa editoriale, le uniche organizzazioni abilitate all'esercizio l'impresa giornalistica? In linea di diritto, non sarebbe del tutto peregrino rispondere di sì. Una regolamentazione cosiffatta non sarà emanata, beninteso; e potrebbe anzi essere un rimedio peggiore del male, poiché forse non vi sarebbero neppure imprese «di particolare valore» disponibili all'acquisto delle proprietà attualmente in capo agli editori «impuri». Ma vale la pena di mettere comunque in evidenza che la irrealizzabilità di una simile prospettiva dipende da questo, appunto: da valutazioni di opportunità del legislatore. Giuridicamente, ad essa non vi sarebbe nulla da obiettare; non violerebbe l'art. 21 comma 5 Cost., né l'art. 41 Cost., né il diritto europeo, almeno se si condivide che il «pluralismo informativo» costituisce uno di quei motivi di interesse generale che abilitano lo Stato ad incidere sulla tradizionale «libertà» della iniziativa economica privata.

### 4. Le provvidenze all'editoria, tra abolizione e riordino

La circostanza che gli editori italiani – se non altro i principali – siano tutti editori «impuri» ci porta ad un profilo che merita distinte considerazioni. Ci si riferisce alla politica delle sovvenzioni pubbliche alla editoria quotidiana e periodica. È questa una prassi legislativa oramai consolidata, che consta di un doppio canale di finanziamento: i contributi erogati agli aventi diritto in forma diretta, ai quali si affiancano le sovvenzioni indirette, cioè accordate in termini di misure di favore atte a rendere il regime della vendita dei quotidiani più vantaggioso per i soggetti che vi partecipano. Lo scopo delle sovvenzioni – iniziando da quelle erogate in forma diretta – è ovviamente quello di cooperare alla realizzazione del pluralismo informativo, sostenendo l'accesso o la permanenza nel mercato di nuovi editori. Nel concreto dell'esperienza italiana, a partire dalle leggi 29 novembre 1971, n. 1063 e 6 giugno 1975, n. 172, le sovvenzioni attribuite dallo Stato agli editori in modo diretto hanno assunto la forma delle provvidenze all'editoria (senza distinzione tra tipi di imprese) e, fin che è esistita, della integrazione del prezzo della carta tramite dell'Ente nazionale cellulosa e carta, posto in liquidazione con il d.l. 27.8.1994, n. 513<sup>37</sup>.

Queste forme di agevolazione hanno dato tuttavia pessima prova, funzionando in modo assai insoddisfacente per vari motivi (incluso il disordine nella organizzazione delle strutture amministrative competenti in materia di

<sup>37</sup> A Orsi Battaglini, *L'integrazione del prezzo della carta: logica di mercato e politica dell'informazione*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, cit., 243 ss.

disciplina dell'informazione<sup>38</sup>), anche dopo che la legislazione italiana ha abbandonato la logica assistenzialista dei puri ed indiscriminati aiuti di Stato. La legge n. 250/1990, capovolgendo il criterio dettato dalla legge n. 416/1981 (ove si prevedeva che contributi diretti fossero erogati con un limite temporale massimo), ha stabilito che le imprese «di particolare valore» (di cui subito di dirà) ne possano beneficiare, ma soltanto dopo un periodo minimo di permanenza sul mercato e/o di diffusione dei giornali. L'apposizione di tale condizione ha fatto mancare a questi soggetti qualsiasi sostegno proprio nella fase cosiddetta di *start-up*, mentre nulla è previsto dalla legge in ordine ad un termine massimo di godimento del beneficio accordato, che può quindi essere concesso più volte, per un tempo indefinito, alla sola condizione che l'impresa continui a rispondere ai requisiti<sup>39</sup>. Secondariamente, ma non di meno, il fatto che nell'Italia repubblicana non sia mai esistito un disegno legislativo organico del finanziamento all'editoria e che gli interventi normativi di sostegno al settore siano stati pertanto discontinui o concessivi di ausili sottoposti a termine, ha generato una condizione di tendenziale instabilità e, talvolta, quella *dipendenza dal finanziamento pubblico* che può limitare l'autonomia della testata, con conseguenze intuitivamente opposte alla garanzia del pluralismo informativo (oltre a rendere inutile la spesa pubblica destinata alle provvidenze per l'editoria). Senza dire della discutibilissima regola tuttora stabilita dall'art. 3, comma 9 della legge n. 67/1987, secondo la quale l'impresa che – si badi – non per aver acquisito una posizione dominante, ma *per aver semplicemente raggiunto un risultato soddisfacente nella propria attività* di vendita al pubblico, cioè «per espansione delle vendite o per nuove iniziative», giunga ad editare o controllare società editrici che editino giornali quotidiani, la cui tiratura annua superi un terzo delle copie complessivamente tirate dai giornali quotidiani in Italia, perde per l'anno solare successivo a quello in cui abbia superato tale limite il diritto a tutte le provvidenze ed agevolazioni previste dalla legge stessa.

In piccola parte, le questioni del finanziamento pubblico, a cui si è sopra accennato, possono dirsi superate dalla circostanza che lo smantellamento di sussidi erogati in forma diretta e per così dire «a pioggia» (per di più attraverso un ente creato dalla politica del ventennio), può considerarsi oramai come un fenomeno sedimentato, probabilmente irreversibile, del

<sup>38</sup> Su questo specifico problema, infatti, F. Bassanini, *Le provvidenze all'editoria ed il pluralismo nell'informazione: problemi di attuazione della legge 6 giugno 1975, n. 172*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, cit., 241.

<sup>39</sup> Per una opinione che ritiene scarsamente giustificata la durezza del rapporto di finanziamento, S. Troilo, *Le provvidenze all'editoria: un contributo effettivo alla libertà della stampa e al pluralismo informativo?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

corso legislativo. Dopo la legge n. 416/1981, che già rompeva lo schema delle sovvenzioni indiscriminate, introducendo un sistema di agevolazioni in forma diretta valevole per soli cinque anni decorrenti dal 1 gennaio 1981, la legislazione italiana si è mossa risolutamente nella direzione dei contributi diretti «mirati»<sup>40</sup>, garantendo il solo mantenimento – peraltro sottoposto oramai a numerose condizioni – del sostegno alle imprese «di particolare valore», ovvero sia le imprese editrici che constano di un assetto proprietario, per così dire, socialmente qualificato (cooperative di giornalisti, fondazioni ed enti morali, etc.).

Più recentemente, l'art. 44 d.l. n. 112/2008 ha avviato un processo di semplificazione e riordino delle procedure di erogazione dei contributi all'editoria, assegnando al Governo il compito di redigere un regolamento di delegificazione per il riassetto complessivo della materia (funzione che l'esecutivo ha poi assolto con citato il DPR n. 223/2010).

L'art. 29, comma 3, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 ha poi stabilito, allo scopo di contribuire all'obiettivo del pareggio di bilancio entro la fine dell'anno 2013, che «il sistema di contribuzione diretta di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 250 cessa alla data del 31 dicembre 2014». L'art. 29 impegna però il Governo a rivedere il DPR n. 223/2010, per cui l'intento del legislatore del 2011 non sembra essere propriamente abolitivo. Impressione, quest'ultima, che appare confermata dal successivo d.l. 18 maggio 2012, n. 63, il quale, «in attesa della ridefinizione delle forme di sostegno all'editoria» (art. 1), ha provveduto ad un riordino dei contributi alle imprese editrici della stampa quotidiana e periodica (dichiarando di agire anch'esso per le finalità di pareggio di bilancio enunciate dall'art. 29 d.l. n. 201/2001, visto sopra). Nel frattempo l'art. 1, comma 261, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014) ha istituito il «Fondo straordinario per gli interventi di sostegno all'editoria» per gli anni 2014, 2015 e 2016, destinato ad incentivare, in conformità al Regolamento (CE) n. 1998/2006 della Commissione, relativo agli aiuti *de minimis*, «gli investimenti delle imprese editoriali, anche di nuova costituzione, orientati all'innovazione tecnologica e digitale e all'ingresso di giovani professionisti qualificati nel campo dei nuovi media ed a sostenere le ristrutturazioni aziendali e gli ammortizzatori sociali».

Miglior fortuna sembrano aver avuto le sovvenzioni «indirette» (agevolazioni tariffarie, fiscali, commerciali, creditizie), benché le agevolazioni postali abbiano dovuto fare i conti con la ridottissima quota di vendite in abbonamento che caratterizza il mercato italiano<sup>41</sup>. La disciplina delle age-

<sup>40</sup> G. Gardini, *Le regole*, cit., 153; P. Caretti, *Diritto dell'informazione*, cit., 70.

<sup>41</sup> Agcm, n. 17047/2007, cit., 41

volazioni fiscali, soprattutto quando ha riguardato la vendita di supporti integrativi non cartacei (art. 74 comma 1 lettera c) d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633) ha suscitato un giudizio critico che vi ha intravisto – a parte una possibile fonte di disparità di trattamento rispetto al commercio degli stessi prodotti da parte di imprese non editrici – il rischio che la vendita dei supporti non cartacei possa diventare la reale ragione dell’acquisto del giornale, stimolando comportamenti opportunistici, che se posti in essere «determinano una perdita per l’erario e rischiano di snaturare il ruolo e l’identità della distribuzione della stampa»<sup>42</sup>.

Come ognuno vede, la materia del sostegno alle imprese è in attesa di una riforma complessiva del sistema. In data 22 settembre 2015 è stata presentata alla Camera dei deputati una proposta di legge d’iniziativa parlamentare (n. 3317, Coscia ed altri) che prospetta l’istituzione di un «Fondo per il pluralismo e l’innovazione dell’informazione», nel quale far confluire anche il «Fondo straordinario per gli interventi di sostegno all’editoria» di cui al citato art. 1 comma 261 l. n. 147/2013. La proposta consiste anche nelle deleghe al governo per la revisione del sistema di sostegno pubblico all’editoria (contributi diretti ed altre misure di sostegno), nonché per la riforma del sistema distributivo (di cui si dirà, dal prossimo paragrafo). Scopo dei proponenti è confermare la natura «mirata» dei finanziamenti, ossia l’attuale impianto che vede come destinatari dei finanziamenti diretti le sole imprese costituite da cooperative sociali ed enti senza fini di lucro, salve specifiche eccezioni (v. *supra* in questo par.)<sup>43</sup>. Il tutto onde rafforzare il versante «del sostegno alla piccola editoria, meno strutturata industrialmente ma più presente nelle realtà territoriali locali, con testate che costituiscono spesso la voce alternativa rispetto a quella dei giornali nazionali e che sono quindi concreta espressione di quel pluralismo dell’informazione che trova esplicita tutela nella Costituzione»<sup>44</sup>; inclusa, tra l’altro, l’abolizione del requisito imposto per l’accesso al sostegno a cui si è criticamente fatto cenno sopra, e cioè la necessità di una «anzianità» almeno quinquennale di permanenza della testata nel mercato, che viene abbassata a due anni<sup>45</sup>. Tra i principi e criteri direttivi della delega, merita di essere annotato quello che indica al governo la ridefinizione della platea dei beneficiari, ammettendo a finanziamento «le sole imprese editrici di quotidiani e periodici che, in possesso degli altri requisiti di legge, esercitano un’attività informativa autonoma e in-

<sup>42</sup> Agcm, n. 17047/2007, cit., 35.

<sup>43</sup> Cfr. art. 3, comma 2 lett. a) n. 2 e lett. b).

<sup>44</sup> Così nella relazione di accompagnamento, in *Camera dei Deputati*, Atti, n. 3317, 2.

<sup>45</sup> Art. 3, comma 2 lett. d) n. 1).

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

dipendente, di carattere generale, che concorre a garantire il diritto dei cittadini a essere informati da una pluralità di fonti al fine di esercitare in modo libero e consapevole i diritti civili e politici sanciti dalla Costituzione»<sup>46</sup>.

Autonomia ed indipendenza che la proposta di legge n. 3317 intende anche «in negativo» (se così si può dire), cioè come condizione di coerenza della manifestazione del pensiero ad un interesse generale che si pone concettualmente al di sopra di interessi sociali categoriali. È disposta infatti la «esclusione, dal finanziamento, degli organi di informazione dei partiti, dei movimenti politici e sindacali, dei periodici specialistici a carattere tecnico, aziendale, professionale o scientifico e, comunque, delle pubblicazioni che non contribuiscono in modo prevalente e significativo alla funzione informativa di carattere generale in materia politica, economica e sociale»<sup>47</sup>. Dove la locuzione «funzione informativa» evoca la rappresentazione, dal punto di vista del legislatore, di una attività che si presta ad essere sorvegliata dal governo, in nome della garanzia del pluralismo, sotto un profilo forse più ampio di quello che riguarda le semplici limitazioni economiche del mezzo di esercizio del diritto. Lo stesso elemento di criticità che si è osservato a proposito del settore radiotelevisivo, con riferimento alla modalità di assegnazione governativa delle frequenze in base a canoni riconducibili alla «imparzialità» della informazione, si può notare riguardo al settore delle sovvenzioni alla stampa locale, minore, o popolare. L'osservazione, in sostanza, è che attraverso il richiamo al concetto di imparzialità dell'informazione come criterio di selezione dell'accesso al finanziamento pubblico, il legislatore dà forma ad una zona grigia, in cui il controllo dello Stato sul pluralismo, apparentemente confinato alla economicità del rapporto di finanziamento e neutralizzato dalla natura tecnica della discrezionalità che presiede alla concessione del beneficio, prende le sembianze di un tipo d'intervento pubblico, di dubbia coerenza all'art. 21 Cost., sui contenuti della manifestazione del pensiero. Il parlamento sembra invece prendere le distanze dall'altra corrente culturale, convinta della inutilità del finanziamento pubblico e della necessità, stimata ineliminabile, di una intera remissione alla concorrenza, al «mercato», dei rapporti di forza tra imprese editoriali. Dopo pochi giorni dalla presentazione della proposta n. 3317, in data 7 ottobre 2015, la Camera dei Deputati ha respinto una proposta di legge di iniziativa parlamentare (n. 1990, Brescia ed altri), per la soppressione della totalità dei finanziamenti pubblici (diretti ed indiretti). Proposta che, in direzione diametralmente contraria alla n. 3317, prevedeva di far *tabula rasa* delle azioni

<sup>46</sup> Art. 3, comma 2 lett. a) n. 1).

<sup>47</sup> Art. 3, comma 2 lett. c).

positive in favore della stampa. Ciò avrebbe significato, in pratica, lasciare l'intero settore sotto il solo controllo della disciplina *antitrust*, che, come si è visto<sup>48</sup>, impedisce proprio alle imprese «di particolare valore» di acquisire il potere economico necessario a fronteggiare le grandi compagini editoriali. Resta comunque il fatto che, nella proposta n. 3317, nessuna garanzia di imparzialità, pari a quelle che vengono a condizionare il diritto ai finanziamenti da parte delle «imprese di particolare valore», è prevista per le grandi testate (non finanziate), per le quali la disciplina *antitrust* resta dunque l'unica a porre un freno all'attività di questi gruppi economici. Si può allora concludere, tornando ad una citazione inserita in apertura<sup>49</sup>, che anche nella discussione parlamentare in corso sulla riforma del finanziamento pubblico alla stampa si sono contese il campo quelle due immagini, attualissime, a cui G. Cuomo guardava con acuto realismo: non si è voluta una stampa che, in quanto libera dallo Stato, è lasciata al potere del capitale; eppure la stampa libera dal capitale (e qui si dovrebbe aggiungere, grazie al finanziamento pubblico), non riesce ad essere completamente affrancata dallo Stato.

Resterebbe a questo punto un ulteriore elemento di riflessione, e di «bilancio», per così dire, a centocinquanta anni dalle leggi amministrative di unificazione, rispetto al quadro testé tratteggiato. Riguarda il ruolo delle regioni. La prospettiva di una nuova legge statale che intendesse regolare più in profondità il settore del finanziamento pubblico alla stampa non potrebbe non ridisegnare, automaticamente, anche gli spazi di manovra delle *leggi regionali contenenti provvidenze all'editoria* quotidiana e periodica.

Non è utile ora soffermarsi sulla questione se tale eventualità si possa immaginare in termini di rapporto tra le varie leggi regionali vigenti e l'esercizio di una potestà legislativa esclusiva («tutela della concorrenza») attribuita allo Stato dall'art. 117, comma 2 lett. e) Cost. Tale sarebbe la conclusione di chi ha ritenuto che il settore della stampa quotidiana e periodica resti ascritto all'ambito «tutela della concorrenza» e non possa essere ricondotto alla materia di legislazione concorrente «ordinamento della comunicazione» di cui all'art. 117 co. 3 Cost.<sup>50</sup>, come altra dottrina invece sostiene<sup>51</sup>.

Al di là di questo dibattito, resta il dato, di cui nessuno dubita, che le

<sup>48</sup> *Supra*, par. 3.

<sup>49</sup> *Supra*, par. 1.

<sup>50</sup> A. Pace, *L'ordinamento della comunicazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 939 ss.

<sup>51</sup> P. Caretti, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione. Profili generali e problemi aperti*, in *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, 127 ss.; E. Carloni, *L'ordinamento della comunicazione dopo la (ed alla luce della) riforma del titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1015 ss.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

regioni possano destinare risorse finanziarie alle imprese editrici operanti nel proprio territorio. Anche assunta la tesi favorevole alla competenza esclusiva statale, infatti, rimane valida l'osservazione che il sostegno al pluralismo informativo, più di una materia, è un valore, rispetto al quale si misurano una pluralità di titoli di legittimazione. Del resto, la soluzione positiva a tale questione era stata accolta anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 20 luglio 1990, n. 348, con riferimento alla precedente versione del titolo V della Costituzione. In tale occasione la Corte ha respinto le censure statali che lamentavano la lesione dell'art. 117 Cost. con riferimento ad una legge regionale (Piemonte) emanata allo scopo di favorire il «pluralismo informativo mediante iniziative di qualificazione e valorizzazione dei mezzi di comunicazione stampata e radiotelevisiva locali», osservando che «l'informazione attuata attraverso i mezzi di comunicazione di massa (si tratti di stampa o di radiotelevisione) è attività che – per il fatto di collegarsi, nel nostro sistema, all'esercizio di una libertà fondamentale (quale quella di espressione del pensiero) ed alla presenza di un valore essenziale per la democrazia (quale quello del pluralismo) – non può essere collocata sullo stesso piano delle materie elencate nell'art. 117 Cost. (...) L'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime, infatti – al di là delle singole sfere di attribuzioni rispettivamente assegnate allo Stato ed alle Regioni – una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico. Nell'ambito di tale forma, qualsivoglia soggetto od organo rappresentativo investito di competenze di natura politica non può, di conseguenza, pur nel rispetto dei limiti connessi alle proprie attribuzioni, risultare estraneo all'impiego dei mezzi di comunicazione di massa». Motivazioni che, almeno *de iure condito*, in mancanza di una legge di riforma organica, potrebbero forse valere anche rispetto alla versione attuale del Titolo V Cost. Sta di fatto che quello locale è il settore più in crisi del comparto della stampa quotidiana e periodica; ed è già questa – pur meritando il tema, ovviamente, ben altra indagine – prova del fatto che la opportunità, apertasi per le regioni dopo la pronuncia della Consulta, non ha sortito effetti di rilievo in termini di garanzia del pluralismo informativo. Le poche indagini effettuate addebitano alle regioni un quadro complessivamente connotato da prudenza e da uno sforzo regolativo perlopiù occasionale<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> P. Tanzarella, *Libertà di espressione e d'informazione*, in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Torino, Giappichelli, 2014, 225. Per una analoga opinione, in altro impianto, G. Gardini, *Le regole*, cit., 34 e 35.

## 5. La difficile questione della liberalizzazione del sistema della vendita dei giornali quotidiani e periodici

Problematiche di non minor conto si affacciano sul settore della vendita dei giornali quotidiani e periodici, tanto che una seconda parte della indagine conoscitiva IC 35 dell'Agcm, pubblicata nel 2009<sup>53</sup>, è appositamente dedicata allo studio di questo settore, ritenuto «l'ambito maggiormente bisognoso di revisione»<sup>54</sup>. Sembra perciò opportuno volgere l'analisi alla «fase finale» della filiera: un segmento in cui un ruolo preponderante è giocato dalle edicole, ma che va esaminato anche in funzione delle attività intermedie e della posizione dello stesso editore, che – se si osservano i fatti, prima di tutto – in questa fase è protagonista, come presto si dirà, di una influenza dominante.

Il canale «tradizionale» di diffusione e vendita della stampa vede coinvolti l'editore, il distributore nazionale, il distributore locale e le rivendite. Tra questi soggetti si snoda il processo distributivo, che si articola nella definizione di un piano di diffusione da parte dell'editore (o, su incarico di questo, del distributore nazionale); nel trasporto al distributore locale delle copie (ogni notte a partire dai centri stampa), nella fornitura delle rivendite da parte del distributore locale (previo nuovo piano di diffusione, che dipende dal numero di copie ricevute e dalle esigenze delle edicole); nella gestione delle rese, che avviene tramite il prelievo, da parte del distributore locale, delle copie invendute presso le edicole (vincolate al distributore locale da contratto estimatorio di cui all'art. 1556 c.c.), il loro conteggio ed il loro riordino per il successivo ritiro da parte delle imprese incaricate della resa all'editore: soggetto sul quale viene dunque a ricadere per intero il rischio della mancata vendita<sup>55</sup>.

Permane in vigore – così almeno sembrerebbe – la regolazione pubblicistica del sistema della vendita dei giornali quotidiani e periodici di cui al d.lgs. n. 170/2001, che detta principi per la disciplina, da parte delle regioni, delle modalità e delle condizioni di vendita della stampa quotidiana e periodica. A questo corpo normativo si è già fatto cenno nel descrivere la complessiva struttura oligopolistica del settore qui esaminato.

A norma dell'art. 2, d.lgs. n. 170/2001, il sistema di vendita della

<sup>53</sup> Agcm, 23 settembre 2009, n. 20341, in *Bollettino* n. 38/2009, chiusura della IC-35 *Indagine conoscitiva riguardante il settore dell'editoria quotidiana, periodica e multimediale*, seconda parte: *La distribuzione dei prodotti editoriali*.

<sup>54</sup> Agcm, n. 20341/2009, cit., 49.

<sup>55</sup> In argomento, C. Macchitella e D. Sorace, *I problemi della distribuzione*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, cit., 325 ss.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

stampa quotidiana e periodica si articola su tutto il territorio nazionale in punti vendita esclusivi (le edicole) e punti vendita non esclusivi: esercizi commerciali di varia tipologia (rivendite di generi di monopolio e di carburanti, bar, esercizi commerciali di cui all'art. 4, d.lgs. 31.3.1998, n. 114, di superficie non inferiore a 700 mq., librerie non inferiori a 120 metri quadrati, esercizi specializzati, con riferimento alle riviste) nei quali i giornali possono essere ceduti al pubblico in aggiunta ad altre merci. La disciplina delle funzioni amministrative nel Decreto prevede che l'attività di vendita dei giornali sia sottoposta ad autorizzazione comunale; la quale, se si tratta di punti vendita esclusivi, è rilasciata sulla base di un apposito «piano di localizzazione» (art. 6) predisposto dai comuni, previa emanazione di atti d'indirizzo da parte delle regioni. Il rilascio dell'autorizzazione, anche a carattere stagionale, per i punti di vendita esclusivi e per quelli non esclusivi deve avvenire «in ragione della densità della popolazione, delle caratteristiche urbanistiche e sociali delle zone, della entità delle vendite di quotidiani e periodici negli ultimi due anni, delle condizioni di accesso, nonché dell'esistenza di altri punti vendita non esclusivi» (art. 2, comma 2). Proprio nella istituzione di un sistema «amministrato» della vendita della stampa quotidiana e periodica, l'Agcm aveva intravisto, con l'investigazione del 2009, uno dei principali ostacoli alla tutela del pluralismo informativo, auspicandone la definitiva liberalizzazione. Anche in questo caso i motivi addotti dall'Agcm erano stati vari e di diversa indole: il rischio che il comune sottovalutasse la domanda di stampa quotidiana e periodica; il rischio opposto, che la sovrastimi (magari nel tentativo di promuovere l'acquisto dei giornali); gli inconvenienti indotti dalla crisi del settore editoriale e la difficoltà dei comuni di operare in carenza di operatori economici disponibili; il pericolo che l'autorizzazione del Comune sia vanificata dal rifiuto di fornitura da parte del distributore locale. Tale soggetto, obbligato a contrarre con tutte le testate giornalistiche che ne facciano richiesta (art. 16, l. n. 416/1981), si remunera però poi esclusivamente in base alle copie vendute e non può essere obbligato, perciò, a rifornire punti vendita che risultino oltremodo sconvenienti; la problematica compatibilità del d.lgs. n. 170/2001 con la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva Bolkestein), nella parte in cui il d.lgs. n. 170/2001 prevede, come si è ricordato, un sistema contingentato di autorizzazioni sulla base di una previa programmazione della rete distributiva locale; ed all'art. 2, c. 2 introduce restrizioni in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Agcm, n. 20341/2009, cit., 51.

A proposito di tali ultime questioni, è tuttavia importantissimo rilevare che negli anni successivi alla conclusione dell'indagine Agcm e soprattutto dopo l'attuazione della direttiva Bolkestein in Italia, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto a più riprese che, nonostante le parti del d.lgs. n. 170/2001 sospettate di «illegittimità comunitaria» non siano mai state espressamente abrogate (anzi, il d.lgs. n. 170/2001 è stato espressamente modificato per adeguarlo al principio della liberalizzazione della vendita della stampa quotidiana e periodica, con l'art. 39, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, senza che la norma sopravvenuta ne abbia disposto l'abrogazione, neanche parziale) se ne dovrebbe egualmente ritenere la inapplicabilità o, per l'appunto, l'abrogazione, per effetto delle norme generali che stabiliscono la «liberalizzazione» delle attività di prestazione di servizi<sup>57</sup>.

La giurisprudenza appena citata suole fondare le proprie decisioni sul richiamo a concomitanti disposizioni europee e nazionali, con le quali, ad avviso dei giudici, si porrebbero in contrasto le decisioni comunali di stabilire distanza minime tra punti vendita esclusivi o, più radicalmente, i limiti derivanti dalla pianificazione locale e dal conseguente contingentamento della rete di vendita dei giornali. Al riguardo si cita l'art. 3, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, nella parte in cui prevedeva, già prima della entrata in vigore della direttiva Bolkestein, che l'esercizio delle attività commerciali avvenisse senza limiti e prescrizioni (tra cui «il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale»).

Si evoca poi per l'appunto la direttiva 123/2006/CE, che all'art. 9 autorizza gli Stati membri a subordinare l'accesso o lo svolgimento di una attività di servizio ad un regime di autorizzazione soltanto ove ciò non risulti discriminatorio, risponda a «motivi imperativi di interesse generale» e l'obiettivo perseguito non possa essere raggiunto con misure meno restrittive. Ed entra in gioco così la legislazione nazionale: il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (attuazione della direttiva Bolkestein), che traspone i suddetti principi della direttiva nel diritto interno (art. 14); il d.l. n. 201/2011, che sancisce la liberalizzazione delle attività economiche come principio generale dell'ordinamento nazionale, prevedendo che le regioni e gli enti locali vi adeguino i propri ordinamenti (art. 31; analogamente dispone, in attesa della revisione dell'art. 41, Cost., l'art. 3, d.l. 13 agosto 2011, n. 138); l'art. 34 d.l. n.

<sup>57</sup> Cons. St., Sez. V, 9 aprile 2013, n. 1945; TAR Lombardia, Milano, 29 gennaio 2014, n. 326; TAR Emilia Romagna, Bologna, 26 settembre 2014, n. 914; TAR Sicilia, Palermo, 2 luglio 2014, n. 741; TAR Sicilia, Catania, 4 giugno 2014, n. 1617; TAR Umbria, 16 febbraio 2015, n. 67.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

201/2011, che proclama il principio di «libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento delle attività economiche», facendo salve le sole «esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità», abrogando tutti i tipi principali di restrizioni «previsti dalle norme vigenti»; l'analoga disposizione di cui all'art. 1, d.l. n. 1/2012, che però rinvia l'effetto abrogativo alla data di emanazione di regolamenti governativi a ciò autorizzati, su parere dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni.

Il cuore delle argomentazioni sviluppate dalla giurisprudenza sopra citata è dunque il disconoscimento del pluralismo informativo quale «motivo imperativo di interesse generale»; motivazione che decreta da sé l'inapplicabilità del d.lgs. n. 170/2001, a dispetto della formale vigenza dello stesso. D'altra parte proprio questo ultimo aspetto, la circostanza, cioè, che il d.lgs. n. 170/2001 non sia mai stato abrogato, rende la situazione, a guardarla bene, meno nitida di quanto possa sembrare. A parte le non poche problematiche che investono l'interpretazione delle norme di legge nazionale sulle liberalizzazioni<sup>58</sup>, non mancano, nello specifico della vendita della stampa quotidiana e periodica, indirizzi giurisprudenziali contrari, benché minoritari, che alimentano i dubbi su di una «avvenuta» abrogazione totale o parziale del d.lgs. n. 170/2001. Nei quali si legge che – a prescindere dal problema del contrasto tra il d.lgs. n. 170/2001 e la direttiva Bolkestein o le norme nazionali sulle liberalizzazioni, e persino ad ammettere l'esistenza effettiva di questa incompatibilità – una revisione del sistema non potrà che avvenire attraverso una legge che operi una adeguata conciliazione degli interessi coinvolti nel settore<sup>59</sup>. Il che ha offerto ad alcune regioni lo spunto per diramare nel proprio territorio istruzioni, ai comuni, nel senso della vigenza del d.lgs. n. 170/2001<sup>60</sup>.

Ma il problema dell'autorizzazione preventiva non è l'unico a sommuovere il settore della vendita della stampa, quotidiana e periodica. Testimone dell'attuale momento storico è, forse ancora di più, il profilo normativo che fa significativamente da sfondo alla animosa *querelle* tra rivenditori ed editori, che vede i primi impegnati in una dura controversia di ordine sindacale. All'origine di questo confronto vi è la persistente rigidità dell'im-

<sup>58</sup> L. Saltari, *Lo «stato del mercato»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 579 ss.

<sup>59</sup> TAR Lazio, Latina, 2 marzo 2012, n. 181.

<sup>60</sup> Per esempio la Circolare dir. gen. attività produttive, commercio e turismo della regione Emilia Romagna, 20 giugno 2012, n. 151288.

piano remunerativo del sistema di distribuzione e vendita dei giornali, quale risulta dall'Accordo collettivo nazionale sulla vendita dei giornali quotidiani e periodici, di cui s'è detto, ma che deriva – in larghissima misura – dalla disposizione di cui art. 5, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 170/2001, ove si prevede che «le condizioni economiche e le modalità commerciali di cessione delle pubblicazioni, comprensive [si noti] di ogni forma di compenso riconosciuta ai rivenditori, devono essere identiche per le diverse tipologie di esercizi, esclusivi e non esclusivi, che effettuano la vendita». La norma di cui all'art. 5 citato è stata scritta evidentemente con la finalità di garantire l'uniformità, su scala nazionale, degli aggi percepiti dai rivenditori, onde garantire la *par condicio* dei medesimi dinanzi agli editori (limitando il potere contrattuale di questi ultimi), ma anche allo scopo di prevenire fenomeni di concorrenza sleale tra editori: i maggiori dei quali potrebbero avvantaggiarsi di politiche di remunerazione particolarmente aggressive (non replicabili dai piccoli editori) per promuovere i propri prodotti. La norma stessa è risultata tuttavia foriera di numerosi inconvenienti, che incidono non «soltanto sulle dinamiche concorrenziali ma anche sullo stesso pluralismo dell'informazione, che dovrebbe essere l'obiettivo posto a giustificazione delle restrizioni concorrenziali»<sup>61</sup>. Il primo ostacolo indotto dalla disposizione in esame si registra a carico della libertà di nuovi editori, intenzionati a fare ingresso nel settore della stampa quotidiana e periodica, di lanciare i propri giornali a prezzo più basso di quello delle testate già presenti sul mercato. In tal caso, infatti, è evidente che l'aggio ricevuto in ricompensa dall'editore «entrante», non potendo superare quello ricevuto dagli altri editori richiedenti il servizio di vendita, spingerà il rivenditore, allo scopo di massimizzare il proprio profitto, a favorire la vendita dei quotidiani di prezzo più alto, con l'ulteriore, paradossale conseguenza di incentivarlo a violare l'obbligo di parità di trattamento tra le diverse testate (art. 4 dello stesso d.lgs. n. 170/2001).

Sembra quindi preferibile ammettere che, una volta correttamente individuati i principi di riferimento, cioè la tutela della concorrenza tra editori, ma anche la garanzia della libertà economica del rivenditore, una vera e propria *par condicio* tra le diverse testate non solo suggerisca, ma richieda logicamente di lasciare l'editore libero di articolare l'impianto remunerativo della vendita, e non viceversa, come prevede l'art. 5, d.lgs. n. 170/2001.

Accanto alla *querelle* tra rivenditori ed editori, le condizioni imposte dall'art. 5, d.lgs. n. 170/2001 alimentano un secondo confronto, ancora più acceso, tra rivenditori e distributori, a causa della prassi del diniego di for-

<sup>61</sup> Agcm, n. 20341/2009, cit., 43.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

natura, opposto da questi ultimi alle richieste dei rivenditori. L'invariabilità delle condizioni di vendita si ripercuote infatti anche sulla struttura della remunerazione di tutti soggetti che partecipano al processo distributivo. Non si può quindi omettere di considerare il distributore, che ha un importantissimo ruolo di snodo nel percorso che porta il giornale dalla produzione alla vendita<sup>62</sup>. Si è sopra osservato che la legislazione vigente è funzionale ad assicurare, nel sistema della vendita dei giornali quotidiani e periodici, la integrale realizzazione dell'attività economica dell'editore, e non – se non in via del tutto occasionale e di riflesso – di quella degli altri soggetti della catena distributiva e commerciale. La miglior riprova ne è proprio il fatto che, in base all'Accordo collettivo nazionale del 2005 e, in ogni caso, in virtù di una consolidata prassi negoziale, i soggetti della catena distributiva sono remunerati dall'editore in base al numero di copie vendute, in misura percentuale rispetto al prezzo di copertina.

Anche il distributore, come il rivenditore, è dunque una sorta di «agente di riscossione». La funzione economico sociale del contratto che lo lega l'editore non tiene in minimo conto la qualità – ed i costi – del servizio che costui presta all'editore medesimo. Il che significa, sul piano generale, che, a dispetto delle suoi postulati pro-concorrenziali, il funzionamento del sistema della stampa quotidiana e periodica rivela, nella sua fase per così dire discendente, la stessa logica del pubblico servizio; verrebbe da dire persino della pubblica funzione, data la mancanza totale di autonomia di chi riscuote il prezzo dei giornali: se non fosse che l'interesse perseguito dai rapporti contrattuali che s'instaurano tra i soggetti della catena distributiva non è quello generale, ma l'interesse esclusivo dell'editore. L'istanza di pluralismo informativo sconta insomma un modello costruito sulla falsariga della concessione esattoriale, che le parti sociali hanno scelto di consolidare sotto la copertura dell'art. 5, d.lgs. n. 170/2001. E che ciò porti a gravi discrasie con la logica di un sistema di libere relazioni commerciali, quale la legge stessa vuole che resti la vendita della stampa, è il minimo che ci si possa attendere. Si diceva del distributore. È ancora l'Agcm a mettere bene in evidenza il problema di fondo: «il parametro del valore del venduto, se può essere ritenuto coerente con l'attività svolta dai rivenditori finali, relativa proprio alla vendita delle pubblicazioni» (ma non si dimentichi quanto la stessa Autorità ha fatto presente, e cioè che la fissità delle condizioni di vendita può pregiudicare la *par condicio* tra le diverse testate) «non è invece correlato ai costi logistici sostenuti dai distributori locali, che possono variare per effetto di una serie di fattori»<sup>63</sup>. Il luogo

<sup>62</sup> C. Macchitella e D. Sorace, *I problemi della distribuzione*, cit., *passim*.

<sup>63</sup> Agcm, n. 20341/2009, cit., 44.

in cui è ubicata la rivendita incide sui costi di trasporto del distributore locale, le cui spese sono tanto maggiori quanto più la rivendita da servire è lontana o poco accessibile. Il rifiuto di fornitura è dunque una evenienza di per sé conforme al diritto, posto che il rilascio dell'autorizzazione da parte del Comune non attribuisce al titolare un diritto ad avere la fornitura di giornali. In altri termini, nessuna norma «introduce, a carico dei distributori, un obbligo legale di contrattare con tutti i rivenditori esistenti, i quali, pertanto, non possono far valere alcun diritto alla fornitura del prodotto, né ai sensi dell'art. 41 Cost., né ai sensi dell'art. 2597 c.c. che, prevedendo l'obbligo a contrattare dell'imprenditore monopolista, è diretto esclusivamente a tutelare il consumatore del prodotto medesimo, non già il suo rivenditore»<sup>64</sup>. Non si può quindi pretendere che il distributore raggiunga il rivenditore laddove il fatturato realizzato non sia sufficiente a ripagare il distributore dei costi sostenuti per raggiungere e rifornire il punto vendita, e recuperare successivamente l'invenduto. Se il distributore tendesse al pareggio di bilancio, proprio come una pubblica amministrazione o come un soggetto oggettivamente pubblico, «si potrebbe argomentare che la fornitura delle rivendite più vicine e maggiormente remunerative garantisce al distributore locale un ritorno economico ben superiore ai costi, che in qualche misura dovrebbe essere utilizzato proprio per compensare i costi di fornitura dei punti vendita più disagiati». Ma così non è: il distributore è una impresa, il cui unico obbligo legale di contrarre esiste in favore dell'editore; perciò la distribuzione locale può essere per lui sconveniente o insostenibile. Ecco un ulteriore paradosso emergente dall'art. 5, d.lgs. n. 170/2001: «l'uniformità di condizioni economiche, pur evitando discriminazioni a danno dei rivenditori meno redditizi, li espone al rischio di non essere riforniti»<sup>65</sup>.

Da ultimo va ricordato che anche i rapporti tra distributore ed editore possono farsi complicati a causa dell'art. 5, d.lgs. n. 170/2001. Ed infatti, in virtù dell'obbligo legale a contrarre che grava sul distributore in forza dell'art. 16, l. n. 416/1981, il servizio di distribuzione deve essere garantito a qualunque testata che ne faccia richiesta. Ciò significa che, mentre il profitto del distributore resta ancorato alle sole copie vendute, gravano interamente su tale soggetto i costi legati all'eventuale (ma non certo irrealistico) eccesso di copie distribuite e al successivo recupero delle rese. Costi che, quindi, il distributore non può controllare, né abbattere, poiché la scelta del numero complessivo di copie da distribuire resta, per l'appunto, appannaggio dell'editore (si consideri poi che una politica distributiva eccedente la

<sup>64</sup> Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 1994, n. 1785.

<sup>65</sup> Agcm, n. 20341/2009, cit., 44.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

domanda di giornali può determinare un fenomeno “sovraffollamento” delle rivendite, determinando anche per queste ultime un appesantimento forzoso in termini di costi di gestione).

L'art. 39, d.l. n. 1/2012, inserito nello stesso provvedimento legislativo che proclama (art. 1) il principio di liberalizzazione mediante abrogazione di tutte le norme che prevedono limiti alle attività economiche «non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità», ha previsto la «liberalizzazione del sistema di vendita della stampa quotidiana e periodica». L'art. 39, d.l. n. 1/2012 modifica l'art. 5, d.lgs. n. 170/2001, con l'aggiunta di alcune lettere dopo la *d*). Viene garantita la facoltà degli edicolanti di «rifiutare le forniture di prodotti complementari forniti dagli editori e dai distributori»; di «vendere presso la propria sede qualunque altro prodotto secondo la vigente normativa»; di «praticare sconti sulla merce venduta e defalcare il valore del materiale fornito in conto vendita e restituito a compensazione delle successive anticipazioni al distributore». È inoltre stabilito che «fermi restando gli obblighi previsti per gli edicolanti a garanzia del pluralismo informativo, la ingiustificata mancata fornitura, ovvero la fornitura ingiustificata per eccesso o difetto, rispetto alla domanda, da parte del distributore, costituiscono casi di pratica commerciale sleale ai fini dell'applicazione delle vigenti disposizioni in materia». Infine è prescritta la nullità delle clausole contrattuali fra distributori ed edicolanti, contrarie alle disposizioni del nuovo articolo, per contrasto con norme imperative (che non vizia il contratto cui le clausole accedono).

A parte ogni commento sui problemi interpretativi cui il nuovo testo darà luogo, è chiaro, da quanto fin qui ricordato, che si tratta di un intervento ancora parziale, volto a risolvere singoli aspetti contenziosi tra edicolante e distributore, ma ben lungi dal dipanare i numerosi profili problematici che ancora connotano i rapporti tra i diversi soggetti della catena distributiva.

In realtà, per una compiuta liberalizzazione del settore della vendita della stampa quotidiana e periodica, sarebbe preferibile battere la strada della totale abrogazione dell'art. 5, d.lgs. n. 170/2001, anche perché l'imposizione di condizioni uniformi di vendita su tutto il territorio nazionale dà origine a tante e tali conseguenze negative da legittimare – ma il problema non può essere qui ulteriormente elaborato – il sospetto che si tratti di qualcosa di più una disposizione foriera di inconvenienti; meglio si direbbe una norma irragionevole, quindi oggetto di una possibile questione di legittimità costituzionale<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> Ancora molto distante da questo obiettivo è il testo della citata proposta di legge de-

## 6. Fine del cartaceo e «neutralità tecnologica» dello Stato

Resta da dire della fine del *medium* cartaceo, sostituito dalle più avanzate tecnologie digitali. Questo è ciò che si preconizza da più parti, con la consapevolezza di sottolineare un elemento tanto ovvio da non richiedere più neppure una spiegazione accurata. E ve n'è più di un motivo, stando ai dati che emergono dalle statistiche sulla circolazione dei giornali nel mondo. Basta un rapido sguardo al World Press Trends 2015<sup>67</sup>, ad esempio, per comprendere come il reddito derivante dalla vendita della stampa attraverso una crisi senza precedenti e, a quanto pare, senza ritorno. Cresce la domanda di informazione, ma diverso è l'orientamento del pubblico nei paesi dove ancora esiste una classe media, quali quelli asiatici e sudamericani e dove il mercato del cartaceo è ancora in fase di sviluppo, da quelli europei, nei quali il fenomeno che si registra è l'esatto opposto. Negli Stati Uniti, ai quali tradizionalmente si accredita una potente pubblica opinione, l'industria del giornale è in calo più di ogni altra attività economica. In Italia, il dato è ovviamente confermato; basti citare la Relazione annuale 2015 dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dove pure si dà risalto alla crisi crescente dei quotidiani e dei periodici<sup>68</sup>.

Il punto più interessante è però un altro. In pochi momenti come in quello attuale è stato chiaro che la «crisi» dell'informazione cartacea non è

lega d'iniziativa parlamentare n. 3317 (Coscia ed altri), presentata alla Camera dei deputati il 22 settembre 2015 (v. *supra*, par.4). La proposta include, tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 3, c. 2, lett. l), l'indicazione che il governo, «con riferimento allo stadio finale del canale distributivo rappresentato dalle edicole, in considerazione della rilevanza operativa in termini di servizio di prossimità per i consumatori e di copertura territoriale per gli editori», provveda: 1) alla «attuazione del processo di progressiva liberalizzazione della vendita dei giornali, favorendo l'adeguamento della rete alle mutate condizioni e mitigando gli effetti negativi di breve termine»; 2) alla «promozione, di concerto con le regioni, di un regime di piena liberalizzazione degli orari di apertura dei punti di vendita e rimozione degli ostacoli che limitano la possibilità di ampliare l'assortimento dei punti di vendita all'intermediazione di altri beni e servizi, con lo scopo di accrescerne le fonti di ricavo potenziale»; 3) alla «promozione di iniziative di concentrazione strategica dei punti di vendita, al fine di creare le condizioni per lo sviluppo di nuove formule imprenditoriali commerciali»; 4) al completamento dell'informatizzazione delle strutture, al fine di connettere i punti di vendita e di costituire una nuova rete integrata capillare nel territorio». In nessun punto si affronta il problema, cruciale, della dipendenza dell'intera filiera dal potere dell'editore, tutelato dall'art. 5, d.lgs. n. 170/2001.

<sup>67</sup> World Association of Newspaper and News Publishers, *World press trends 2015*, consultabile al sito dell'associazione [www.wan-infra.org](http://www.wan-infra.org) (publications).

<sup>68</sup> Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, *Relazione annuale 2015*, presentata alla Camera dei Deputati il 7 luglio 2015, in [www.agicom.it](http://www.agicom.it), 84.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

il risultato di un certo modo di disporsi del mercato, assoggettato ad interessi economici particolari; non è l'effetto di concentrazioni e oligopoli, che per l'Italia, come si è detto, nel settore della stampa sono sempre stati considerati efficacemente combattuti dalle norme antimonopolistiche della l. n. 416/1981 (diversamente da quanto è accaduto ad altri mezzi di diffusione delle informazioni). La crisi della stampa cartacea è un fatto che si lega al cambiamento delle abitudini delle persone, e non solo delle giovani generazioni. Il giornale si può leggere anche sul *tablet*: strumento minaccioso per la stampa cartacea, al quale ricorrono percentuali altissime di tutte le fasce di età. L'ordinamento stesso, con la l. 7 marzo 2001, n. 62, ha mostrato di voler stemperare il senso delle regole valevoli per gli stampati, unificandole sotto la nozione – non poco criticata<sup>69</sup> – di «prodotto editoriale»<sup>70</sup>. La proposta di legge delega d'iniziativa parlamentare n. 3317, presentata alla Camera il 22 settembre 2015 – di cui si è detto più volte nel corso di questo contributo – prevede che la «edizione in formato digitale dinamico e multimediale della testata per la quale si richiede il contributo, anche eventualmente in parallelo con l'edizione in formato cartaceo», diventi una «condizione necessaria per ricevere i finanziamenti»<sup>71</sup> e delega il governo alla «introduzione di incentivi agli investimenti in innovazione digitale dinamica e multimediale, anche attraverso la previsione di modalità volte a favorire investimenti strutturali in piattaforme digitali avanzate, comuni a più imprese editoriali, autonome ed indipendenti»<sup>72</sup>. Senza aggiungere che i contenuti dei giornali sono facilmente riproducibili online da parte di terzi, nelle modalità più svariate e con accorgimenti tali da interpolare il testo e modificare così il senso complessivo della manifestazione che proviene dai giornali stessi. Anche per questo motivo, il giornale cartaceo potrebbe a breve non essere più il *core business* dell'editoria quotidiana e periodica, non essendo più necessariamente, il soggetto percettore dell'informazione, un utente «finale»<sup>73</sup>.

Si potrà allora sposare un ideale di «neutralità tecnologica» ed essere

<sup>69</sup> M. Cuniberti, *Disciplina della stampa e dell'attività giornalistica ed informazione in rete*, in *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicitari*, a cura di M. Cuniberti, Milano, Giuffrè, 2008, 207 ss.

<sup>70</sup> Come definito dall'art. 1, c. 1, l. n. 62/2001. Per una concreta applicazione, Cons. St., Sez. III, 19 settembre 2013, n. 4665, cui si ispira l'art. 3, c. 4, lett. b), della proposta di legge delega n. 3317, presentata alla Camera dei deputati il 22 settembre 2015.

<sup>71</sup> Art. 3, c. 2, lett. d) punto 2).

<sup>72</sup> Art. 3, c. 2, lett. h).

<sup>73</sup> V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 146; si consideri però il monito di F. Mosconi, *L'economia dei quotidiani*, cit., 35, a non confondere il «processo» mediante il quale l'informazione è raccolta, immagazzinata e trasmessa col «formato» mediante il quale l'informazione è presentata e offerta al pubblico.

poco propensi o addirittura ostili ad un intervento statale in favore della stampa, che apparirà inevitabilmente come uno spreco di denaro pubblico e come espressione di una politica inutilmente protezionistica.

«Il medium è il messaggio». La profetica intuizione di Marshall McLuhan sulla capacità dei media di plasmare le culture<sup>74</sup>, alla quale non pochi giuristi sono parsi debitori – Corte Costituzionale inclusa<sup>75</sup> – può essere richiamata per riassumere la prospettiva in cui molti collocano il futuro della informazione a mezzo stampa: un mezzo sospinto verso il medesimo destino che, per mano della stampa, toccò alle arti grafiche che la precedettero. L'orizzonte del trionfo della informazione «post alfabetica», o non cartacea, ci offre però anche un primo, serio elemento di discussione: l'importanza che il ruolo della stampa cartacea dovrebbe conservare agli occhi del giurista, proprio perché ci troviamo, oggi come non mai, in un'epoca contraddistinta dalla moltiplicazione, diversificazione, semplificazione dei canali di accesso alle informazioni.

La prima considerazione, al riguardo, è che la predizione della fine della stampa, come quella della fine del libro, non è affatto nuova. È un sentimento di cui si è fatto uso ogniqualvolta nuovi *media* hanno rivendicato il compito di surrogare la stampa<sup>76</sup>. Il fatto, poi, che oggi quella precocizzazione possa essere più credibile, non toglie che ad essa il diritto debba guardare con diffidenza, semplicemente perché essa rimane ciò che è: un presagio, per taluni forse un auspicio, ancora del tutto privo di riscontro oggettivo; a parte le statistiche sul *trend*, che non è ancora, però, la fine del cartaceo. Il bisogno di sostegno della libertà di informazione cartacea è attuale, la fine dell'informazione cartacea – ammettiamo pure che sia certa – non è problema di oggi<sup>77</sup>.

Occorrerebbe dunque fare appello ad un certo grado di discernimento, che il giurista non può non avere, verso la predizione stessa della «morte» della stampa. Non poche delle nostre abitudini, con l'avanzare delle scoperte scientifiche (e della libertà di farne uso) hanno perso di esclusività, sono state affiancate da altre; ma non per questo sono da reputarsi perdute

<sup>74</sup> M. McLuhan, *La galassia Gutenberg* (trad. it.), Roma, Armando Editore, 2011 (titolo originale *The Gutenberg Galaxy. The Making of Typographic Man*, Toronto, University of Toronto Press, 1962).

<sup>75</sup> Lo osservano A. Pace e M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 537 in nota.

<sup>76</sup> A. Ludovico, *Post-digital print. La mutazione dell'esditoria dal 1894*, ed. *CaratteriMobili*, su [www.caratterimobili.it](http://www.caratterimobili.it), 2014.

<sup>77</sup> Esattamente, F. Mosconi, *L'economia dei quotidiani*, cit., 35, nota che «discettare sulla scomparsa o meno del giornale su carta», appartiene al «dominio della futurologia».

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

e, ancor meno, capaci di elidere, dove c'era, il loro carattere di complementarietà al contenuto di diritti che, per loro tramite, risultino garantiti.

È stato osservato che «nessun *medium* di qualche importanza ha cessato di esistere quando si sono resi disponibili nuovi *media*. È accaduto piuttosto che i nuovi *media* hanno tolto ai vecchi i compiti ch'essi erano in grado di assolvere meglio, e che i vecchi abbiano trovato altre funzioni in precedenza non adeguatamente assolte, per le quali essi erano più adatti»<sup>78</sup>.

Ancora oggi, circa di 20 milioni di persone al giorno in Italia leggono il giornale, mentre le perdite di profitti dei quotidiani, sia da vendita che da raccolta pubblicitaria, sono ingenti, ma ancora ben lontane dall'essere compensate dalla componente digitale dell'informazione tradizionale<sup>79</sup>. Vale a dire che l'uso delle tecnologie digitali è in rapida ascesa, ma non è ancora in grado di competere con la stampa quotidiana e periodica.

Se dunque questo è il dato, o uno dei dati che il giurista può legittimamente raccogliere dall'esperienza – e cioè la «normale» sopravvivenza del *medium* – appare assai meno solido l'assioma secondo il quale, nell'era tecnologica, la stampa avrebbe perso la sua strumentalità alla «pubblica opinione». Proprio nell'epoca di internet, dove grazie alle tecnologie una enorme quantità di potere informativo finisce nelle mani di soggetti nuovi, non presidiati dalle medesime garanzie di trasparenza che assistono la stampa<sup>80</sup>, la stampa può restare funzionalmente accreditata di quel carattere «di opinione», di quella strumentalità alla diffusione degli ideali democratici che, in passato, essa non ha sempre svolto adeguatamente. E va da sé che, così impostato il problema, la obsolescenza della stampa dovrebbe far suonare un campanello d'allarme, prima del plauso al progresso e ai suoi effetti. L'esistenza di abitudini capaci di mettere rischio la circolazione delle opinioni mediante i giornali, potrebbe rendere anacronistica una legislazione che protegge la stampa, ma anche una legislazione che non la protegge, sotto il pretesto della «neutralità tecnologica».

La seconda considerazione, quindi, è che, per l'appunto, così come la regolamentazione, anche la non regolamentazione, cioè la regressione generalizzata dei pubblici poteri dalla disciplina della stampa non può prescindere da ciò che la stampa significa per le persone. L'uso del giornale, a differenza della trasmissione televisiva e della informazione online, «è l'unico

<sup>78</sup> A. Pace, *Comunicazioni di massa (diritto)*, in *Enc. sc. soc.*, Roma, Treccani, 1992, 177; D. McQuail, *Comunicazioni di massa*, *ivi*, 162 ss.; W. Schramm, *Comunicazioni di massa*, in *Enc. nov.*, Roma, Treccani, 1975, 901 ss.

<sup>79</sup> Agcom, *Relazione annuale 2015*, cit., 72.

<sup>80</sup> M. Cuniberti, *Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazioni della democrazia*, in *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, cit., 361.

che induce alla riflessione, all'approfondimento, alla critica ragionata»<sup>81</sup>, attiva nell'individuo un processo cognitivo che gli altri *media* non impongono. Così che, il comprare il giornale è diverso dal vedere la televisione o dall'accedere ad internet. Basti rammentare che la veicolazione digitale delle informazioni «diminuisce la possibilità che l'utente venga contatto con informazioni o con opinioni alle quali non è interessato o che non condivide, ma che potrebbero aiutarlo a sviluppare in modo più approfondito le proprie opinioni e ad operare scelte più consapevoli»<sup>82</sup>. È allora proprio l'egualianza o, se si preferisce (in questa specifica correlazione all'art. 3 Cost.) il pluralismo informativo, che osta ad una dimissione dei pubblici poteri dal loro ruolo di supporto al settore editoriale. L'era di internet, riguardata come ineluttabile accumulazione di potere informativo in capo a soggetti nuovi e sregolati, dovrebbe essere motivo in più per non deflettere dalla difesa degli interessi che confidano nella capillarità della diffusione della stampa, alla quotidianità della vendita e della lettura dei giornali<sup>83</sup>. Un interesse, questo, che all'epoca degli scritti giuridici fondamentali sull'art. 21 Cost. si usava dare per scontato, giacché il «pluralismo», dal punto di vista della stampa, si riteneva non problematico o di «minore difficoltà»<sup>84</sup>.

La terza ed ultima considerazione è che la libertà di acquistare il giornale e, con ciò, di sostenere il costo dell'informazione *libera* – e libera perché *professionale* – non corrisponde solo ad una pratica testimoniale del prolungamento di una tradizione, inesorabilmente in declino, ma è anche un atto di scelta per un certo tipo di informatore, per così dire «organizzato», al di sotto del quale vi è la diffidenza verso l'informazione amatoriale, la cui natura è «alluvionale», e di cui si può decidere di non servirsi<sup>85</sup>. In un certo senso, lo stesso art. 21, c. 5, Cost., laddove prevede che la legge possa obbligare a rendere noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica, contiene *in nuce* un principio di tutela dell'affidamento sulla professionalità di questo mezzo. Ragione di più per concludere che il recesso del legislatore dalla regolamentazione della stampa quotidiana e periodica, in nome della «neutralità tecnologica», non sarebbe affatto desiderabile, in chiave di garanzia del «pluralismo informativo».

<sup>81</sup> L. Carlassare, *La comunicazione, i diritti, la democrazia*, in *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, cit. 3.

<sup>82</sup> M. Cuniberti, *Nuove tecnologie*, cit., 362.

<sup>83</sup> V. Crisafulli, *Problematiche della «libertà d'informazione»*, cit., 294.

<sup>84</sup> P. Barile, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 42.

<sup>85</sup> Sulla problematica della preparazione e qualificazione professionale anche per chi svolge l'attività giornalistica in rete, al fine di garantire in qualche misura il lettore, M. Cuniberti, *Disciplina della stampa e dell'attività giornalistica*, cit., 240.

## 7. Oltre l'illusione del «pluralismo». Un sistema da scomporre e ricostruire

Gli aspetti fin qui sottolineati non possono, naturalmente, condurre ad una conclusione particolarmente propositiva. Non si può però fare a meno di ribadire l'impressione che la legge italiana sia ancora molto distante dall'obiettivo di garantire il pluralismo informativo nel settore della stampa quotidiana e periodica. E ciò non perché lo Stato abbia errato nel «lasciar fare» al mondo imprenditoriale; il che nel settore della stampa è in fondo un paradigma piuttosto ovvio. Al giurista sarebbe sufficiente uno sguardo all'art. 118, quarto comma 4, Cost. per desumerne che la Costituzione non esige che l'interesse generale sia sempre perseguito dall'intervento diretto dei pubblici poteri, per cui la scelta del legislatore di lasciare alle dinamiche del settore editoriale, fin dove possibile, la garanzia della genuinità e della molteplicità delle voci dell'informazione stampata non può essere di per sé censurata come irragionevole o arbitraria. Del resto, già dall'art. 41, terzo comma, Cost. si ricava che il potere di indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali non corrisponde ad un dovere, bensì ad una scelta discrezionale del legislatore.

Tuttavia, anche impostato in questi termini il discorso, non sfugge che proprio nell'utilizzare la leva della «sussidiarietà orizzontale» la legge abbia dato la peggior prova di sé, mostrando di non riuscire a governare i più pesanti difetti di spontaneità del sistema editoriale cartaceo.

Avendo in mente il monopolio televisivo, non si può che plaudere, come in qualche misura ha fatto anche la Corte costituzionale<sup>86</sup>, alla maggiore disposizione della stampa al «pluralismo informativo»; ma con ciò – come è cercato di illustrare – piuttosto di una virtù, si coglie una ovvietà del settore e, ancora una volta, uno dei tanti aspetti della libertà dell'iniziativa economica privata (nessuno comprenderebbe il giornale di un monopolista); certo non un indizio dell'apertura del settore editoriale alla concorrenza.

In realtà, la concentrazione della quasi totalità della tiratura nazionale dei quotidiani e dei periodici nelle mani di pochi editori e, soprattutto, il fatto che gli artefici di questo risultato siano per la gran parte soggetti ob-

<sup>86</sup> Sia pure per inciso, nella sentenza 21 luglio 1981, n. 148, la Corte ha osservato (punto 3 della motivazione) che la televisione, «per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva della immagine unita alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa».

biettivamente disinteressati all'editoria quotidiana e periodica (ogni editore annovera tra i propri azionisti le industrie egemoni della finanza capitalistica italiana), reclama già, a gran voce, un intervento della legislazione.

È il momento che le Camere prendano atto della distinzione – sul piano costituzionale, chiarissima – tra il pluralismo informativo ricercato tramite una limitazione del diritto garantito dall'art. 21 Cost. (per cui si è giustamente criticata la Corte costituzionale, quando, ad esempio, ha mandato assolta la disposizione che assoggettava ad autorizzazione l'esercizio dell'arte tipografica o quella che fa ancora dipendere l'esercizio della professione giornalistica dall'iscrizione ad un albo dei giornalisti) ed il pluralismo informativo ricercato tramite l'esercizio, da parte della legge, della funzione di indirizzo e coordinamento a fini sociali della attività economica (art. 41, terzo comma, Cost.), del quale in fondo è espressione la stessa normativa *antitrust*, oggi vigente<sup>87</sup>.

Un intervento di revisione dell'attuale legislazione, per rispondere a canoni minimi di coerenza, dovrebbe essere particolarmente energico, poiché il sistema è talmente irrazionale da meritare di essere, nella sua interezza, «scomposto» e «ricostruito» (si consenta la semplicità espressiva).

Vi sono ambiti della disciplina della stampa in cui l'incidenza della legge e dell'amministrazione *antitrust* è tanto profonda da dare origine ad una inutile e spesso dannosa sovrapproduzione di regole, come nel caso visto sopra a proposito dei divieti di concentrazioni e delle modalità di accertamento “presuntivo” del controllo e del collegamento societario, rilevante ai fini delle acquisizioni vietate (art. 1, c. 8, l. n. 416/1981); oppure come nel caso dell'obbligo imposto ai soggetti della catena distributiva dei giornali di contrarre nel rispetto di condizioni uniformi di vendita delle testate su tutto il territorio nazionale (art. 5, d.lgs. n. 170/2001).

Vi sono per contro ambiti in cui è l'omissione di una disciplina pubblica dell'impresa editoriale, a rendere il sistema della stampa incoerente sotto ogni profilo, incluso quello del pluralismo dell'informazione: non esiste ad oggi una politica capace di scegliere il tipo di editoria svantaggiato, da sovvenzionare per riequilibrare il potere dei grandi gruppi editoriali finanziari; e nel settore della vendita della stampa quotidiana periodica la liberalizzazione indotta dall'art. 39, d.l. n. 1/2012 è stata minima ed assolutamente incompleta. A fallire non è stato quindi solamente il sistema delle sovvenzioni, ma anche quello, più recente, delle liberalizzazioni nel settore della stampa.

Alcune prospettive di riforma potrebbero essere quella di una abroga-

<sup>87</sup> V. Angiolini, *Pluralismo radiotelevisivo e tutela degli utenti*, cit., 33.

## la regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale

zione totale delle norme sul divieto di concentrazioni, onde affidare la garanzia del pluralismo informativo all'*abuso* della posizione dominante (come accade in tutti gli altri settori, diversi dalla stampa quotidiana e periodica); l'introduzione di norme che riservino in tutto o in parte la proprietà dell'impresa editoriale ad imprese «di particolare valore», bandendo così gli editori disinteressati; infine, l'abrogazione dell'art. 5, d.lgs. n. 170/2001, che impone condizioni uniformi ed invariabili di vendita dei quotidiani sul territorio nazionale.

Procedendo su questa linea, si potrà ragionare in un secondo momento ed in modo assai più efficace anche sul tema, maggiormente discusso al momento, della abolizione del finanziamento pubblico.

Il paradigma della «neutralità tecnologica» dello Stato dinanzi alla crescente propensione alla informazione online, rischia poi di essere una ulteriore illusione, non confacente alla garanzia del pluralismo informativo. Non si tratta, beninteso, di prendere posizione in favore dell'ostracismo al digitale, che sarebbe insensato ed antistorico – poiché il fenomeno esiste ed è sotto gli occhi di tutti – ma di comprendere che anche la concorrenza tra stampa ed internet, proprio come quella visione stereotipata del pluralismo informativo che qui si è più volte criticata, è per ora nulla più di una creazione ideologica, di cui ci si può servire soltanto nella consapevolezza della sua fumosità; e il concedervi fede nel momento attuale sarebbe, per il legislatore, un grave errore.

Si tratta, naturalmente, soltanto di qualche spunto. Certo è che perdere l'occasione di una riforma organica lascerebbe il sistema della stampa quotidiana e periodica così come è, viziato dalla «illusione del pluralismo informativo», capace di guardare alla opinione pubblica in un solo modo, e cioè considerandola ancora come era dopo l'unificazione, nell'Italia liberale: una opinione pubblica alimentata dalla proprietà privata dei mezzi di produzione. Lo aveva intuito perfettamente Ernst Forsthoff, quando osservava (senza rammaricarsene), che a differenza di ciò che si poteva dire riguardo agli Stati Uniti – e contrariamente alle rassicurazioni della stampa – è «tradizione del popolo tedesco non avere una opinione pubblica [...] alimentata da un senso civico costantemente all'erta e pronto a farsi sentire», ma solo una «emozione pubblica che manca proprio di ciò che caratterizza la pubblica opinione e che la rende una forza reale: la continuità e il lungo respiro»<sup>88</sup>. L'assetto complessivo della disciplina italiana dei mezzi di comunicazione di massa suggerisce un giudizio di sintesi non troppo diverso da

<sup>88</sup> E. Forsthoff, *Trasformazioni strutturali della democrazia moderna* (1964), in *L'ultimo Forsthoff*, a cura di A. Mangia, Padova, Cedam, 1995, 154, 155.

quello di Forsthoff; e certo la stampa quotidiana e periodica, pur non essendo la prima responsabile, né è lo specchio visibile.

*Abstract*

*Many scholars and politicians believe that the Italian legislation in the matter of printing industry, thanks to the evolution of its main components – antitrust rules and subsidies to publishing - has been generally suitable for securing the “pluralism of information”. Even inspired by a proposal recently submitted to the Chamber of deputies (3317, Coscia et al), the article tries to argue that this picture may be reviewed, as affected by contradictions that still characterize the system, both in the production of the newspaper (publishing), both in relationship to the final phase (sale of the newspapers).*

GIULIA MASSARI

## L'ACCESSO A INTERNET E AI CONTENUTI DIGITALI QUALE VIATICO PER IL PLURALISMO INFORMATIVO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'accesso alla Rete. – 2.1. La problematica qualificazione dell'accesso. – 2.2. Le conquiste realizzate e le sfide ancora aperte. – 3. La neutralità della Rete. – 4. Quale intervento pubblico sul Web? – 5. Nuova linfa al pluralismo. – 6. Conclusioni.

### 1. Premessa

Nel 1830, riflettendo sui mutamenti della forma di espressione del pensiero umano, in una delle innumerevoli digressioni che impreziosiscono i suoi testi, Victor Hugo si riferì all'invenzione della stampa come al «più grande avvenimento della storia», alla «rivoluzione madre». Secondo l'autore di *Notre-Dame de Paris*, «sotto forma di stampa il pensiero è imperituro. Diviene volatile, inafferrabile, indistruttibile: si mescola all'aria» e, ancora, «si fa stuolo di uccelli, si diffonde ai quattro venti e occupa a un tempo tutti i punti dell'aria e dello spazio». L'intensità dell'immagine sopravvive intatta a distanza di quasi duecento anni, ma non certo alla stampa volge la mente chi vi si accosta oggi: le stesse parole, infatti, potrebbero essere utilizzate per descrivere efficacemente una rivoluzione ben più recente, e forse persino più straordinaria, quella prodotta, nel mondo intero, dall'avvento di Internet.

Il parallelismo con la macchina di Gutenberg, peraltro, non è l'unico verosimile. Vista la sua natura poliedrica, si potrebbe azzardare che Internet sta alla civiltà del ventunesimo secolo come il treno a vapore alla civiltà del diciannovesimo o la corrente elettrica a quella del ventesimo. Ciò per chiarire subito che non siamo di fronte né a un mero strumento di divulgazione del pensiero né a un semplice mezzo di comunicazione o di informazione, ma a una scoperta che ha sovvertito la geografia, rimodellato le relazioni

\* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti per il 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara.

umane, innovato i processi commerciali e, senza dubbio, spalancato la porta ad imprevedibili evoluzioni future, generando al contempo negli utilizzatori un'assuefazione senza precedenti.

Proprio per questa sua forza pervasiva e dirompente, e nonostante la sua storia relativamente breve, Internet ha attirato le attenzioni di studiosi delle più svariate branche del sapere, tra i quali – com'è ovvio – i giuristi, che su di esso hanno «versato il classico fiume di inchiostro»<sup>1</sup>. Qui sarebbe impossibile, oltre che fuori luogo, catalogare, seppur sinteticamente, tutte le ripercussioni che la Rete ha esercitato sul mondo del diritto. Sembra utile, invece, far leva sull'anniversario che questo scritto intende commemorare, i centocinquant'anni dall'emanazione delle leggi di unificazione amministrativa d'Italia, per marcare gli snodi più peculiari e pertinenti.

La trama tecnico-organizzativa dei testi del 1865 sottende l'evidente proposito di offrire un linguaggio comune ai territori appena accorpati sotto la bandiera tricolore, affinché il concetto di popolo "italiano" non riveli solo dal punto di vista geografico, ma rispecchi una condivisione di principi e di prospettive. Ebbene, se l'*iter* di avvicinamento ha avuto inizio attraverso le leggi, il seguito è stato possibile grazie a strumenti diversi, di matrice prettamente sociale e culturale, di cui il *Web* costituisce l'ultimo e decisivo esempio. Quale congegno più efficace di Internet per congiungere – ad ogni livello – i cittadini dallo Ionio alle Alpi? Interpretando la Rete in senso quasi fisico, come fattore di ritenzione all'interno di una comunità, oltre che come meccanismo di circolazione delle esperienze e dei saperi, emergono senza difficoltà gli aspetti sui quali merita soffermarsi. La questione dell'accesso, anzitutto. Poi la *Net neutrality*, la *governance* e la tutela del pluralismo, profili che – si vedrà – convivono in un intimo intreccio. Per cogliere il quadro generale, tuttavia, un ordine, nella loro trattazione, va necessariamente rispettato.

## 2. L'accesso alla Rete

### 2.1. La problematica qualificazione dell'accesso

Grazie al *World Wide Web*, il servizio con cui Internet ormai comunemente si identifica, sviluppato da uno scienziato del CERN nel 1990 e reso

<sup>1</sup> P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Relazione al Convegno "Costituzionalismo e globalizzazione", Salerno, 23-24 novembre 2012, in *Rassegna Parlamentare*, 4, 2012, 832.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

pubblico nel 1993<sup>2</sup>, gli utenti possono dialogare e condividere informazioni non solo lungo l'intero Stivale, ma dall'India alla Groenlandia, valicando ogni convenzionale frontiera. La distanza permane sul piano fisico, tra i *computer* che si allacciano al *server*, ma scompare sul piano virtuale.

Da più parti, anche sulla base di questa intrinseca volatilità, è stato accentuato lo «spirito liberale» di Internet<sup>3</sup>, il ruolo della Rete quale «veicolo di democrazia»<sup>4</sup>. È indubbio che la possibilità di conoscere in tempo reale, e senza l'intermediazione di terzi, quanto accade al capo opposto del pianeta, e la corrispondente facoltà di esprimere il proprio pensiero con la consapevolezza che raggiungerà immutato destinatari sconosciuti e lontani, facciano di Internet un solido baluardo delle libertà dei singoli. E non è un caso, pertanto, che il *Web* sia particolarmente invisato ai Governi autoritari, minacciati nella brama accentratrice e nell'opera di repressione del dissenso da uno strumento così fluido e sfuggente. «Il primo tentativo del potere che vacilla è quello di bloccare le comunicazioni informatiche»<sup>5</sup>: è avvenuto in Egitto, nel gennaio 2011, dove Mubarak riuscì ad arrestare il 90% del traffico di dati da e verso il Paese per silenziare le voci dei dissidenti; si è verificato in Turchia, nel marzo 2014, con il *blackout* di *Twitter* imposto da Erdoğan una settimana prima di elezioni amministrative cruciali; succede ogni giorno in Cina, ove l'accesso alla Rete è capillarmente monitorato e incanalato su siti ortodossi; è soltanto prefigurato, per il momento, dal presidente russo, che pare organizzare uno spegnimento di Internet nell'eventualità di altrimenti incontrollabili ondate di protesta<sup>6</sup>.

La Rete, peraltro, non funge esclusivamente da amplificatore dei diritti di esprimersi in libertà, di informare e di essere informati, diritti che, sottintendendo l'opportunità di vigilare sul corretto esercizio del potere, pure costituiscono l'architrate dei sistemi democratici moderni<sup>7</sup>. Essa ha fatto

<sup>2</sup> La nascita di Internet, però, va fatta risalire a qualche decennio addietro, precisamente al 1969, quando per la prima volta, nell'ambito di un progetto finanziato dal Dipartimento della Difesa americano, gli apparecchi di quattro centri universitari degli Stati Uniti furono messi in collegamento tra loro. La rete "madre" venne chiamata ARPAnet, dal nome dell'agenzia del Pentagono incaricata di sovrintendere il progetto (*Advanced Research Project Agency* – ARPA).

<sup>3</sup> T.E. Frosini, *Access to Internet as a Fundamental Right*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2013, 227.

<sup>4</sup> G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, Giappichelli, 2014, 274.

<sup>5</sup> Le parole sono di G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 3, 2011, 369.

<sup>6</sup> Una panoramica sempre aggiornata e puntuale delle politiche censorie attuate dai Governi si ritrova nel sito *web* di *Reporters without borders*, all'apposita sezione "*Fighting Cyber Censorship*".

<sup>7</sup> P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Ed. du Seuil, 2008, parla al riguardo di "contro-democrazia".

evolvere, altresì, il concetto stesso di democrazia. Benché il passaggio si confermi graduale, non traumatico, alla tradizionale democrazia rappresentativa va ora affiancandosi un nuovo modello di democrazia partecipativa, secondo il quale gli amministrati sono chiamati ad interagire in via diretta con i vertici, a formulare giudizi su candidature o progetti normativi, ad avanzare proposte e iniziative proprie<sup>8</sup>. Dal canto loro, i cittadini hanno appreso a sfruttare il potenziale divulgativo di Internet – dei *social network* soprattutto – per dare vita a manifestazioni di dissenso organizzate, e perciò più incisive, come ha dimostrato la vicenda della “Primavera araba”, divampata nella regione mediorientale e nordafricana tra il 2010 e il 2011.

A fronte di queste osservazioni, viene spontaneo domandarsi se l'accesso a Internet non debba essere concepito come un diritto dell'individuo ed anzi, stante il calibro delle posizioni giuridiche che contribuisce a rafforzare, come un diritto *fondamentale* dell'individuo. Il dibattito ha appassionato la dottrina dei Paesi tecnologizzati, non ultima la dottrina italiana, ove si staglia netta la posizione di chi ritiene che il collegamento alla Rete, da intendersi necessariamente come diritto soggettivo, vada, per di più, tutelato al sommo livello dell'ordinamento.

È l'avviso, tra gli altri, di Stefano Rodotà, sulla cui scorta un gruppo di senatori, il 6 dicembre 2010, ha presentato un disegno di legge costituzionale volto ad inserire in Costituzione, dopo l'articolo 21, un articolo 21-*bis*, che sancisca per tutti l'«eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale». L'iniziativa, forse perché incidente su una parte delicatissima del testo costituzionale, non è sfociata in alcuna modifica concreta<sup>9</sup>, ma il suo fautore non ha smesso di coltivarla, riproponendola anche di recente<sup>10</sup>. Di più, proprio per evitare di interferire sugli equilibri costituzionali, egli ha parimenti promosso la redazione di un *Internet Bill of Rights*, Carta di respiro internazionale, la cui bozza ha preso corpo l'8 ottobre 2014 in seno alla Commissione per i diritti e i doveri relativi a Internet, all'uopo istituita presso la Camera dei Deputati. Il 28 luglio 2015, all'esito di una consultazione pubblica durata cinque mesi e di nu-

<sup>8</sup> «Democrazia continua», secondo S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet*, in *La Repubblica*, 28 giugno 2006.

<sup>9</sup> Sono ora all'esame del Senato, tuttavia, due diversi disegni di legge costituzionale, parimenti finalizzati alla costituzionalizzazione del diritto di accedere a Internet, il primo (d.d.l. 1317) attraverso l'aggiunta di un comma all'art. 21 Cost., il secondo (d.d.l. 1561) attraverso l'introduzione in Costituzione di un art. 34-*bis*.

<sup>10</sup> Si veda, in particolare, S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma, Laterza, 2014, 16 ss.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

merose audizioni di *stakeholders*, la Commissione ha approvato l'ultima versione della bozza e pubblicato la Dichiarazione dei diritti in Internet, contenente – com'era ovvio – anche un articolo dedicato all'accesso, che al primo comma riporta le stesse parole impiegate per la formulazione del suddetto 21-*bis*<sup>11</sup>.

Il pensiero di Rodotà, lungi dall'esaurire la ricchezza di opinioni affiorate nel panorama scientifico italiano, rispecchia, comunque, una sensibilità diffusa su scala internazionale. Emblematiche le Costituzioni di Ecuador, Venezuela, Honduras e Grecia, che già includono l'accesso a Internet tra i diritti meritevoli di più alta protezione, significative le pronunce delle Corti costituzionali francese (2009) e costaricana (2010), che inferiscono l'esistenza di un simile diritto da altre disposizioni vigenti nel sistema<sup>12</sup>. Inoltre, se, da un lato, il resoconto alle Nazioni Unite stilato il 16 maggio 2011 dallo *Special Rapporteur* per la promozione e la protezione della libertà di opinione e di espressione, Frank La Rue, definisce l'accesso alla Rete come uno strumento imprescindibile per l'esercizio dei diritti umani, piuttosto che come un diritto in sé<sup>13</sup>, dall'altro il rapporto della Commissione Cultura, Scienza, Educazione e Media dell'Assemblea parlamentare presso il Consiglio d'Europa, datato 4 marzo 2014, e la conseguente risoluzione dell'Assemblea n. 1987 del 9 aprile 2014, pur senza trascurare l'importanza del *Web* per il pieno svolgimento di diritti ulteriori, invitano espressamente i Governi a riconoscere «the fundamental right to Internet access in law and in practice».

«Nelle norme e nella pratica». Ed è la pratica il vero punto dolente, il nodo spinoso da dirimere. Ammettendo che l'accesso a Internet sia in astratto qualificabile in termini di diritto soggettivo o, a maggior ragione, di diritto fondamentale, non è dato sorvolare sulle conseguenze concrete che ciò comporterebbe a carico del settore pubblico. La connessione alla Rete non potrebbe più sottrarsi all'inclusione nel novero dei servizi universali,

<sup>11</sup> Per una panoramica completa sul testo della bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet, A. Morelli, *I diritti e la Rete, Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in *federalismi.it*, 1, 2015.

<sup>12</sup> Sulla portata degli arresti da ultimo menzionati, P. Passaglia, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. Pietrangeli (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*. Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia (Roma, 30 novembre 2010), Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 59 ss., spec. 67-69.

<sup>13</sup> F. La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 19: «the Special Rapporteur reminds all States of their positive obligation to promote or to facilitate the enjoyment of the right to freedom of expression and the means necessary to exercise this right, including the Internet». Il Rapporto di La Rue trova spazio anche tra le riflessioni di L. Cuocolo, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. Dir.*, 2-3, 2012, 265-267.

con il risultato di investire lo Stato dell'onere di apprestare le idonee infrastrutture, di offrire a tutti i cittadini una prestazione affidabile ad un costo ragionevole, al riparo da speculazioni commerciali, e di educarli all'utilizzo delle risorse digitali. A margine delle fondate perplessità che ciò solleva a livello tecnico-organizzativo<sup>14</sup>, va rilevato che neppure l'Unione europea, in sede di revisione del c.d. Pacchetto Telecom<sup>15</sup>, si è spinta sino a ricomprendere la fornitura della banda larga<sup>16</sup> nell'elenco degli obblighi di servizio universale, rimettendo piuttosto agli Stati l'«opportunità» di provvedere in tal senso<sup>17</sup>. Opportunità che il nostro legislatore, per ora, non ha colto, anche in considerazione degli elevati costi che la fiscalità generale dovrebbe altrimenti sopportare<sup>18</sup>.

## 2.2. *Le conquiste realizzate e le sfide ancora aperte*

Benché in Italia l'accesso al *Web* non goda di protezione costituzionale, sono chiare a chi governa le capacità del mezzo ed evidenti i benefici che esso è in grado di apportare, al tenore di vita dei cittadini e, in parallelo, all'economia nazionale. Ecco perché, nonostante la mancata classificazione tra gli obblighi di servizio pubblico, il Paese ha avviato una poderosa campagna di potenziamento strutturale della Rete, sospinto, pur sempre, dalle sollecitazioni dell'Unione europea.

È nella cornice del Piano di ripresa economica proposto dalla Commissione europea a novembre 2008<sup>19</sup>, infatti, che si inscrivono le prime serie iniziative volte alla diffusione della banda larga sul territorio. Si veda, in proposito, l'art. 1 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha onerato il Governo del compito di individuare «un programma di interventi infrastrutturali nelle aree sottoutilizzate, necessari per facilitare l'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica pubbliche e private all'evoluzione tecnologica e

<sup>14</sup> Come annota P. Tanzarella, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in E. Cavaresino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 57 ss.

<sup>15</sup> Nella specie, della direttiva 2002/22/CE, modificata dalla direttiva 2009/136/CE.

<sup>16</sup> La banda larga è lo strumento tecnico che assicura all'utente una velocità di navigazione sufficientemente elevata per il *download* di file e il conseguimento agevole dei servizi di base. Per convenzione è stato deciso che, per poter parlare di banda larga, la velocità di trasmissione e ricezione dei dati deve essere almeno pari a 2 Megabit per secondo.

<sup>17</sup> A. Valastro, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, cit., 51.

<sup>18</sup> G. De Minico, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobiliamo o innovazione?*, in *Politica del Diritto*, 4, 2009, 531 ss.

<sup>19</sup> Comunicazione COM(2008) 800 del 26 novembre 2008.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

alla fornitura dei servizi avanzati di informazione e di comunicazione del Paese». Sulla base di questo, nell'ottobre 2011, il Ministero per lo sviluppo economico ha adottato il Piano nazionale banda larga, con l'obiettivo di colmare i *deficit* di digitalizzazione e aumentare in maniera uniforme la velocità di trasmissione dei dati su Internet.

Le misure messe in campo sono state poi integrate nel contesto dell'Agenda digitale italiana, lanciata il 1° marzo 2012 in risposta, ancora una volta, ad una richiesta di attivazione dell'Unione europea. Raccogliendo, per l'appunto, gli stimoli provenienti dall'Agenda digitale europea, segmento della più ampia strategia decennale Europa 2020 «per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»<sup>20</sup>, l'Agenda digitale italiana consiste in una serie di «azioni coordinate» tese a persuadere cittadini, imprese e amministrazioni della convenienza della transizione al digitale e ad approntare le condizioni necessarie affinché la transizione si concretizzi (cfr. art. 47, c. 1, decreto “Semplifica Italia”<sup>21</sup>). Per riempire di contenuti quella che sulle prime è parsa una mera dichiarazione di intenti<sup>22</sup>, numerosi provvedimenti di rango legislativo si sono succeduti, dal decreto “Crescita” al decreto “Crescita 2.0”, sino al decreto “Del fare”, e altrettanti piani e documenti di indirizzo hanno visto la luce. La Cabina di regia, ora presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri e composta dai titolari di sette Ministeri, da un Presidente di Regione e da un Sindaco, è incaricata di vegliare all'attuazione dell'Agenda, con il supporto – per quanto concerne, in particolare, l'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni – dell'Agenzia per l'Italia digitale.

Alla realizzazione del progetto, d'altra parte, sono state chiamate a concorrere, direttamente, anche le Regioni. Ciascuna di esse ha provveduto a elaborare una specifica Agenda digitale regionale, tesa all'implementazione della Rete entro i propri confini geografici, e ha partecipato all'istituzione,

<sup>20</sup> L'Agenda digitale europea rappresenta una delle sette “iniziative faro” della strategia Europa 2020, promossa dalla Commissione europea con la comunicazione del 3 marzo 2010. Nella successiva comunicazione del 19 maggio 2010, interamente dedicata all'Agenda digitale, la Commissione definisce le azioni fondamentali che gli Stati membri devono impegnarsi ad intraprendere, al fine di creare un «mercato digitale unico e dinamico», potenziare l'interoperabilità, rafforzare la sicurezza del *Web* e conseguentemente la fiducia degli utenti, garantire un «accesso ad Internet veloce e superveloce», investire sulla ricerca e l'innovazione nel settore, migliorare «l'alfabetizzazione, le competenze e l'inclusione nel mondo digitale» e sfruttare le tecnologie dell'informazione nella risoluzione dei principali problemi della società contemporanea.

<sup>21</sup> D.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35.

<sup>22</sup> Un «manifesto» secondo E. Carloni, *La semplificazione telematica e l'Agenda digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2012, 714.

in seno alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, del Tavolo di coordinamento per l'Agenda digitale, portavoce delle posizioni regionali innanzi al Governo e suo interlocutore in funzione dell'adozione di decisioni condivise.

È frutto di un percorso sinergico, ad esempio, la Strategia per la banda ultralarga, approvata dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2015 in coerenza con le finalità dell'Agenda digitale, e di peculiare interesse in questa sede<sup>23</sup>. Avendo conquistato il traguardo minimo di 2 Mbps per la navigazione su tutto il territorio, stabilito dal Piano nazionale banda larga, la Strategia per la banda ultralarga si propone, non senza ambizione, di assicurare entro il 2020 una connettività di almeno 100 Mbps all'85% della popolazione e di almeno 30 Mbps al restante 15%, situato nelle zone più remote.

Anche se i lavori sono ancora in corso, è innegabile, quindi, che il regolatore italiano si sia speso energicamente per l'abbattimento del c.d. *digital divide*, il divario tecnologico infrastrutturale. Non altrettanto vigorosi, invece, sono stati gli sforzi sul versante del *knowledge divide*, il divario di conoscenze che allontana gli utilizzatori esperti di Internet dagli analfabeti digitali, i quali ultimi, proprio a causa dell'incapacità di usufruire del mezzo, sono privati di notevoli *chances* informative e partecipative. Dalle rilevazioni Istat del 18 dicembre 2014 si apprende, infatti, che solo il 57,3% dei cittadini usa Internet regolarmente, ossia vi accede almeno una volta alla settimana, mentre appena il 36,9% ne è fruitore quotidiano; Eurostat, poi, nel considerare la fascia di abitanti tra i 16 e i 74 anni, mostra che nel 2014 solo 59 italiani su 100 si sono avvalsi del *Web* con regolarità, a fronte di una media europea del 75%. L'Italia, a pari demerito con la Grecia, si colloca così al terzultimo posto dell'elenco che classifica la connettività dei Paesi membri, davanti soltanto a Bulgaria e Romania.

Combinando i dati sulla copertura di banda larga con le percentuali appena menzionate, si ricava che un'ampia porzione di cittadinanza, pur disponendo della possibilità materiale di connettersi alla Rete, sceglie di non farlo. Le ragioni principali risiedono nel costo, nella scarsa dimestichezza con il mezzo, dipendente anche dall'età, e nella convinzione che, in fondo, di Internet possa farsi a meno<sup>24</sup>. Se è vero, tuttavia, che la promozione della

<sup>23</sup> Nella stessa seduta il Consiglio ha approvato, altresì, la Strategia per la crescita digitale, un piano che stila una «*roadmap* per la digitalizzazione del Paese», agendo sulla pubblica amministrazione al fine ultimo di «promuovere la trasformazione digitale delle imprese italiane e sviluppare le competenze dei cittadini» (10). Entrambi i documenti erano stati sottoposti a consultazione pubblica per la durata di due mesi, dal 20 novembre 2014 al 20 gennaio 2015.

<sup>24</sup> Illuminanti, come controcanto, le parole di Tim Berners-Lee, padre fondatore del

## **L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali**

banda larga è funzionale alla migrazione dell'azione pubblica verso il digitale e alla smaterializzazione del rapporto tra amministratori e amministratori, lo Stato non può esimersi dal divulgare la cultura del *Web* e dal risaltarne il valore tra i consociati. Non basta costruire l'autostrada, metafora con cui spesso ci si riferisce alla banda larga: occorre altresì pubblicizzarne l'utilizzo, agevolare l'acquisto delle automobili e predisporre corsi di guida affinché la patente sia una meta raggiungibile per chiunque.

Si può accettare, insomma, che l'accesso a Internet non sia configurato a priori come diritto soggettivo, ma è inammissibile che l'amministrazione fornisca prestazioni esclusivamente *online* o, viceversa, che al privato sia prescritto l'uso delle risorse informatiche per rispondere a istanze dell'amministrazione, se le condizioni per connettersi e per districarsi nella giungla digitale non gli sono garantite. Per questa via, l'assoggettamento della connessione a Internet agli obblighi di servizio pubblico, che proprio la mancata definizione dell'accesso in termini di diritto consente di rifuggire, verrebbe a imporsi nella pratica come conseguenza ineluttabile.

### **3. La neutralità della Rete**

Ottenuta la connessione alla Rete e acquisite le competenze essenziali per servirsene, all'utente si dischiude infine l'universo digitale, una congerie di dati in perenne mutamento, incrementabili *ad libitum* dagli stessi fruitori. Mentre sulla natura dell'accesso al mezzo – come si è visto – la discussione è ancora nel vivo, nessun dubbio sorge sull'accesso ai contenuti che il mezzo rende disponibili, pacifica esplicitazione del diritto di informazione e di manifestazione del pensiero, diritto che in Italia riposa sugli articoli 15 e 21 della Costituzione, a seconda che lo scambio comunicativo avvenga con soggetti determinati o verso una platea di volti indistinti<sup>25</sup>. Una copertura *ante litteram* al diritto di beneficiare di Internet per l'estrinsecazione della propria personalità si rinviene anche a livello europeo, all'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ove è statuito che il diritto alla libertà di espressione, garantito a tutti,

*World Wide Web*, pronunciate nel 2011 in occasione di un convegno al Massachusetts Institute of Technology: «It's possible to live without the Web. It's not possible to live without water. But if you've got water, then the difference between somebody who is connected to the Web and is part of the information society and someone who (is not) is growing bigger and bigger».

<sup>25</sup> *Ex multis*, P. Caretti, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, 201-202.

«include ... la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera». Le stesse parole si ritrovano invariate nell'art. 11 della Carta di Nizza, proclamata in seno all'Unione europea sessant'anni più tardi. La relazione della Commissione sull'applicazione della Carta per l'anno 2014, invero, contiene per la prima volta un *focus* sulla sfera digitale, palesando l'esigenza di monitorare il corretto svolgimento dei diritti fondamentali tanto *online* quanto *offline*<sup>26</sup>.

La libertà di movimento dell'individuo che abbia penetrato il cyberspazio, insomma, soggiace esclusivamente ai limiti dati dal rispetto di diritti altrui e dalla tutela di interessi superiori, secondo la logica di bilanciamento valoriale cui la giurisprudenza ha da tempo abituato gli interpreti. L'estensione automatica a Internet delle regole stabilite per gli altri *media*, e in particolare per la stampa e la televisione, tuttavia, non è risolutoria: l'adeguatezza delle norme pensate per la dimensione fuori linea deve essere vagliata alla luce dell'originale opalescenza della Rete, refrattaria a qualsiasi frettolosa analogia<sup>27</sup>. Basti qui segnalare che, ai sensi dell'art. 1, par. 3-*bis*, direttiva 2002/21/CE (istitutiva di un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE, i Paesi membri dell'Unione europea possono imporre provvedimenti restrittivi all'accesso e all'uso del *Web* «soltanto se appropriati, proporzionati e necessari nel contesto di una società democratica»<sup>28</sup>.

Ma le restrizioni inflitte dai Governi per la salvaguardia di situazioni o beni ulteriori, pur sempre suggerite, quindi, da slanci di garantismo statale, non sono le sole che gli internauti rischiano di sopportare; potrebbero incontrarne altre, più temibili perché più caliginose, dettate unicamente dalla smania di profitto dei fornitori di servizi Internet, gli *Internet Service Providers* (*ISP*), proprietari materiali delle intelaiature del sistema. Si tratta di restrizioni occulte, di cui gli utenti faticherebbero persino ad accorgersi, in grado, ciononostante, di compromettere la loro libertà di accesso ai contenuti, distogliendoli dai siti più modesti per indirizzarli verso i più affermati e sponsorizzati.

<sup>26</sup> Relazione COM(2015) 191, pubblicata l'8 maggio 2015.

<sup>27</sup> G. De Minico, *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011, p16-17. Tra i numerosi contributi che esaminano la resistenza di Internet innanzi ai canoni tradizionali, C. Melzi d'Eril, *La complessa individuazione dei limiti alla manifestazione del pensiero in Internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2011, 571 ss.

<sup>28</sup> Sono tali, ad esempio, quelli adottati per proteggere l'immagine e i dati personali dei cittadini, per contrastare la pedopornografia o per reprimere l'incitamento all'odio e alla violenza.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

Contro la signoria dei colossi delle telecomunicazioni nella gestione del traffico *online* si erge il principio della *Net neutrality*. In base ad esso, sintetizzando e semplificando all'estremo, la Rete dovrebbe rimanere indifferente alla tipologia di dati che viaggiano lungo le proprie nervature, in modo che i servizi e le applicazioni resi disponibili ai consumatori nella prateria virtuale non subiscano discriminazioni a monte, ma gareggino a parità di condizioni per una darwiniana lotta alla sopravvivenza<sup>29</sup>. Le regole della *Net neutrality*, di conseguenza, dovrebbero impedire che gli *Internet Service Providers* (come Verizon o Comcast) forniscano un trattamento preferenziale, ovvero amplino la larghezza di banda e accrescano così la rapidità di trasmissione dei relativi dati, ai fornitori di contenuti *online* (come Google o Amazon) disposti a pagare un sovrapprezzo, attribuendo loro una migliore accessibilità e fruibilità rispetto ai fornitori di contenuti non altrettanto prodighi o abbienti. Al contempo, tali regole mirano a evitare artificiosi blocchi o rallentamenti nella somministrazione di quei servizi, quali i *VoIP* e i *peer-to-peer*, che, nell'offrire gratuitamente prestazioni concesse dagli *ISP* solo a pagamento, perturbano gli equilibri concorrenziali del mercato ove gli stessi intermediari agiscono<sup>30</sup>.

I promotori della *Net neutrality* sostengono dunque che la Rete debba restare "stupida", noncurante del contenuto dei pacchetti di dati che ospita, e che gli operatori siano tenuti a fare del loro meglio, secondo il canone del "*best effort*", affinché ciascuno di codesti pacchetti sia recapitato al destinatario, seguendo un semplice ordine di priorità temporale<sup>31</sup>. Nessun privilegio, nessuna corsia di sorpasso.

La cecità del *Network*, peraltro, rispecchia la sua primigenia architettura:

<sup>29</sup> Il riferimento a Darwin è di T. Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003, 142.

<sup>30</sup> Aiuta a comprendere il concetto di *Net neutrality* l'esempio proposto da Lawrence Lessig durante un'intervista a *Democracy Now!* (Apr. 17, 2008), che riprende un'immagine già utilizzata da L. Lessig, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 39: «Think about the electricity grid. Alright, when you plug a television into the electricity grid, it doesn't ask: "Is it a Sony television or a Panasonic television?". It doesn't ask: "Is it a toaster made in America or a toaster made in Japan?". It just runs. It just works. And that's because the electricity grid is a neutral network in this sense. You comply with the protocols – what the plug's got to look like and how much power you're taking – and it runs. That's the way the Internet was. It used to be it didn't matter whether it was a browser made by Microsoft or a browser made by Netscape or a browser made by Mozilla. It just ran because the protocols said if you follow the rules, the system will run».

<sup>31</sup> Circa i meccanismi di funzionamento della Rete, D. De Grazia, *Il governo di Internet*, Milano, Franco Angeli, 2010, 81.

Internet è stato concepito come un dispositivo includente, atto ad accettare senza distinzioni qualsiasi apporto esterno, e privo di una regia che sovrain-tenda alla distribuzione dei dati. La lavorazione, in entrata e in uscita, avviene alle estremità, senza mai passare per uno snodo centrale, in applicazione del meccanismo conosciuto tra i tecnici come *end-to-end*. Ed è grazie a questa struttura aperta, decentrata, non gerarchica, che il *Web* ha rappresentato sin dal principio un terreno fertile per l'ingegno e l'innovazione, per la competizione produttiva, per l'emersione di voci altrimenti inudibili. Persino Habermas, pur deplorando la frammentazione del dibattito mondiale causata dall'isolamento degli interlocutori in *chat rooms* private, annota come Internet abbia riattivato «the grassroots of an egalitarian public of writers and readers»<sup>32</sup>.

Internet, in sostanza, ha riattivato il fermento culturale. Da qui, un altro importante passo può agevolmente compiersi. Come è stato osservato, «quando le persone sono creative, quando producono cose nuove da cose vecchie, quando diventano produttrici della loro cultura, esse esercitano e compiono la propria libertà e diventano quel genere di persone che sono libere»<sup>33</sup>. A completamento del sillogismo, si ricava che la Rete neutra e aperta, che si alimenta dei contributi di chi la anima, e veicola gli stessi in ogni direzione possibile, senza strozzature, è portatrice di libertà.

Le ragioni del successo della *Net neutrality* nella comunità internazionale sono perciò manifeste<sup>34</sup>. Tutt'altro che semplice, per contro, si è rivelato calare il principio nella realtà, a causa della strenua opposizione attuata – com'era prevedibile – dagli *Internet Service Providers*, i soggetti che da una sua severa applicazione risulterebbero maggiormente incisi.

Mentre negli Stati Uniti il dibattito infuoca l'opinione pubblica sin dagli albori del *Web* 2.0, l'Europa ha cominciato ad interrogarsi sull'opportunità di mettere in pratica l'idea in tempi relativamente recenti. Risale al

<sup>32</sup> J. Habermas, *Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research*, in *Communication Theory*, 16 (2006), 423.

<sup>33</sup> «When people are creative, when they make new things out of old things, when they become producers of their culture, they exercise and perform their freedom and become the sort of people who are free»: J.M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *New York University Law Review*, 79:1 (2004), 2004, 35.

<sup>34</sup> Sebbene non manchino autorevoli opinioni dissonanti, come quella di C.S.Yoo, *Network Neutrality and Competition: a Complex Relationship*, in T.M. Lenard, R.J. May (eds.), *Net Neutrality or Net Neutering. Should Broadband Internet Services Be Regulated?*, New York, Springer, 2006, 25 ss.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

2009 la prima (timida) affermazione normativa del nocciolo duro del concetto, versata dalla direttiva 2009/140/CE nell'articolo 8, paragrafo 4, della già menzionata direttiva 2002/21/CE, ai sensi del quale le Autorità nazionali di regolamentazione supportano gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, ora anche «promuovendo la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o eseguire applicazioni e servizi di loro scelta» (lett. g).

Nell'articolato impianto dell'Unione, però, la promozione della “capacità” degli internauti di avere accesso ai contenuti di loro gradimento non corrisponde a un divieto *tout court*, per gli operatori di rete, di favorire la trasmissione di alcuni dati o viceversa di indebolire o bloccare la trasmissione di altri. Essa si riferisce, piuttosto, agli strumenti offerti al popolo del *Web* per conoscere con anticipo la realizzazione di simili pratiche, di guisa che la scelta dell'impresa di telecomunicazioni cui affidarsi per l'utilizzo di Internet sia informata e consapevole. Nel 2009, pertanto, il legislatore europeo ha puntato sulla trasparenza, ritenendo che la preventiva comprensione delle regole del gioco bastasse a tutelare i cittadini dalle opportunistiche differenziazioni eventualmente poste in essere dai fornitori di rete. Poiché, infatti, questi ultimi sono stati investiti dell'obbligo di esplicitare nel contratto di fornitura l'applicazione di «condizioni che limitano l'accesso e/o l'utilizzo di servizi e applicazioni» (nuovo art. 20 della direttiva 2002/22/CE), la stipula del contratto, da parte dell'utente, sottintende tacita accettazione delle suddette condizioni<sup>35</sup>.

Vero è che, in base al rinnovato articolo 22 della direttiva 2002/22/CE, le Autorità nazionali possono imporre agli ISP «prescrizioni in materia di qualità minima del servizio», per impedirne il «degrado» e per evitare «la limitazione e il rallentamento del traffico di rete», ma, stando ai risultati dell'indagine condotta tra il 2011 e il 2012 dal BEREC (*Body of European Regulators for Electronic Communications*), le restrizioni arbitrarie al flusso di dati non sono affatto cessate<sup>36</sup>. Lo stesso BEREC, in un documento redatto a dicembre 2011, non ha dunque potuto fare a meno di manifestare una certa insoddisfazione per le politiche dell'Unione europea in tema di *Net neutral-*

<sup>35</sup> In tal senso le riflessioni di F. Donati, *La gestione delle informazioni trasmesse sulla rete: il ruolo dell'Unione europea e delle organizzazioni internazionali*, in O. Pollicino, E. Bertolini, V. Lubello (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, Aracne, 2013, 62.

<sup>36</sup> Il rapporto BoR (12) 30, *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe*, è stato pubblicato il 29 maggio 2012 ed è scaricabile al link [http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Traffic%20Management%20Investigation%20BEREC\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Traffic%20Management%20Investigation%20BEREC_2.pdf).

ity, asserendo che, nell'ambito in esame, «la trasparenza è necessaria, ma non sufficiente»<sup>37</sup>.

Così, a ben tre anni di distanza dall'esaltazione appassionata dell'apertura e della neutralità di Internet ai fini dell'innovazione, della crescita economica e dello sviluppo sociale<sup>38</sup>, la Commissione europea si è rimessa al lavoro per sottoporre al Parlamento e al Consiglio una proposta di regolamento teso alla creazione di un mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche, comprensivo di misure a tutela dell'imparzialità della Rete. Con il voto del 3 aprile 2014, salutato con entusiasmo dalle associazioni sorte a presidio dei diritti in Internet, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione persino migliorativa del testo presentato dalla Commissione, nella quale si fa espresso divieto agli intermediari di operare discriminazioni tra servizi e applicazioni tra loro funzionalmente equivalenti e di limitare il «diritto» degli utenti di godere dei contenuti *online* in piena libertà, «blocando, rallentando, alterando, degradando o discriminando specifici contenuti, applicazioni o servizi, o specifiche categorie di essi» (art. 23). Sulla scorta della medesima disposizione, i *providers* sono autorizzati ad adottare misure straordinarie di gestione del traffico solo se necessarie per attuare un provvedimento giudiziario, per preservare l'integrità e la sicurezza della Rete o per prevenire o mitigare gli effetti di una congestione della Rete temporanea ed eccezionale<sup>39</sup>.

Dopo aver conosciuto modifiche e rimaneggiamenti anche in senso peggiorativo, il testo finale, raccolto nel regolamento UE 2015/2120 del 25 novembre 2015 (che entrerà in vigore a decorrere dal 30 aprile 2016), ripropone all'art. 3 i contenuti di cui si è appena dato conto e, per di più, racchiude quella che potrebbe definirsi un'affermazione esemplare di *Net neutrality*: «I fornitori di servizi di accesso a Internet, nel fornire tali servizi, trattano tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, e a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti

<sup>37</sup> BoR (11) 67, *BEREC Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches*, scaricabili al link [http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11\\_67\\_transparencyguide.pdf](http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_67_transparencyguide.pdf).

<sup>38</sup> Comunicazione della Commissione COM(2011) 222, cui è seguita, il 17 novembre 2011, la Risoluzione del Parlamento europeo sull'apertura e la neutralità della Rete in Europa P7\_TA(2011) 0511.

<sup>39</sup> P7\_TA-PROV(2014)0281, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3 aprile 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso, recante modifica delle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE e dei regolamenti (CE) n. 1211/2009 e (UE) n. 531/2012.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate» (art. 3, par. 3). Viene fatta salva – è vero – la possibilità per i fornitori di comunicazioni elettroniche di offrire «servizi diversi dai servizi di accesso a Internet ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni o servizi o loro combinazioni», ma solo a patto che la capacità della rete sia sufficiente a fornirli *in aggiunta* a tutti i servizi di accesso a Internet prestati e sempre che ciò non vada a scapito della disponibilità o della qualità generale dell'accesso a Internet per gli utenti finali (par. 5).

I fautori della *Net neutrality*, tuttavia, hanno accolto con freddezza l'adozione di questa normativa, giudicandola troppo vaga e foriera di controversie. Rispetto alla disciplina precedente si tratta indubabilmente di un salto di qualità, ma, in assenza di indicazioni applicative chiare, il rischio è che i destinatari, insinuandosi nelle maglie larghe della regolazione, la pieghino a proprio vantaggio, senza alterare, di fatto, il *modus operandi* osservato sino ad oggi.

Più limpide e circostanziate, invece, le nuove regole per l'apertura e la neutralità di Internet varate sull'altra sponda dell'Atlantico il 26 febbraio 2015. Dopo anni di tentativi falliti, la *Federal Communications Commission*, l'autorità regolatoria delle telecomunicazioni per gli Stati Uniti, ha infatti scolpito nitidamente i concetti di base (proibiti i blocchi, vietati i rallentamenti, bandite le corsie preferenziali a pagamento) e ampio spazio, tra le 400 pagine redatte a tal fine, ha dedicato all'*enforcement* delle misure previste<sup>40</sup>.

In attesa che il regolamento 2015/2120 dell'Unione europea diventi, a sua volta, vincolante, i Paesi membri sono liberi di scegliere se promuovere il principio o lasciare che sia il mercato, fermo quanto stabilito nel 2009, a dettare le sue leggi. Mentre l'Olanda e la Slovenia – per ora uniche in Europa – hanno ratificato l'imperatività del modello della *Net neutrality*, in Italia la discussione non è mai neppure decollata<sup>41</sup>. Il problema, nel no-

<sup>40</sup> Documento FCC 15-24, consultabile al sito [http://transition.fcc.gov/Daily\\_Releases/Daily\\_Business/2015/db0312/FCC-15-24A1.pdf](http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0312/FCC-15-24A1.pdf). Nella stessa occasione, quale premessa, anzi, per la valida imposizione di regole in materia, la *Federal Communications Commission* ha riclassificato la banda larga come *public utility*, ai sensi del Titolo II del *Communications Act* statunitense. Molte aziende di telecomunicazioni, peraltro, hanno avviato battaglie legali contro la nuova normazione, nella speranza che siano ora i tribunali ad infirmarla, come già avvenuto in passato con interventi della FCC di analogo tenore.

<sup>41</sup> Da ultimo, per vero, nella Dichiarazione dei diritti in Internet redatta dalla Commissione all'uopo istituita presso la Camera dei deputati (v. *supra*), appare un articolo dedicato alla neutralità della Rete, l'art. 4, che recita:

«Ogni persona ha il diritto che i dati trasmessi e ricevuti in Internet non subiscano di-

stro territorio, sta più a monte: impegnato a garantire a tutti i cittadini un accesso efficace alla Rete, il legislatore non è arrivato ancora a preoccuparsi della sua neutralità.

#### 4. Quale intervento pubblico sul *Web*?

Tra gli argomenti che osterebbero alla positivizzazione della *Net neutrality*, gli operatori delle telecomunicazioni adducono la carenza in capo ai Governi nazionali del potere di ingerirsi nell'utilizzo di beni privati, quali sono – sovente – le strutture materiali di trasmissione dei dati sul *Web*. Senonché Internet, che dell'insieme di questi stessi dati si compone, è stato da più parti definito come bene comune, un bene, dunque, da sottrarre necessariamente all'appropriazione esclusiva<sup>42</sup>. Esso, infatti, come si è già avuto modo di vedere, costituisce «il più grande spazio pubblico che l'umanità abbia conosciuto»<sup>43</sup> e le informazioni che veicola, prodotte dal lavoro incessante degli utenti, agli utenti devono tornare, in un circolo virtuoso di dilatazione e disseminazione del sapere.

Ebbene, se la finalità è la salvaguardia della conoscenza da trattamenti iniqui da parte dei *providers*, lo Stato non solo può, ma altresì deve, nell'assolvimento della sua missione di garante delle libertà fondamentali dei cittadini, entrare e spiegare autorità anche nell'arena virtuale. Le rivendicazioni di diritti proprietari sullo scheletro della Rete, così come su taluni contenuti ivi immessi (quelli protetti da *copyright*, per intenderci), non impediscono di considerare il *Web* un patrimonio collettivo insostituibile, né precludono agli Stati di intervenire affinché tale patrimonio, e i diritti che lo circondano, siano preservati. Certo, la regolazione eteroimposta va contenuta al «minimo indispensabile», alla misura appena sufficiente a reprimere l'«involuzione neocorporativa ed egoistica»<sup>44</sup> cui si assisterebbe affidando Internet all'autogoverno, allo scopo di evitare la deriva inversa, ugualmente pericolosa, data dall'apprensione alla mano pubblica del controllo incondizionato del cyberspazio.

scriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone.

Il diritto ad un accesso neutrale ad Internet nella sua interezza è condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona».

<sup>42</sup> Ampia eco ha avuto, tra tutte, l'opinione di L. Lessig, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001.

<sup>43</sup> S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet*, cit.

<sup>44</sup> G. De Minico, *Diritti Regole Internet*, cit., p17 e 19.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

In altri termini, le due situazioni contrapposte, totale anomia da un lato, bulimia normativa dall'altro, risultano parimenti indesiderabili.

Sul primo versante, è ormai recessiva l'opinione di chi ritiene che i processi di *self-regulation*, organizzati in una immaginaria *lex digitalis*<sup>45</sup>, siano idonei a tutelare gli spazi di libertà dei singoli, e ciò per la semplice ragione che le spinte più forti, nel pianeta Internet, provengono da soggetti orientati al profitto piuttosto che al benessere collettivo. Anzi, è proprio dalle logiche mercantilistiche di questi soggetti che il principio della *Net neutrality* ambisce a offrire riparo. Ecco allora che i proclami a sostegno dell'indipendenza della Rete, di cui la dichiarazione di John Barlow del 1996 rappresenta forse l'esempio magistrale<sup>46</sup>, attraggono oggi più per una questione di folklore che non per un genuino interesse scientifico. Da quando il *Web* ha raggiunto le masse, tramutandosi in terreno di conquista per le imprese e perdendo così la sua primigenia innocenza<sup>47</sup>, la regolazione spontanea rischia di servire i soli interessi utilitaristici. Al momento attuale, insomma, inneggiare all'autonomia di Internet con il preteso obiettivo di promuovere i diritti individuali significa, viceversa, attentare gravemente alla loro realizzazione.

D'altro canto, neppure un'eteronormazione minuziosa è la soluzione ottimale. Perché le libertà si esplichino, è sufficiente che la legge dello Stato ne fissi i presupposti e disponga con chiarezza le sanzioni da infliggere a chi le insidia, senza inoltrarsi sul terreno del loro concreto godimento, che deve rimanere incontaminato. È ben vero che, in quanto strumento impareggiabile per la diffusione delle informazioni, Internet solletica gli appetiti di tutti i centri di potere<sup>48</sup>, ma, per mantenersi entro una cornice democratica, la regolazione deve rigorosamente rispettare i canoni di proporzionalità e necessità, come suggerisce Frank La Rue nel suo rapporto alle Nazioni Unite citato più sopra.

<sup>45</sup> Sul punto si rimanda ai lavori di G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma, 2005.

<sup>46</sup> La *Declaration of the Independence of Cyberspace* di John Barlow, datata 8 febbraio 1996, è integralmente consultabile al link <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Il primo paragrafo, senz'altro il più noto, scandisce con fierezza: «*Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.*».

<sup>47</sup> Si riferisce ad una «perdita di innocenza» G. Sartor, *Il diritto della rete globale*, in *Cyberspazio e diritto*, 4, 2003, 69.

<sup>48</sup> Addirittura, secondo M. Castells, *The Internet Galaxy*, New York, Oxford University Press, 2001, 169, «control of information has been the essence of state power throughout history». Vedi anche *supra*, par. 2.

Gli Stati, quindi, si muovono su di un'instabile cresta montuosa, tra il dirupo dell'inerzia e la voragine dell'invadenza<sup>49</sup>. Peraltro, nell'inseguire un equilibrio così precario, il loro cammino è ulteriormente intralciato dalla vischiosità dell'oggetto che sono chiamati a disciplinare, per sua natura non frammentabile e allergico a briglie di qualunque foggia. Non potendo qui, per ragioni di spazio, affrontare compiutamente l'articolata tematica della *governance* di Internet, cui centinaia di monografie sono state dedicate, basti rilevare che le difficoltà principali consistono nell'armonizzazione delle discipline promananti dai diversi ordinamenti e nell'individuazione di un'autorità unanimemente riconosciuta a livello sovranazionale. Senza soffermarsi, dunque, sugli sforzi compiuti per una gestione della Rete il più possibile condivisa – attraverso, ad esempio, l'organizzazione annuale di un *Internet Governance Forum* o la *NETmundial Initiative*, occasioni di confronto aperto e paritario tra i vari *stakeholders* – né sugli organismi che già rivestono un ruolo di primo piano nella *governance* di Internet – come l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), ente *non profit* con sede a Los Angeles competente per l'assegnazione degli indirizzi IP e dei nomi di dominio<sup>50</sup> –, preme piuttosto evidenziare quali sono, o dovrebbero essere, i contenuti minimi della regolazione di provenienza statale.

Per un verso, come accennato al paragrafo precedente, lo Stato è tenuto a vigilare affinché l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sul *Web* non soffochi diritti altrui, provvedendo alla risposta sanzionatoria più coerente con l'esito della ponderazione degli interessi in gioco, per altro spetta al medesimo creare le condizioni per la libera diffusione e la corretta ricezione delle informazioni immesse nel circuito virtuale. Ovvero – e si ritorna così al punto di partenza del discorso – spetta allo Stato promuovere e tutelare la neutralità della Rete.

La protezione della *Net neutrality*, infatti, intercetta con riferimento a Internet le stesse esigenze che per la radiotelevisione sono soddisfatte dal vincolo del pluralismo.

Pluralismo, «tipica “formula magica”» cara al giurista<sup>51</sup>, sfoderata a più riprese dalla Corte costituzionale a giustificazione, appunto, della riserva allo

<sup>49</sup> Tra due *slippery slopes*, come scrive P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2014, 27-28.

<sup>50</sup> Su cui si vedano ampiamente B. Carotti, *L'ICANN e la governance di Internet*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007, 681 ss. e H. Klein, *ICANN and Internet Governance: Leveraging Technical Coordination to Realize Global Public Policy*, in *The Information Society*, 18, 2002, 193 ss.

<sup>51</sup> V. Zeno-Zencovich, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2005, 674.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

Stato dell'attività radiotelevisiva nazionale, prima, della persistente qualifica della Rai in termini di servizio pubblico, poi. Per «favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse» e offrire così autentica realizzazione al diritto all'informazione garantito dall'art. 21 Cost. (C. cost., sent. 5-7 dicembre 1994, n. 420), al Parlamento è stato consentito e insieme imposto, una volta caduto il monopolio statale, di disciplinare minuziosamente il settore, mantenendo pur sempre allo Stato una fetta rilevante di mercato<sup>52</sup>. Ebbene, se nel caso della radiotelevisione la concretizzazione del pluralismo, inteso come diversità di fonti informative e di opinioni, implica uno sforzo attivo da parte del legislatore, che interviene a correggere una situazione ritenuta in partenza deficitaria<sup>53</sup>, nel pianeta *Web* – plurale per statuto – il ruolo delle norme non può che essere difensivo, di rimozione delle minacce di inquinamento provenienti dalle imprese proprietarie e di conservazione dello *status quo ante*. Esattamente il ruolo che le regole contro i filtraggi, i blocchi e i rallentamenti dei dati sulla Rete si fanno carico di svolgere.

### 5. Nuova linfa al pluralismo

Le affermazioni a chiusura del paragrafo precedente sollevano questioni di non poco conto e meritano dunque un approfondimento ulteriore. Internet è davvero l'*habitat* naturale del pluralismo informativo? Le norme sulla *Net neutrality*, ove applicate, bastano realmente a rendere effettivo il valore che, secondo la Consulta, costituisce requisito indefettibile del diritto all'informazione *ex art. 21 Cost.*?

Se è vero che la pluralità delle voci, sola, non assicura automaticamente il pluralismo, essenziale restando la varietà di esse<sup>54</sup>, è vero altresì che il *Web*, grazie alla sua diffusione capillare, coniugata alla configurazione aperta che lo contraddistingue, offre ad un numero così elevato di idee l'opportunità di esprimersi da far sembrare poco realistico un appiattimento generalizzato su di un'unica voce. È semmai più probabile che siano gli utenti a polariz-

<sup>52</sup> Sul servizio pubblico radiotelevisivo e sul suo attuale significato si rimanda a G. Gardini, *RAI e servizio pubblico radiotelevisivo: la "cultura italiana" in bilico tra unità, pluralismo e mercato*, in questo stesso fascicolo.

<sup>53</sup> *Contra* V. Zeno-Zencovich, *La disciplina della radiotelevisione nella società della comunicazione*, in *Quad. cost.*, 2, 2004, spec. 329 ss.

<sup>54</sup> Secondo L. Carlassare, *Pluralismo o omologazione?*, in Id. (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, Cedam, 2007, 2, infatti, «tante "voci" possono dar vita ad un coro omogeneo».

zarsi su un'idea e ad inseguire quella, scansando la moltitudine di opinioni diversificate che popola la Rete per confezionare un pacchetto di informazioni su misura, in linea con i convincimenti già in loro ben radicati<sup>55</sup>. Il rischio che in questo modo i cittadini si isolino in bolle culturali e perdano preziose *chances* di confronto costruttivo, tuttavia, non è più elevato su Internet che su altri mezzi di comunicazione: la circostanza che, in Rete, siano i naviganti a cercare attivamente i contenuti, a differenza di quanto accade con la televisione, non esclude infatti che essi si imbattano per caso in dati indesiderati e non richiesti. Una digitazione sbagliata, una ricerca ampia che impone la consultazione di diversi risultati prima di giungere a quello atteso, il semplice accesso alla casella di posta elettronica, da compiersi sovente attraverso una pagina disseminata di *news*, consentono tutti «esposizione a nuove esperienze», con una frequenza superiore a quanto fosse immaginabile a inizio secolo<sup>56</sup>.

L'innata dimensione plurale di Internet – si diceva – rende perciò verosimile la tesi del “pluralismo realizzato”, avversata invece da autorevole dottrina sul presupposto che le informazioni reperibili *online* manchino spesso di qualità e vengano modellate dalle imprese del mercato audiovisivo sulle aspettative dei fruitori, di talché di genuino pluralismo non si potrebbe parlare<sup>57</sup>. Non v'è dubbio che sul *Web* vi siano notizie inaffidabili e incomplete, che i flussi di dati veicolati, i c.d. *big data*, scatenino una «overdose informativa» atta ad incrementare l'incertezza piuttosto che a dissolverla<sup>58</sup>, né si intende negare il fenomeno della trasformazione delle idee in beni di consumo, per cui esse cadono preda di sapienti ritocchi che le rendono appetibili e quindi acquistabili con maggiore facilità da chi è disposto a pagarle, ma da ciò inferire l'assenza di pluralismo pare francamente eccessivo.

Da un lato, non tutti i contenuti circolanti in Internet sono inseriti da soggetti economici, anzi, come più volte è stato sottolineato, il *medium* in esame si caratterizza proprio per offrire a chiunque il diritto di parola, senza che insormontabili difficoltà tecniche si frappongano e senza l'inconveniente della scarsità di risorse, che, quantomeno in origine, ha condizionato invece il regime della radiotelevisione. La deformazione delle notizie legata a intenti commerciali, per assecondare il profilo dei destinatari, non è, per-

<sup>55</sup> È la teoria sostenuta da C. Sunstein, *Republic.com*, Bologna, il Mulino, 2003, 19 ss.

<sup>56</sup> *Ibidem*, 49.

<sup>57</sup> In questi termini, M. Manetti, *Il pluralismo informativo tra vecchi e nuovi media*, in R. Pisillo Mazzeschi, A. Del Vecchio, M. Manetti, P. Pustorino (a cura di), *Il diritto al pluralismo dell'informazione in Europa e in Italia*, Roma, Rai Eri, 2012, 242 ss.

<sup>58</sup> A. Mantelero, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2012, 137.

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

tanto, conseguenza ineluttabile del sistema. D'altro lato, il fatto che talune informazioni, tra la moltitudine che inonda l'utente, siano dozzinali o, peggio, non veritiere, è un problema da non trascurare, ma inidoneo a mettere in discussione lo scenario pluralista nel quale codeste informazioni si muovono. Pluralismo informativo non significa garanzia di conoscenza, bensì, stando agli insegnamenti della Corte costituzionale, possibilità per il cittadino di «essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti» (C. cost., 24-26 marzo 1993, n. 112), possibilità che Internet certamente offre. Il pluralismo, insomma, assegna un'occasione, non una promessa, di arricchimento, e sarebbe arduo provare che in Rete le occasioni manchino.

Un rimedio alla sovrabbondanza e all'eventuale inattendibilità dei dati caricati *online* – che chiama in causa, peraltro, lo Stato, nella sua veste di curatore dell'interesse pubblico generale – può essere individuato in qualcosa che già esiste e andrebbe solo implementato: i siti *web* del Governo e delle pubbliche amministrazioni. Il cittadino alla ricerca di un'informazione seria, completa e imparziale dovrebbe sapere che soltanto sui siti di matrice statale avrebbe la certezza di trovarla e, specularmente, l'amministrazione, consapevole dell'ulteriore responsabilità che la presenza in Internet le addossa, dovrebbe adoperarsi per rendere informazioni di inappuntabile qualità.

Inoltre, più in astratto, potrebbero essere le istituzioni scolastiche a fornire a coloro che attraversano la palude informativa un supporto stabile e non soggetto a scadenza, educando gli studenti alla delicata arte della selezione. In un'epoca in cui ogni tipo di contenuto è a portata di *click*, in cui ad una domanda, quantunque frivola, i motori di ricerca rintracciano decine di risposte, spetta alle scuole, e alle università in particolare, insegnare a seccare e a trattenere solo l'indispensabile: «l'incapacità di filtrare – ha affermato Umberto Eco durante il suo intervento in occasione del XXV anniversario della *Magna Charta Universitatum* – comporta l'impossibilità di discernere» e senza discernimento non può esservi conoscenza<sup>59</sup>.

Se questo, dunque, è il nuovo ruolo che il sistema educativo superiore è chiamato ad assumere, e che in certo qual modo lo riabiliterebbe in un contesto già traboccante di nozioni in forma bruta, per concludere il percorso argomentativo resta da capire quali proposte avanza chi sostiene che, al contrario, il pluralismo non sia affatto un elemento intrinseco alla Rete e vada perciò conquistato, misurato e, nel suo attuarsi, sorvegliato. Stante l'impossibilità tecnica di stroncare sul nascere l'inserimento di notizie mendaci, faziose o frammentarie da parte di uno qualsiasi degli oltre tre miliardi di

<sup>59</sup> U. Eco, *Elogio dell'Università*, in *La Repubblica*, 30 settembre 2013.

utenti di Internet, l'unico modo per garantire serietà all'informazione sul *Web* e, quindi, in base a tale approccio, autentico pluralismo, consisterebbe nell'imporre agli intermediari, gli *Internet Service Providers*, una minuziosa verifica preventiva di ogni contenuto immesso, al cui buon esito subordinare la pubblicazione. In disparte le gravi perplessità circa l'individuazione dei canoni sulla scorta dei quali stabilire se un'informazione sia "vera" o "falsa", una situazione del genere concretizzerebbe ciò che finora si è inteso evitare con riferimento agli illeciti commessi attraverso Internet: l'art. 17, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in recepimento della direttiva 2000/31/CE, prevede infatti che il *provider*, nelle prestazioni dei servizi di semplice trasporto, *caching* e *hosting* «non sia assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

Malgrado l'esclusione dell'obbligo di controllo preventivo in capo agli intermediari non sia affatto pacifica e abbia suscitato contrasti giurisprudenziali anche vivaci, visto il calibro delle posizioni giuridiche che dal mancato controllo possono restare incise (il diritto all'immagine, ad esempio, o il diritto alla *privacy*), è per tutti evidente che fondare un simile obbligo, e la connessa responsabilità a carico degli *ISP*, equivarrebbe a determinare il progressivo decadimento dei servizi *online*, troppo rischiosi da gestire, e dell'ecosistema digitale in genere. Nemmeno la nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, resa nel caso c.d. *Google Spain* (CGUE, sentenza del 13 maggio 2014, causa C-131/12), ha ottenuto l'effetto di scalfire il regime di esenzione da responsabilità dei *providers*: l'inquadramento dei gestori dei motori di ricerca tra i titolari del trattamento di dati personali, pur gravando i medesimi dei conseguenti adempimenti informativi<sup>60</sup> (identificati, per l'Italia, dal provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 161 del 19 marzo 2015, recante «Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione *online*»), non ha loro imposto, in effetti, una verifica anticipata del rispetto del diritto alla riservatezza per ogni documento edito da terzi. Sarebbe allora un controsenso introdurre un filtro preliminare al caricamento di *file* in Rete al dichiarato intento di promuovere il pluralismo, poiché in questo modo, viceversa, il pluralismo finirebbe per essere annientato nelle sue fondamenta.

<sup>60</sup> E destando, per ciò solo, seri dubbi di ragionevolezza: v. O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai Giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2014, 579-580.

## **6. Conclusioni**

Come è facile arguire dal ventaglio di riflessioni svolte, che pure si sviluppano intorno ad una tematica circoscritta, accostarsi alla dimensione giuridica di Internet significa, fondamentalmente, scopercchiare il vaso di Pandora.

Su due piani ben distinti, per tentare una sistemazione, vanno tenuti, comunque, l'accesso al mezzo e l'accesso ai contenuti che il mezzo mette a disposizione.

Quanto al primo, il principale dato che si ricava è che, nonostante le pressioni per la costituzionalizzazione del *right to access*, il Paese sconta ancora gravi *deficit* strutturali e culturali, all'origine di un consumo tutto sommato ridotto – se confrontato con la media europea – delle risorse digitali. L'affermazione formulata in premessa, che attribuisce ad Internet un ruolo di rilievo come collante del popolo italiano, va quindi, in parte, rivista, se non altro proprio perché a risultare coinvolta nel processo non è la cittadinanza intera, ma la sola percentuale “connessa” di questa. Il *digital divide* impedisce così alla Rete di esplicitare appieno quella «funzione unificante» che le sarebbe connaturata, la stessa «che i grandi servizi pubblici – ferrovie, poste, istruzione – hanno svolto a partire dal XIX secolo nel consolidamento degli Stati nazionali»<sup>61</sup>.

Resta tuttavia da capire se l'avvicinamento cui la connessione al *Web* dà luogo si compia esclusivamente sul piano fisico, come mera contrazione delle distanze geografiche, o se si estenda invece al piano sostanziale, come vera e propria fonte di unificazione sociale di un popolo. In altri termini, Internet ha reso o renderà mai possibile l'emersione di una specificità identitaria italiana? Esiste un segno distintivo della “italianità” in Rete? La risposta, che sollecita in realtà l'intervento di competenze diverse da quelle peculiari al giurista, deve partire dall'evidenza che Internet, al contrario della radiotelevisione, non conosce una programmazione differenziata da Stato a Stato e che l'unico fattore oggettivo di unità, nel «villaggio globale» preconizzato da McLuhan<sup>62</sup>, consiste in fin dei conti nella lingua. Può certamente dubitarsi che l'utilizzo dell'italiano basti a fare del *Web* uno strumento di aggregazione tra compatrioti, ma è comprovato che il processo di globalizzazione, cui lo stesso *Web* ha concorso in misura determinante, produca, quale effetto collaterale o quale antidoto, la reviviscenza del regiona-

<sup>61</sup> M. Villone, *La Costituzione e il “diritto alla tecnologia”*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, Jovene, 2010, 264.

<sup>62</sup> M. McLuhan, *The Gutenberg Galaxy*, London, Routledge, 1962.

lismo e dei localismi<sup>63</sup>. Ecco allora che Internet, transnazionale per eccellenza, diventa il luogo ideale dove riesumare le tradizioni di borgata, dove promuovere i contesti provinciali, dove rivendicare l'appartenenza a una comunità, dove disegnare, insomma, un'identità accurata di gruppo e difenderla dalle manovre di livellamento in corso: lo slancio universalista convive *online* con l'esaltazione della dimensione locale e tutto fa supporre che ciò contribuisca alla ricostruzione, su nuove fondamenta, dell'identità culturale del Paese.

La partecipazione del cittadino a questo percorso riedificativo, così come ad altre occasioni di confronto e arricchimento, dipende – come si diceva – dalla sua presenza sul *Web*. L'inserimento in Costituzione del diritto di accesso e finanche l'inclusione della banda larga tra gli obblighi di servizio pubblico, però, non risolverebbero la questione in concreto, scontrandosi pur sempre con l'impossibilità pratica di garantire ad ogni italiano il possesso di un *computer* e l'allacciamento alla Rete. Sebbene, infatti, il diritto di accesso a Internet sia un diritto in corso di maturazione, come i progressi registrati negli ultimi anni e le strategie di recente messe in campo anche in Italia lasciano supporre, esso è altresì legato a doppio filo allo stato di salute delle finanze pubbliche: la sua evoluzione, nel futuro prossimo, dipenderà pressoché esclusivamente dalla capacità di spesa e di investimento del Governo. Il lungo periodo di crisi economica che non accenna a concludersi getta così ombre sinistre sulla sostenibilità dei progetti immaginati e fa apparire utopistica l'idea di dotare i singoli cittadini di un dispositivo che si connetta alla Rete, unica vera *chance* per una completa attuazione del diritto di accesso medesimo. D'altra parte, mai nessuno ha proposto di offrire apparecchi televisivi alla collettività, benché i benefici che anche loro tramite possono ricavarsi siano innegabili. Per riprendere l'esempio di Vinton Cerf, l'inventore del protocollo TCP/IP, sancire l'esigibilità del diritto di accesso a Internet sarebbe come sostenere che sino all'Ottocento la disponibilità di un cavallo integrasse un diritto<sup>64</sup>: con il cavallo ieri, con Internet oggi, la vita

<sup>63</sup> Lo dimostra U. Kohl, *Barbarians in Our Midst: "Cultural Diversity" on the Transnational Internet*, in *European Journal of Law and Technology*, Vol 5, no. 1, 2014, edizione elettronica.

<sup>64</sup> « ... technology is an enabler of rights, not a right itself. There is a high bar for something to be considered a human right. Loosely put, it must be among the things we as humans need in order to lead healthy, meaningful lives, like freedom from torture or freedom of conscience. It is a mistake to place any particular technology in this exalted category, since over time we will end up valuing the wrong things. For example, at one time if you didn't have a horse it was hard to make a living. But the important right in that case was the right to make a living, not the right to a horse. Today, if I were granted a right to have a horse, I'm

## L'avvento di internet: accesso al mezzo e ai contenuti digitali

sarebbe senza dubbio più semplice, ma il diritto alla semplificazione non trova purtroppo cittadinanza nel nostro ordinamento.

Lungi dal proporre l'abbandono del cammino normativo intrapreso per l'abbattimento del *digital divide*, che resta operazione importante e meritoria, l'invito è semmai a una meditazione più attenta intorno al principio di neutralità della Rete, con il quale si giunge dunque a discorrere dell'accesso ai contenuti.

Guadagnato l'ingresso in Internet, in effetti, il cittadino può legittimamente – ora sì – avanzare una pretesa nei confronti dello Stato, chiedendo che il godimento del mezzo sia sottratto a interferenze nocive e che il pluralismo spontaneo del *Web* non venga sacrificato a vantaggio di interessi di mercato. La varietà delle fonti e delle informazioni naturalmente fruibili su Internet, che invita ad aderire alla tesi del «pluralismo realizzato», stimola, poi, un'ultima, intrigante considerazione: vista la progressiva convergenza verso un bacino unico dei *media*, la circostanza che il pluralismo sia già affermato in uno degli affluenti non può non riverberarsi sugli altri. L'argomento decisivo per stemperare le rigide regole a tutela del pluralismo in televisione, da più parti contestate, potrebbe trovare proprio qui un solido ancoraggio.

### *Abstract*

*Studying the role of the media in the process of Italian cultural unification, the Internet comes to light for its distinctive status: its relatively short life is, in effect, counterbalanced by an exceptional pervasivity and an impressive innovatory force. The attitude of the Web to facilitate the enjoyment of individual freedoms and democratic participation raises the question whether Net access should be considered a fundamental right and consequently protected by the Constitution. After having dealt with the questionable constitutionalization of the right to access the Internet and once showed the penetration of the medium in Italy, the essay dwells on the close matter of access to digital contents, which should be granted to any user with no restrictions at all. Then the article introduces the debate on Net neutrality and tries to demonstrate that an equal treatment of data packets flowing online is a necessary and sufficient condition for the defense of informative pluralism, naturally occurring on the Internet.*

not sure where I would put it»: così V.G. Cerf, *Internet access is not a human right*, in *The New York Times*, 4 gennaio 2012.



CARLA BARBATI

## LO SPETTACOLO NELLA STORIA ISTITUZIONALE ITALIANA: «PERCHÉ TUTTO RIMANGA COM'È»\*

SOMMARIO: 1. Un «laboratorio» per le trasformazioni dell'ordinamento. – 2. La genesi dell'interesse pubblico per lo spettacolo: il periodo fascista. – 3. Luci e ombre, nella «lenta» fondazione dello Stato repubblicano. – 4. Lo spettacolo e il difficile avvento dello Stato plurale. – 4.1. Il confronto con le «ragioni» delle privatizzazioni. – 4.2. (segue) ... e con le «ragioni» del decentramento. – 5. Lo spettacolo nello Stato differenziato: dopo il 2001. – 6. La rinuncia a politiche di sistema. – 6.1. Il cinema: il debole decentramento «dall'alto». – 6.2. Lo spettacolo dal vivo: «prove» di un ritorno al centro statale e di un debole decentramento «dal basso». – 7. ... «perché tutto rimanga com'è».

### **1. Un «laboratorio» per le trasformazioni dell'ordinamento**

Lo spettacolo quale ambito di attività eterogenee, anche quanto ad attenzioni ottenute presso le diverse sedi legislative e amministrative, racconta di politiche pubbliche fortemente correlate alle tante sfide che hanno accompagnato la costruzione del nostro ordinamento meglio di quanto possano altre espressioni della cultura, oggetto di apparati regolatori risalenti e consolidati, come tali impegnati in trasformazioni essenzialmente interne, volte a rigenerarli.

Se un tratto infatti contrassegna il percorso normativo dello spettacolo, nella storia istituzionale italiana, questo ben può ravvisarsi nella sua elevata permeabilità a istanze esterne, derivanti dalle condizioni e dai mutamenti del contesto, che in esso hanno trovato uno «spazio aperto» per manifestarsi sino a diventare causa delle scelte e dei silenzi che hanno connotato e tuttora connotano lo statuto debole, incerto e, per taluni aspetti, ancora in cerca di definizione delle diverse attività nelle quali si estrinseca.

Ricostruire questo percorso significa, pertanto, confrontarsi con una

\* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti per il 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara.

sequenza di misure che non sono riuscite a generare politiche di sistema capaci di rispondere alle necessità e di riconoscere le potenzialità di un ambito, funzionale alla costruzione di un'identità culturale nazionale, che è stato ed è rimasto «laboratorio», quasi «banco di prova», delle tante trasformazioni alle quali è stato chiamato il nostro ordinamento per essere poi lasciato, in taluni casi restituito, a un quadro normativo che ancora attende quelle riforme sempre annunciate, talvolta tentate, spesso abbandonate.

## **2. La genesi dell'interesse pubblico per lo spettacolo: il periodo fascista**

Le importanti relazioni dello spettacolo con le variabili dei contesti iniziano a palesarsi già nelle politiche delle quali è fatto oggetto a partire dagli anni Venti del secolo scorso. Dopo il primo manifestarsi di un interesse pubblico alla sua promozione nelle forme puntiformi dei provvedimenti di spesa, a favore delle compagnie liriche e di prosa, adottati sotto il ministero di Benedetto Croce<sup>1</sup>, è durante il periodo fascista che lo spettacolo, assunto a mezzo di propaganda culturale, conosce un esteso intervento statale non solo indiretto, di sostegno finanziario, ma anche diretto, con la creazione di strutture tramite le quali il potere pubblico si fa operatore del settore, tracciando le linee di una presenza che ancora si manifesta.

<sup>1</sup> Come si legge nel promemoria sui «provvedimenti per il teatro lirico e drammatico» della Direzione Generale Antichità e Belle Arti del Ministero della Istruzione Pubblica (Fondo Silvio D'Amico, senza data) «Fino all'anno 1900 lo Stato in Italia si è quasi del tutto disinteressato delle sorti del Teatro Nazionale. Al Teatro lirico non ha dato altro aiuto se non quello indiretto derivantegli dal mantenimento dei RR. Conservatori di Musica (...) Pel teatro Drammatico si è fatto ancor meno. Dopo l'istituzione del Sottosegretariato per le Belle Arti, si è svolta pel teatro un'azione ancora timida e inadeguata, ma tuttavia nuova negli annali della nostra Amministrazione». Si deve, pertanto, all'art.10 della l. 28 gennaio 1921, n.5, la costituzione di un Fondo per il Teatro Lirico e Drammatico, con il quale si rispose a un'esigenza di supporto dello Stato da tempo manifestata. Tuttavia, nella relazione del 14 luglio 1921, n. 28, indirizzata al Sottosegretariato per le Belle Arti, la Commissione Permanente per le Arti Musicale e Drammatica (con segretario D'Amico e componenti come Mascagni, Pirandello e Puccini), rilevava come «perché da questi fondi si ottenga anche tutto quell'unico economico che può trarsene per l'arte (...) non convenga affatto disperderli in molti piccoli sussidi da distribuirsi fra le varie Imprese, compagnie istituti ecc. del genere di quelli enumerati nell'articolo 1° del Regolamento 26 giugno 1921 per l'esecuzione» della legge n. 505/1921. (Bollettino Ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione). Da qui, si passò a prevedere concorsi per la concessione di contributi biennali, tramite i quali si diede avvio a una politica di incentivi statali estemporanei al settore che proseguirà per tutti gli anni Venti.

## lo spettacolo nella storia istituzionale italiana

È in quegli anni, infatti, che si assiste alla trasformazione in soggetti pubblici «nazionali» di organismi sorti in precedenza, anche su iniziativa privata, dei quali il regime riconosce la rilevanza per le finalità di formazione alla cultura fascista.

Con r.d. 7 agosto 1925, n. 1767, l'Istituto Nazionale del Dramma Antico, operativo dal 1914, acquisisce la veste di istituzione nazionale. Pochi mesi dopo, con r.d.l. 5 novembre 1925, n. 1985, si approva la convenzione 5 ottobre 1925 per la creazione dell'Istituto per la propaganda e la cultura a mezzo della cinematografia: l'Unione Cinematografica educativa (L.U.C.E), quale «ente morale autonomo», chiamato a curare la «diffusione della cultura popolare e della istruzione generale per mezzo delle visioni cinematografiche messe in commercio alle minime condizioni di vendita possibile o distribuite a scopo di beneficenza e propaganda nazionale e patriottica»<sup>2</sup>, riordinato con r.d.l. 24 gennaio 1929, n.122, quando gli si assegnano le funzioni di organo tecnico delle Amministrazioni statali e del partito nazionale fascista per la produzione, per conto degli stessi, di pellicole educative e di propaganda.

Interventi, ancora sperimentali, che si consolidano, accanto al rafforzamento delle misure d'incentivazione finanziaria, intorno alla metà degli anni Trenta quando lo spettacolo dà contenuto e motivo anche a soluzioni organizzative per il suo governo.

Dopo la costituzione nel 1937 del Ministero per la cultura popolare<sup>3</sup>, precedenti apparati, collocati presso il Sottosegretariato di Stato per la stampa e la propaganda, come l'Ispettorato del teatro, istituito con r.d.l. 1 aprile 1935-XIII, n. 327, convertito in l. 6 giugno 1935-XIII, n. 1142, com-

<sup>2</sup> Cfr. r.d.l. 5 novembre 1925, n. 1985, «Creazione dell'Istituto nazionale per la propaganda e la cultura tramite la cinematografia, denominato «L'Unione Cinematografica Educativa.-L.U.C.E», quale ente avente «per oggetto la produzione e la diffusione sia di pellicole di propria che di altrui fabbricazione, aventi carattere esclusivamente educativo, culturale, scientifico, di propaganda sociale, economica, igienica, agraria, professionale e nazionale e comunque destinate al complemento dell'istruzione e alla elevazione della cultura generale» (art.1 convenzione costitutiva allegata al decreto). Con r.d.l 3 aprile 1926, n.1000 si stabilì, poi, per tutti i cinematografi l'obbligo di proiettare pellicole a scopo di educazione civile, di propaganda nazionale e di cultura varia, fornite dall'Istituto L.U.C.E. Su queste vicende, v. P. V. Cannistraro, *Il cinema italiano sotto il fascismo*, in *Storia contemporanea*, 1972, 416 ss.

<sup>3</sup> Benché il riferimento sia sovente alla costituzione di un nuovo Ministero, in realtà con il r.d. 27 maggio 1937, n. 752 si operò il solo mutamento di denominazione del precedente Ministero per la Stampa e la Propaganda istituito con r.d. 24 giugno 1935, n. 1009, come ampliamento del Sottosegretario di Stato per la Stampa e la Propaganda che il r.d. 6 settembre 1934, n. 143 aveva creato, sulla base del precedente Ufficio Stampa del Capo del Governo costituito nel 1922, ponendolo alle dirette dipendenze del capo del Governo.

petente sulle «provvidenze» a favore delle attività teatrali e musicali, e la direzione generale per la cinematografia, costituita con R.d. 18 settembre 1934-XII n. 1565 con compiti di sostegno al cinema anche commerciale e non solo documentario, diventano direzioni generali del Ministero<sup>4</sup>.

Degli stessi anni è la creazione di altri organismi deputati a intervenire direttamente nel settore dello spettacolo soprattutto cinematografico, considerato l'«arma più forte» di propaganda culturale, perciò attività di interesse pubblico. Con R.d.l. 21 gennaio 1935 si dà vita, nella forma della «società anonima di diritto privato», all'Ente Nazionale Industrie Cinematografiche (ENIC) tramite il quale l'Istituto Luce, che lo controlla per il 90%, entra nella produzione cinematografica. Il 29 gennaio 1935 nasce Cinecittà, i cui stabilimenti sono inaugurati il 28 aprile 1937 e, sempre nel 1935, sorge il Centro Sperimentale di Cinematografia<sup>5</sup>.

Quanto allo spettacolo dal vivo, è quello lirico a conoscere gli interventi più significativi, con le prime trasformazioni in soggetti di natura pubblica dei teatri presso i quali si produce e rappresenta. Sulla scorta della nascita, nel 1921, per iniziativa di Arturo Toscanini, dell'Ente autonomo Teatro alla Scala si avvia un processo che si completa con il R.d.l. 3 febbraio 1936, n. 438<sup>6</sup>, quando si dispone che la gestione diretta delle stagioni liriche da parte dei comuni e degli altri enti autonomi avvenga, all'interno di un modello uniforme, tramite enti speciali senza fini di lucro, denominati enti autonomi del teatro, provvisti di personalità giuridica propria e con un finanziamento tratto, oltre che dagli incassi, dai contributi dei comuni e di altri soggetti pubblici e privati. Lo Stato, chiamato ad approvarne i programmi di attività, si prevede intervenga a coprirne solo i disavanzi.

Misure che intendono così essere di sostegno a un settore che già conosceva una contrazione significativa del pubblico e degli incassi, alle quali si affiancarono altre iniziative come l'organizzazione dell'Estate musicale ita-

<sup>4</sup> L'Ispettorato del teatro, in particolare, divenne direzione generale del Ministero con il R.d.l. 24 settembre 1936, n. 1834, per effetto del quale l'apparato ministeriale veniva ad essere così articolato in sei direzioni generali. Con il medesimo decreto veniva posto alle dipendenze del Ministero anche l'Istituto nazionale Luce nonché, quanto alle strutture operanti nel settore, l'Istituto Nazionale del Dramma Antico.

<sup>5</sup> D. Manetti, *Un'arma poderosissima: industria cinematografica e Stato durante il fascismo 1922-1944*, Milano, Franco Angeli, 2012 e M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, Milano, Giuffrè, 2008, 59 ss.

<sup>6</sup> Con questo decreto recante la «Disciplina degli enti lirici e delle stagioni liriche e concertistiche gestite dai comuni e dagli enti autonomi», si avvia dunque un processo che nel 1943 condurrà a riconoscere già dieci enti lirici e le cui linee connoteranno la disciplina di questa forma di spettacolo sino agli anni Sessanta del Novecento.

liana e, nel 1937, la costituzione del Centro lirico italiano per il coordinamento delle attività liriche<sup>7</sup>.

Le restanti attività di spettacolo dal vivo e, in particolare, quelle teatrali sono invece oggetto di un'attenzione dedicata principalmente alla formazione degli attori e dei registi. Con r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1882, la Regia Scuola di Recitazione di Roma Eleonora Duse<sup>8</sup> è trasformata nella Regia Accademia di Arte Drammatica, poi riordinata con r.d.l. 1 luglio 1937, n. 1369, come scuola statale per il teatro «drammatico», dipendente dal Ministero dell'Educazione nazionale<sup>9</sup>.

Per ciò che concerne l'intervento pubblico indiretto, è di questi anni la ricerca di soluzioni che superino il modello dei provvedimenti di spesa non programmati né coordinati ed è ancora una volta il cinema, considerato lo spettacolo popolare per eccellenza, a sollecitare la prima legge, in ambito europeo, di sostegno economico alle produzioni cinematografiche nazionali.

Tale è la l. 18 giugno 1931, n. 918, con la quale iniziano a stabilirsi i requisiti che qualificano come nazionale, e perciò meritevole d'incentivazione finanziaria, un'opera filmica. Si richiede così, e fra l'altro, che «il soggetto sia di autore italiano o almeno sia stato ridotto o adattato per la riproduzione in Italia da autore italiano», che «la maggioranza del personale direttivo, artistico, tecnico ed esecutivo sia di nazionalità italiana», che gli «interni e gli esterni siano stati girati in Italia», con eccezioni ammesse, quanto agli esterni, per particolari esigenze inerenti al soggetto delle pellicole<sup>10</sup>.

Il sistema di contribuzione, commisurato agli incassi, è in realtà configurato come «premio» all'industria nazionale che si dimostri capace, di là dalla qualità dei prodotti, di attrarre il maggior numero di spettatori<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> In materia, cfr. F. Ferrari, *Intorno al palcoscenico: storie e cronache dell'organizzatore teatrale*, Milano, Franco Angeli, 2012, 49.

<sup>8</sup> Cfr. lo Statuto approvato con R.d. 7 gennaio 1926, n. 505.

<sup>9</sup> A quanto ricordato nel testo, si può qui aggiungere che è in quegli anni che inizia a diffondersi anche la gestione diretta, da parte del Partito Nazionale Fascista e dell'Opera Nazionale Dopo lavoro, delle sale sia per le rappresentazioni teatrali sia per gli spettacoli cinematografici.

<sup>10</sup> Cfr. art. 2, l. 18 giugno 1931, n. 918, recante «Disposizioni a favore della produzione cinematografica nazionale»

<sup>11</sup> In proposito, cfr. *I provvedimenti a favore della cinematografia nazionale*, in *Lo spettacolo italiano*, nn. 7-8, 1931, 269-270 per le dichiarazioni rese, in tal senso, anche dall'allora ministro Bottai. Legge che sarà presto abrogata dal R.d.l. 5 ottobre 1933, n. 1414, convertito dalla l. 5 febbraio 1934, n. 320, cui faranno seguito altri provvedimenti sino alla ridefinizione delle modalità dell'intervento operata dal R.d.l. 16 giugno 1938, n. 1061, «Provvedimenti a favore dell'industria cinematografica nazionale».

Una *ratio* di sostegno all'industria cinematografica «nazionale» che trova ulteriori sviluppi nei provvedimenti con i quali, dal 1933, s'impongono barriere fiscali all'importazione di pellicole straniere, s'interviene con la l. 13 giugno 1935, n. 1083, sull'esercizio cinematografico, imponendo agli esercenti di proiettare ogni tre pellicole sonore estere una nazionale e, sempre nel 1935, s'istituisce la Sezione autonoma per il credito cinematografico presso la Banca Nazionale del Lavoro, autorizzata a erogare finanziamenti a favore della produzione e della distribuzione di pellicole nazionali nonché per l'esercizio cinematografico<sup>12</sup>.

Le politiche di sostegno a favore della produzione cinematografica nazionale diventano politiche di protezione «autarchica» con il R.d.l. 16 giugno 1938, n. 1061, convertito nella l. 18 gennaio 1939 n. 458, la cosiddetta legge Alfieri, volta a introdurre un sistema di aiuti automatici, sotto forma di premi, ai film nazionali «di metraggio non inferiore ai 1.500 metri» e con il R.d.l. 4 settembre 1938-XVI, n. 1389, tramite il quale si potenziano le misure protezionistiche, affidando all'ENIC il monopolio «per l'acquisto, l'importazione e la distribuzione in Italia, possedimenti e colonie dei *filmi* cinematografici provenienti dall'estero», la cui circolazione viene così sottoposta a una licenza che equivale a controllo della produzione cinematografica straniera, in primo luogo, degli Stati Uniti<sup>13</sup>.

Quanto al finanziamento dello spettacolo dal vivo, è con la ricordata costituzione dell'Ispettorato del Teatro che prende avvio un sistema di «provvidenze», a valere sugli abbonamenti alle radioaudizioni, a favore di «ogni forma di attività teatrale e musicale». Iniziative cui fanno seguito, fra gli altri, il R.d.l. 16 giugno 1938-XVI, n. 1150, convertito nella l. 18 gennaio 1939, n. 466, recante le norme per il credito (agevolato) edilizio teatrale e il R.d.l. 16 giugno 1938-XVI, n. 1547, convertito in l. 18 gennaio 1939-XVII, n. 423, concernente l'erogazione delle sovvenzioni destinate «sia nell'interno dello Stato che all'Estero», alle «attività del Teatro italiano,

<sup>12</sup> Cfr. R.d. 14 novembre 1935, n. 2504.

<sup>13</sup> La legge Alfieri, dal nome dell'allora ministro della Cultura Popolare, prevedeva, in particolare, un premio pari al 12% dell'introito lordo, cui si aggiungevano altri premi quanto più il film incassava. Come effetto di queste politiche, sviluppate anche dal R.d.l. n. 1389/1938, dal 1° gennaio 1939 si ebbe il ritiro dal mercato italiano delle quattro principali *major* di Hollywood e l'inizio del cd. «monopolio autarchico», in esito al quale il numero dei film italiani passò da 31 che erano alla fine del 1937 a 119 nel 1942 e, parallelamente, il numero dei film americani importati in Italia scese dai 162 del 1938 ai 36 del 1940. Su queste vicende, v. G.P. Brunetta, *Il cinema italiano di regime- Da "La Canzone d'amore" a "Osessione"*, Bari, Laterza, 2009, e A. Sangiovanni, *Le parole e le figure: storia dei media in Italia dall'età liberale alla seconda guerra mondiale*, Roma, Donzelli, 2012, spec. 264.

## lo spettacolo nella storia istituzionale italiana

lirico e drammatico, di operette e di rivista, nonché quelle di Enti e di società di concerti e in genere tutte le iniziative connesse allo sviluppo delle attività musicali e teatrali, ad eccezione degli avanspettacoli e degli spettacoli di varietà». Sovvenzioni, concesse dal Ministero della Cultura Popolare, che si prescrive «debbono avere carattere integrativo di altre sovvenzioni concesse dalle Province, dai Comuni o da altri enti locali, oppure del capitale privato»<sup>14</sup>.

Prende in tal modo corpo una presenza pubblica e, in particolare, statale fatta di interventi tramite i quali i pubblici poteri agiscono sia direttamente come operatori sia indirettamente come regolatori delle diverse attività attraverso modalità di finanziamento che dettano, in sede amministrativa, le condizioni oggettive e i requisiti soggettivi per usufruirne e perciò provvisti di quella capacità conformativa del settore, ben oltre il carattere «nazionale» delle opere, che si affermerà come elemento qualificante delle politiche di cui lo spettacolo sarà, da allora e sin qui, oggetto.

### 3. Luci e ombre, nella «lenta» fondazione dello Stato repubblicano

Se nei primi anni della Repubblica la legislazione in materia di spettacolo continua a essere costituita dalle norme del periodo fascista, è quando si avviano i processi di fondazione dello Stato repubblicano che anche per lo spettacolo qualcosa inizia a cambiare, sia pure lentamente come lento fu il recepimento dei principi che la Costituzione del 1948 poneva a fondamento dell'organizzazione e dei compiti dei pubblici poteri<sup>15</sup>.

Con l'istituzione, per opera della l. 31 luglio 1959, n. 617, del Ministero del Turismo e dello Spettacolo al quale vengono devolute le attribuzioni che dal 1948 erano assegnate alla Direzione Generale per lo Spettacolo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>16</sup>, anche questo ambito

<sup>14</sup> Cfr. art. 3 DM 16 dicembre 1943-XXII, n.993, recante «Nuove norme per la concessione di sovvenzioni a favore delle manifestazioni teatrali e musicali», con il quale si abrogò il r.d.l. n.1547 del 1938, al fine di rendere «più rapida ed agevole» la procedura di erogazione delle sovvenzioni.

<sup>15</sup> Sul punto, cfr. M.S. Giannini, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano*, in *Regione e governo locale*, 1981, n. 6, 17-40.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione delle vicende che hanno accompagnato l'istituzione di questo Ministero, cfr. A. Giannini, *Il diritto dello spettacolo*, Roma, Jandi Sapi, 1959, 179 e P. Caretti, *Diritto dell'informazione. Stampa, radiotelevisione, teatro e cinema*, Bologna, il Mulino, 1994, 169 ss. Una scelta che, come si legge nella Relazione (Lucifredi) della I Commissione Perma-

inizia ad acquisire quell'identità di settore che continuerà a essergli assicurata da norme essenzialmente organizzative.

Benché la presenza e l'azione di un Ministero ad esso dedicato e di esso responsabile fosse stata presentata, dagli stessi proponenti, come soluzione necessaria a soddisfare le esigenze di un ambito cui lo Stato non può restare estraneo, «senza mancare a un suo primario dovere» oltre che funzionale a un'urgente «organica sistemazione dei servizi dello spettacolo»<sup>17</sup>, quanto alla disciplina sostanziale delle attività del settore, solo alcune diventano gradualmente oggetto di provvedimenti legislativi volti a ridefinire taluni profili dell'intervento pubblico, sia pure all'interno di una normativa «stanca», quasi rituale, nella quale si ripetono, con limitati correttivi, soluzioni già sperimentate.

Ed è il cinema, ancora una volta, la prima forma di spettacolo a ottenere queste rinnovate attenzioni da parte di un legislatore che assegna alla presenza pubblica, in questo peculiare ambito di attività, nuove modalità per esprimersi.

In conformità alle linee che con la costituzione, tramite la l. 22 dicembre 1956, n. 158, del Ministero per le partecipazioni statali guidano l'organizzazione in sistema dell'azionariato di Stato<sup>18</sup>, anche le quote di capitale sociale nel settore sono affidate alla gestione di un apposito apparato, qual è l'Ente Autonomo di Gestione per il Cinema (EAGC) costituito con d.P.R. 7 maggio 1955, n. 575.

Al controllo dell'EAGC chiamato ad assicurare, secondo i principi della successiva l. 2 dicembre 1961, n. 1330<sup>19</sup>, una produzione cinematogra-

nente della Camera dei Deputati al disegno di legge istitutivo, presentata il 26 luglio 1959, intendeva anche rispondere all'esigenza, già allora riconosciuta, di «liberare la Presidenza del Consiglio dai compiti di amministrazione attiva propri di singoli settori di azione dello Stato» e consentirle così il miglior espletamento dei suoi compiti istituzionali di coordinamento.

<sup>17</sup> In questo senso, cfr. sempre Relazione (Lucifredi) della I Commissione Permanente della Camera dei deputati al disegno di legge istitutivo del Ministero.

<sup>18</sup> Sul cd. sistema delle partecipazioni statali, cfr. per tutti, F Merusi-D. Iaria, voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. Giuridica Treccani*, Roma, 1990, 3 ss. e in precedenza S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1962, spec. 59 e 74-75.

<sup>19</sup> È questa la legge intitolata all'«Attività e disciplina dell'Ente autonomo di gestione per il cinema», con la quale si autorizza il Ministero delle Partecipazioni statali a costituire una società per azioni avente per oggetto l'esercizio dell'industria cinematografica, legittimata ad esercitare, a favore delle pubbliche amministrazioni e degli enti sottoposti al controllo dello Stato, i medesimi compiti già esercitati dall'Istituto Nazionale Luce, e le cui partecipazioni azionarie sono attribuite in proprietà all'EAGC (in questo senso artt. 1 e 3 della l. n. 1330/1961).

fica di qualità artistica e culturale e a predisporre un programma annuale di attività attinenti anche alla distribuzione e promozione delle opere, vengono ricondotti Cinecittà, il Centro sperimentale di Cinematografia, l'Istituto Luce e, dal 1967, l'Italnoleggio cinematografico.

Quanto all'intervento indiretto, nuove regole sono dettate dalla l. 4 novembre 1965, n. 1213, con la quale si riconosce il cinema «mezzo di espressione artistica, di formazione culturale, di comunicazione sociale», provvisto di importanza economica e industriale. Le attività «di produzione, di distribuzione e di programmazione di film», dichiarate «di rilevante interesse generale», sono ritenute meritevoli di un sistema di misure e di aiuti finanziari destinati a sostenere soprattutto le «iniziative volte a valorizzare e diffondere il cinema nazionale con particolare riguardo ai film di interesse artistico e culturale», in ragione delle condizioni che ne assistono la realizzazione e ne definiscono la «nazionalità italiana» nonché lo stesso «interesse culturale nazionale»<sup>20</sup>.

Ritorna in tal modo la rilevanza della nazionalità, ai fini dei benefici accordati dalla legge, e ritornano i requisiti dell'essere il film di «autore italiano oppure ridotto o adattato da autore italiano», con «il regista [...] italiano e italiani, in maggioranza, gli sceneggiatori», con «almeno due terzi dei ruoli principali ed almeno i tre quarti dei ruoli secondari [...] affidati a interpreti italiani» e le diverse figure di personale tecnico in maggioranza o interamente italiane.

Condizioni comunque configurate in termini compatibili con il nuovo contesto CEE e con le normative concernenti sia la libera circolazione dei lavoratori sia la realizzazione di un mercato comune della cinematografia, per il quale è richiesta una progressiva eliminazione delle restrizioni all'importazione di film che vale a «liberare» il requisito della «nazionalità» dalle connessioni con le politiche protezionistiche del periodo fascista<sup>21</sup>.

Anche le attività musicali e di danza ricevono, in questi anni, una prima disciplina organica con la l. 14 agosto 1967, n. 800, intitolata al «Nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali». Con questo provvedimento, tuttora vigente in alcune disposizioni, si dichiara, quale presupposto degli interventi pubblici di sostegno, il «rilevante interesse gene-

<sup>20</sup> Cfr. artt. 1 e 3, l. n. 1213 del 1965, «Nuovo ordinamento dei provvedimenti a favore della cinematografia».

<sup>21</sup> Cfr. in particolare, il Regolamento n. 38/64 CEE del Consiglio del 25 marzo 1964 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità e la Direttiva 63/607/CEE del Consiglio del 15 ottobre 1963 ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di cinematografia.

rale» dell'attività lirica e concertistica, «in quanto intesa a favorire la formazione musicale, culturale e sociale della collettività nazionale».

Si dà in tal modo avvio a un sistema di finanziamento nuovo che conserva tuttavia la capacità conformativa del settore che era dei precedenti modelli. La concessione di quelle che la l. n. 800/1967 definisce «idonee provvidenze» per la «tutela e lo sviluppo» delle attività musicali, destinando ad esse appositi fondi iscritti nei capitoli dello stato di previsione del Ministero del Turismo e dello Spettacolo, è infatti subordinata a condizioni oggettive e soggettive quali il tipo di spettacolo, la composizione delle masse orchestrali, le imprese da utilizzare per le produzioni<sup>22</sup>, che diventano criteri di regolazione cui si riferiscono anche le circolari annuali con le quali si disciplinano gli aspetti procedurali dei finanziamenti.

Quanto allo spettacolo lirico-sinfonico riconosciuto, già con R.d.l. 30 maggio 1946, n. 538, possibile destinatario di contributi diretti anche da parte dello Stato, riceve, nell'ambito della medesima legge del 1967, una disciplina dedicata che si estende alle stesse strutture preposte alla sua produzione e rappresentazione. Nascono undici enti autonomi lirici e due istituzioni concertistiche assimilate<sup>23</sup>, provvisti di personalità giuridica di diritto pubblico, sottoposti alla vigilanza del Ministero del Turismo e dello Spettacolo e assoggettati a una normativa speciale che peraltro mostrò subito un'inadeguatezza alla quale non si riuscì a ovviare con nuovi interventi organici, ma solo con ricorrenti provvedimenti volti a coprirne i fabbisogni finanziari.

Le attività teatrali di prosa continuano invece a rimanere prive di una disciplina legislativa che stabilisca criteri e modalità degli interventi pubblici. Un primo correttivo è introdotto quando, con l. 9 agosto 1973, n. 513, recante «Interventi finanziari a favore del teatro di prosa», si prevede uno stanziamento annuo fisso, per il «sovvenzionamento delle manifestazioni teatrali di prosa» e si forniscono talune indicazioni generali in merito ai soggetti beneficiari, identificati preferibilmente, e fra gli altri, nei teatri a gestione pubblica nonché negli organismi teatrali costituiti fra enti locali o dalle regioni e dagli enti locali.

<sup>22</sup> Cfr. artt. 27 e 29, l. n. 800/1967.

<sup>23</sup> L'art. 6, l. n. 800/1967 riconosceva come enti autonomi lirici: il Teatro Comunale di Bologna, il Teatro Comunale di Firenze, il Teatro Comunale dell'Opera di Genova, il Teatro alla Scala di Milano, il Teatro San Carlo di Napoli, il Teatro Massimo di Palermo, il Teatro dell'Opera di Roma, il Teatro Regio di Torino, il Teatro Comunale Giuseppe Verdi di Trieste, il Teatro La Fenice di Venezia, l'Arena di Verona. Come istituzioni concertistiche assimilate furono invece riconosciute l'Accademia di Santa Cecilia di Roma e l'Istituzione dei concerti e del teatro lirico Giovanni Pierluigi da Palestrina di Cagliari.

## **lo spettacolo nella storia istituzionale italiana**

L'erogazione delle somme seguita tuttavia a fondarsi sui criteri stabiliti nelle circolari annuali, che si succedono quale unica fonte di disciplina. Alle circolari è rimesso definire i caratteri delle attività, del repertorio prodotto e distribuito, stabilire i requisiti delle strutture, pubbliche e private, legittimate ad accedere a finanziamenti gestiti centralmente, anche tramite strutture dedicate come la Sezione Autonoma per il Credito teatrale, istituita presso la Banca Nazionale del Lavoro dall'art. 41, l. n.800/1967.

Accanto all'intervento statale indiretto prosegue quello diretto, effettuato grazie a organismi quali l'Inda, l'Accademia Nazionale d'Arte drammatica, l'Ente Teatrale Italiano, istituito nel 1942 e riordinato con l. 14 dicembre 1978, n. 836, quando diventa ente pubblico non economico, incaricato di «promuovere, nel quadro delle direttive» ministeriali «l'incremento e la diffusione delle attività teatrali e di pubblico spettacolo nel territorio nazionale e all'estero».

Ma è di questi anni anche il diffondersi delle iniziative assunte, come produttori, organizzatori e distributori dagli enti pubblici territoriali attraverso il modello dei teatri stabili, da loro istituiti e finanziati. Sulla scorta dell'esempio offerto dal Piccolo Teatro di Milano, nato nel 1947, gli anni Cinquanta e Sessanta vedono impegnati in queste esperienze molti Comuni e successivamente anche altri enti di area più vasta, incluse le stesse Regioni.

### **4. Lo spettacolo e il difficile avvento dello Stato plurale**

È su questo tessuto normativo fatto di disposizioni frammentate, molte delle quali risalenti quanto ai modelli di intervento pubblico, sia diretto sia indiretto, che s'innesta il percorso aperto dalla soppressione del Ministero del Turismo e dello Spettacolo, in esito al referendum di iniziativa regionale che nel 1993 conduce all'abrogazione della sua legge istitutiva<sup>24</sup>.

Con provvedimenti di urgenza, successivamente reiterati, sino alla conversione del d.l. 29 marzo 1995, n. 97, nella l. 30 maggio 1995, n. 203<sup>25</sup>, si

<sup>24</sup> Il referendum fu celebrato il 18 aprile 1993, sulla base della richiesta presentata il 22 gennaio 1992 dai delegati dei Consigli regionali di Trentino Alto-Adige, Umbria, Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Marche, Basilicata, Toscana, Emilia-Romagna, Veneto. Con d.P.R. 5 giugno 1993, n. 175, fu così disposta l'«Abrogazione, a seguito di referendum popolare, della l. 31 luglio 1959, n. 617, recante istituzione del Ministero del turismo e dello spettacolo».

<sup>25</sup> Il primo provvedimento normativo per adeguare l'assetto del settore all'innovazione che in tal modo andava a interessare l'amministrazione statale di riferimento, è stato il d.l. 4

annuncia un riassetto organizzativo per il quale il legislatore rinvia ai decreti legislativi di trasferimento delle competenze e delle funzioni alle Regioni, in attesa delle leggi quadro per il cinema, la musica, la danza, il teatro di prosa e gli spettacoli viaggiati.

La l. n. 203/1995 prevede tuttavia anche altro; in particolare, un riordino degli enti, sottoposti alla vigilanza del Ministero del Turismo e dello Spettacolo, che si vuole informato oltre che alle «istanze della regionalizzazione» a quelle «dell'affidamento di specifiche funzioni a società o enti anche di natura privata quando ciò sia conforme a criteri di economicità e di funzionalità» (art. 3, c. 2, lett. b)).

La necessità di adeguare il governo del settore ai mutamenti che vanno a interessare l'apparato ministeriale di riferimento diventa così occasione perché lo spettacolo si faccia «laboratorio» di riforme che investono il contesto istituzionale e amministrativo, perciò «caso» capace di documentare le luci e le ombre che accompagnano la lenta costruzione dello Stato plurale.

Una discontinuità che introduce lo spettacolo a nuove politiche, capaci di qualificarlo, agli effetti delle norme sostanziali, come settore che merita discipline conformi ai principi che la Costituzione pone a fondamento della distribuzione territoriale del potere politico-amministrativo nonché rispondenti alle nuove esigenze indotte dalla necessità di contenere la sfera pubblica e razionalizzarne le risorse, ridefinendo ruolo e confini della presenza pubblica nei diversi ambiti e segnatamente in quelli, come la cultura, che non sono ad essa riservati.

Si apre in tal modo un percorso di ripensamento non solo della sua amministrazione, presso il centro statale, ma della sua stessa disciplina, poste a confronto con le principali direttrici delle riforme che avrebbero dovuto interessare l'intero sistema istituzionale e amministrativo: quella del decentramento e quella della privatizzazione.

#### *4.1. Il confronto con le «ragioni» delle privatizzazioni*

Ed è nel confronto con le privatizzazioni che lo spettacolo conosce altre «prove» di innovazioni, derivate dalle riforme che investono il contesto. Ne sono interessati, innanzi tutto, gli enti lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, oggetto di quello che si annuncia come un grande riordino

agosto 1993, n. 273, successivamente reiterato sino al d.l. 29 marzo 1995, n. 97, «Riordino delle funzioni in materia di turismo, spettacolo e sport».

<sup>26</sup> È questa la legge recante «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica».

secondo le linee definite dalla l. n. 203/1995 ma anticipate, per il complesso degli enti pubblici non economici, dalla l. 24 dicembre 1993, n. 537.

Un processo che sarà attuato con la l. 28 dicembre 1995, n. 549, il cui art. 2, c. 57 ss.<sup>26</sup> delega il governo ad adottare, entro il 30 giugno 1996, uno o più decreti legislativi volti a trasformare gli enti di prioritario interesse nazionale operanti nel settore della musica in fondazioni di diritto privato.

Con d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, si dispone perciò la loro trasformazione obbligatoria in fondazioni di diritto privato, indicando i soggetti pubblici e privati che vi avrebbero concorso e, in particolare, «i privati che si fossero obbligati per i tre anni successivi alla trasformazione a versare una somma costante per i primi tre periodi di imposta» non inferiore al dodici per cento del totale dei finanziamenti destinati alla gestione, suscettibile di condurre a una presenza privata anche maggioritaria all'interno del consiglio di amministrazione<sup>27</sup>.

Una privatizzazione pensata, dunque, non solo come utilizzo di strumenti privatistici, atti a favorire il superamento delle rigidità organizzative e di funzionamento connesse alla veste pubblicistica, ma come apertura ai privati al cui intervento è demandata sia l'acquisizione di risorse finanziarie sia la stessa possibilità di assicurarne una gestione imprenditoriale più efficiente, anche perché libera dalle precedenti, forti dipendenze dai governi locali.

Ma anche una privatizzazione che dimostra ben presto difficoltà a proporsi nella sua valenza sostanziale che si cerca perciò di agevolare con il d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134<sup>28</sup>, quando si dispone la trasformazione *ope legis* degli enti in fondazioni e si adottano misure dirette a favorire l'intervento

<sup>27</sup> Sul punto, cfr. art. 6, c. 2, e art. 10, c. 3, d.lgs. n. 367/1996, ove si stabiliva che l'apporto privato non dovesse essere comunque superiore al quaranta per cento del patrimonio della fondazione, almeno nel primo quadriennio di vita della fondazione, autorizzando un suo superamento per i periodi successivi. Si cfr., inoltre, art. 12, c. 2, ove si prevedeva, quale unico limite al coinvolgimento dei fondatori pubblici nel consiglio di amministrazione, che in esso dovessero essere presenti, almeno con un rappresentante, l'autorità di governo competente per lo spettacolo e la Regione nel cui territorio la fondazione aveva sede. Per un'analisi più compiuta del d.lgs. n. 367/1996, cfr. E. Freni, *Commento al decreto 367 del 1996*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 1120 ss.

<sup>28</sup> Il D.lgs. n. 134 del 1998, recante «Trasformazione in fondazioni degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, a norma dell'articolo 11, comma 1, lettera b) della legge 15 marzo 1997, n. 59» stabilisce pertanto che «ravvisata l'esigenza di trasformare gli enti lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, disciplinati dal Titolo II della legge 14 agosto 1967, n. 800, in fondazioni, non essendo necessaria, per l'espletamento dei loro compiti, la personalità giuridica di diritto pubblico e consentendo anzi la veste giuridica privata la possibilità di un migliore e più razionale svolgimento» delle funzioni, la loro trasformazione in fondazioni abbia luogo alla data di sua entrata in vigore (preambolo e art. 1).

di un privato che stenta a essere attratto in queste esperienze, sia per i ridotti vantaggi economici in un ambito esposto a ricorrenti *deficit* di risorse sia per l'assenza di politiche fiscali realmente incentivanti.

A esiti simili conducono i provvedimenti per la privatizzazione di altri enti operanti nel settore dello spettacolo, adottati in quegli stessi anni sulla base di disegni differenti benché egualmente volti a consentire sia la partecipazione di soggetti privati sia una gestione più efficiente delle strutture.

La trasformazione dell'ente pubblico «Centro sperimentale di cinematografia» nella fondazione «Scuola Nazionale di Cinema» (d.lgs. 18 novembre 1997, n. 426), dell'ente pubblico «La Biennale di Venezia» nella persona giuridica privata «Società di cultura La Biennale di Venezia» (d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19), dell'ente pubblico «Istituto nazionale per il dramma antico» in fondazione (d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 20) si risolvono in interventi che modificano la veste giuridica di questi organismi, non la loro natura pubblicistica<sup>29</sup>.

Analoghe misure di privatizzazione solo formale interessano il settore cinematografico che già aveva conosciuto la trasformazione dell'Ente autonomo di gestione per il cinema in società per azioni, nell'ambito dei processi di trasformazione degli enti economici in società per azioni avviati dalla l. 8 agosto 1992, n. 359, e attuati con il d.l. 23 aprile 1993, n.118, alla cui legge di conversione 23 giugno 1993, n. 202, si dovette l'estensione di queste misure anche all'EAGC<sup>30</sup>.

Nel 1998, l'Ente cinema assume la denominazione di «Cinecittà holding spa», quale società totalmente partecipata dall' (allora) Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, assoggettata, per disposizione della l. 12 luglio 1999, n. 237, alla vigilanza del Ministero per i Beni e le Attività Culturali che esercita i diritti dell'azionista.

Società, dunque, di diritto privato, come tale sottoposta alla disciplina del codice civile, ma di natura pubblica in ragione dell'influenza pressoché esclusiva dello Stato e, in quanto tale, chiamata a perseguire fini pubblici di interesse generale, come la diffusione della cultura cinematografica italiana nel mondo attraverso le società partecipate, cui compete l'attività imprenditoriale in senso proprio.

<sup>29</sup> Sul punto, cfr. G. Sciullo, *La Biennale di Venezia come società di cultura*, in *Aedon*, n. 1/1998.

<sup>30</sup> È a questa legge che si è dovuta, infatti, l'introduzione dell'art. 5-*bis*, successivamente modificato con svariati interventi legislativi.

4.2. (segue) ... e con le «ragioni» del decentramento

È questo l' «altro» confronto, in sé riproposizione di questioni aperte da quello che può considerarsi l'effettivo avvio dell'ordinamento regionale quando, dinanzi alla laconicità dell' (allora) art. 117 Cost. e ai confusi silenzi dei provvedimenti per il primo decentramento amministrativo del 1972, con il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 si giunge a una ridefinizione delle «materie» di competenza regionale, sulla base di criteri teleologici, che consentono di attrarre in esse anche le «attività di promozione educativa e culturale»<sup>31</sup>.

Con l'art. 49, c. 2, d.P.R. n. 616 del 1977 si riconosce, infatti, un possibile ruolo delle Regioni e degli enti locali anche in merito alle attività di prosa, musicali e cinematografiche nell'ambito di quella che si annuncia come la «legge di riforma dei rispettivi settori, da emanarsi entro il 31 dicembre 1979».

Legge mai approvata, la cui assenza non impedisce tuttavia il diffondersi e il consolidarsi di interventi, sia diretti sia indiretti, dei governi territoriali e, segnatamente, delle Regioni, ritenute legittimate a occuparsi di spettacolo dalle norme statutarie che le impegnano a operare per la «promozione delle attività culturali»<sup>32</sup>.

Riservandosi di adeguare le proprie normative alle leggi statali che sarebbero state adottate sulla base del d.P.R. n.616/1977, pressoché tutte le Regioni approvano numerosi provvedimenti legislativi di sostegno alle diverse attività di spettacolo, con un impegno finanziario solo di poco inferiore a quello dello Stato<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Si ricorda che il d.P.R. n. 616 del 1977 fu adottato in attuazione della delega conferita dall'art. 1, l. 22 luglio 1975, n. 382, per un completamento del trasferimento delle funzioni amministrative «capace di assicurare una disciplina ed una gestione sistematica e programmata delle attribuzioni costituzionalmente spettanti alle Regioni per il territorio ed il corpo sociale». In questo senso, realizzò quello che è stato poi definito il secondo decentramento di funzioni amministrative, successivo a quello che, in attuazione della delega conferita dall'art. 17, c. 1, lett. b), l. 16 maggio 1970, n. 281, fu disposto con i decreti delegati del 1972. Per un'analisi del significato da assegnare alla l. n. 382, come «legge di interpretazione integrativa della Costituzione», e al conseguente disegno del d.P.R. n.616, cfr., ancora, M.S. Giannini, *Del lavare la testa all'asino*, in A. Barbera, F. Bassanini, *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, Bologna, il Mulino, 1978, 7 ss.

<sup>32</sup> Sul punto, cfr. G. Ghezzi, *L'intervento degli enti locali nella politica culturale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale, Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, Giuffrè, 1977, 731 ss.

<sup>33</sup> Sui dati di quegli anni, cfr. G. Brosio e W. Santagata, *Rapporto sull'economia delle arti e dello spettacolo in Italia*, Torino, 1992 e C. Bodo, *Le risorse finanziarie per la cultura*, in *Rapporto*

Interventi e misure parallele, dunque aggiuntive, a quelle dello Stato la cui gestione accentrata dei finanziamenti aveva trovato nell'istituzione, con l. 30 aprile 1985, n. 163, del Fondo Unico per lo Spettacolo (FUS) uno strumento di ulteriore rafforzamento capace di determinare nel tempo, e ancora oggi, il modello di governo del settore e la sua «resistenza» al decentramento<sup>34</sup>.

Un confronto che diventa perciò difficile con le «istanze della regionalizzazione», le quali trovano, nello spettacolo, uno degli spazi in cui più s'incontrano con la variabile «dimensione dell'interesse», ossia con il criterio che la giurisprudenza costituzionale pone a fondamento del ruolo spettante ai diversi livelli di governo, capace di segnare tutte le vicende anche successive del settore, quasi a farsi costante «banco di prova» dei complessi processi di affermazione dello Stato autonomista.

Ed è appunto la l. n. 203, 1995 a procurare nuove occasioni a questo incontro, quando assume espressamente l'«interesse nazionale» come criterio in base al quale procedere al riordino dell'assetto delle competenze e delle funzioni.

Allo Stato dispone infatti debbano essere conservate le attribuzioni «relative a soggetti, attività, obiettivi e funzioni di prioritario interesse nazionale» ovvero concernenti «enti, associazioni o istituzioni pubbliche o private che svolgano attività di rilevanza nazionale per dimensione, anche finanziaria, tradizione e bacino di utenza, nonché quelli che costituiscono anche di fatto il circuito di distribuzione di manifestazioni nazionali e internazionali», e che tale carattere debba essere sottoposto a una verifica triennale<sup>35</sup>.

Un interesse nazionale quale criterio di per sé indeterminato e non determinabile, come più volte precisa il giudice costituzionale<sup>36</sup>, causa di in-

*sull'Economia della Cultura in Italia 1980-1990*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1994, 97 ss.

<sup>34</sup> È in particolare all'art. 1, l. n. 163 del 1985, «Nuova disciplina degli interventi dello Stato a favore dello spettacolo» che si stabilisce l'istituzione, nello stato di previsione del Ministero del Turismo e dello Spettacolo, di un «Fondo unico per lo spettacolo», destinato al «sostegno finanziario ad enti, istituzioni, associazioni, organismi ed imprese operanti nei settori delle attività cinematografiche, musicali, di danza, teatrali, circensi e dello spettacolo viaggiante» nonché alla promozione e al sostegno di manifestazioni e iniziative di «carattere e rilevanza nazionali da svolgere in Italia o all'estero». La legge istitutiva prevedeva che esso fosse triennialmente adeguato con la legge finanziaria, cadenza che in realtà non fu rispettata, già dal 1989, impedendo di fatto la programmazione triennale degli interventi.

<sup>35</sup> In questo senso, cfr. art. 2, c. 2, lett. a), l. n. 203/2005.

<sup>36</sup> In proposito, si rinvia allo «statuto» che dell'interesse nazionale, quale criterio regolatore delle competenze fra Stato e Regioni, tracciò la Corte costituzionale con sent 18 feb-

certezze interpretative che diventano le incertezze di un decentramento che, ciò nonostante, si annuncia di voler perseguire anche agli effetti del FUS, prevedendo che le corrispondenti risorse possano giungere a essere ripartite tra Stato e Regioni.

La delega per il riordino, conferita dalla l. n. 203/1995, non sarà comunque esercitata come non saranno adottate le leggi quadro per il cinema, la musica, la danza, il teatro di prosa e gli spettacoli viaggianti.

Le incertezze continuano pertanto a occupare la scena del governo e dell'amministrazione dello spettacolo, quasi accrescendosi, quando interviene il «terzo decentramento».

Con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, in attuazione della delega conferita dalla l. 15 marzo 1997, n. 59, per un rafforzamento del percorso autonomista, affidato al principio del conferimento al sistema delle autonomie di tutte le funzioni e i compiti amministrativi che non siano riservati espressamente allo Stato, le attività di spettacolo sono oggetto di una disposizione dedicata con la quale s'identificano i compiti di rilievo nazionale che devono intendersi esclusi dai conferimenti<sup>37</sup>.

Nell'art. 156, d.lgs. n. 112/1998, il legislatore offre così indicazioni che ripetono gran parte delle soluzioni proposte nei disegni di legge quadro per la disciplina delle attività teatrali (AC n. 3433) e musicali (AS n. 2619), in quel momento, all'esame delle Camere.

Quanto allo spettacolo dal vivo, considerato solo nelle sue forme del teatro di prosa, della musica e della danza, con esclusione delle attività circensi e dello spettacolo viaggiante, si ribadiscono le finalità di riequilibrio che devono connotare le azioni di promozione, programmazione e incentivazione finanziaria dello Stato.

Quanto alle attività cinematografiche, si mantengono alla competenza dello Stato le sovvenzioni e gli ausili finanziari ai soggetti operanti nel settore nonché alla Scuola nazionale di cinema oltre che la revisione delle opere cinematografiche secondo le risalenti norme degli anni Sessanta.

Allo Stato si riserva altresì l'autorizzazione all'apertura delle sale cinematografiche il cui numero di posti sia o divenga superiore a 1300. Una scelta, operata con il d.lgs. 8 gennaio 1998, n. 3, nonostante i pareri difformi

braio 1988, n.177, su cui cfr. S. Bartole, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Reg.*, 1988, 563 ss.

<sup>37</sup> Sul progetto devolutivo e di riordino istituzionale perseguito dalla l. n. 59 del 1997 e realizzato soprattutto tramite il d.lgs. n. 112/1998, recante «Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59», cfr. G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Bologna, il Mulino, 1998.

espressi dall'Antitrust<sup>38</sup>, equivalente a una liberalizzazione mancata dell'esercizio cinematografico, che da lì a pochi anni sarebbe stata motivo per un sia pur debole decentramento degli interventi autorizzatori, assegnati alla competenza delle autonomie territoriali<sup>39</sup>.

Anche queste indicazioni restano prive di concrete attuazioni e ancora una volta sono le scelte e le norme organizzative a procurare la risposta più forte alle domande di disciplina del settore.

Nell'ottobre di quello stesso anno, si istituisce infatti, con d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 386, il Ministero per i Beni e le Attività culturali<sup>40</sup>. Nell'esercizio della delega conferita dall'art.11, c.1, lett. a), l. n.59/1997 per una razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa statale che favorisca l'accorpamento delle competenze omogenee o complementari e liberi la Presidenza del Consiglio da compiti operativi e gestionali, al Mibac si sceglie di devolvere le competenze in materia, già assegnate a un apposito Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio.

Lo spettacolo ritorna così ad essere imputato a un apparato ministeriale, assegnato alla competenza di due distinte Direzioni generali, per lo spettacolo dal vivo e per il cinema, le cui attribuzioni forniscono la prima indiretta identificazione, sia pure solo descrittiva e non definitoria, delle eterogenee attività riconducibili a questo ambito.

La rinnovata presenza di un apparato ministeriale non modifica, tuttavia, la disciplina sostanziale del settore, sino a che altre trasformazioni del contesto istituzionale riporteranno lo spettacolo a farsi «laboratorio» di riforme.

<sup>38</sup> Si ricorda, in proposito, quanto l'Antitrust ebbe a rilevare, in particolare, nella segnalazione relativa all'«Accesso al mercato cinematografico» del 19 dicembre 1996, quando ritenne «particolarmente indesiderabile assoggettare ad una regolamentazione strutturale dell'offerta il settore dell'esercizio cinematografico», giudicando perciò «palesamente incongruo subordinare la localizzazione delle sale al rispetto di parametri rigidi e predeterminati in modo omogeneo a livello nazionale». Per il testo della segnalazione, cfr. [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>39</sup> Il riferimento è alla sentenza C. cost. 7 luglio 2005 n. 285, su cui v. *infra* nel testo, sub 6.a). Sentenza con la quale, pur conservandosi il regime autorizzatorio per l'apertura delle sale cinematografiche, delineato dall'art. 22, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28, si dichiara l'illegittimità costituzionale del suo comma 5, laddove si riservava all'amministrazione ministeriale la concessione dell'autorizzazione all'apertura di sale con numero di posti superiore a milleottocento. Scelta che peraltro era stata oggetto di rilievi critici anche da parte dell'Antitrust, nella segnalazione 11 dicembre 2003.

<sup>40</sup> In proposito cfr. le prime analisi che ne fecero M. Cammelli, *Il nuovo Ministero: questioni risolte e problemi aperti* e G. Pastori, *Il Ministero per i beni e le attività culturali: il ruolo e la struttura centrale*, in *Aedon*, n. 1, 1999.

## 5. Lo spettacolo nello Stato differenziato: dopo il 2001

Con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, di modifica del Titolo V, parte seconda, della Costituzione si sovvertono o, come altrimenti si preferisce dire, si «ribaltano» i principi che informano i rapporti tra Stato e autonomie territoriali.

Alle funzioni legislative si estende il modello di riparto delle competenze accolto dalla l. n. 59/1997 per le funzioni amministrative. Allo Stato è perciò attribuita una potestà legislativa speciale che lo legittima a disciplinare, in via esclusiva, solo una serie di materie o comunque di interessi identificati nel secondo comma di quello che diventa il nuovo art. 117 Cost. Le altre materie, indicate nel terzo comma, sono oggetto di una competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni, mentre quelle escluse anche da questo elenco e pertanto «innominate» s'intendono attribuite alla competenza legislativa generale-residuale delle Regioni, non assoggettate ad alcun limite ulteriore a quelli che circondano anche l'azione del legislatore statale<sup>41</sup>.

La circostanza che lo spettacolo non sia menzionato apre dunque alla possibilità, subito perseguita dalle Regioni, di attrarlo nella sfera della loro competenza esclusiva. Ancora una volta, il silenzio del legislatore costituzionale, unitamente alla scelta di ricorrere alla dubbia tecnica delle «elencazioni» per definire gli assetti delle competenze, genera incertezze che sarà il Governo a superare.

Con il d.l. 18 febbraio 2003, n. 24, convertito nella l. 17 aprile 2003, n. 82, si rinvia, infatti e ancora una volta, a una legge di definizione dei principi fondamentali in materia di spettacolo, ricondotto nel novero delle materie oggetto di competenze legislative concorrenti, in accoglimento della tesi già enunciata, in sede consultiva, dal Consiglio di Stato ad avviso del quale, per «comune sentire», lo spettacolo era da ascrivere all'ambito delle attività culturali<sup>42</sup>.

Una scelta interpretativa, poi avallata anche dalla Corte costituzionale<sup>43</sup>, con la quale s'intende rispondere essenzialmente alla preoccupazione

<sup>41</sup> Sulla modifica costituzionale del 2001, cfr. gli scritti accolti nel numero monografico «*Governi locali, Regioni e Stato nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*», in *Reg.*, n. 6/2001.

<sup>42</sup> In questo senso, cfr. Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 3608 del 20 dicembre 2002. Per queste ultime vicende interpretative, sia consentito rinviare a C. Barbati, *Lo spettacolo: il difficile percorso delle riforme (dalla Costituzione del 1948 al "nuovo" Titolo V e "ritorno")*, in *Aedon*, n. 1, 2003.

<sup>43</sup> Con la sent. 8-21 luglio 2004, n. 255, la Corte respinse le censure di legittimità costituzionale sollevate da parte regionale nei confronti del d.l. n. 24/2003, argomentando che

di evitare le conseguenze che ne sarebbero derivate a carico della gestione del FUS, ove lo spettacolo fosse stato sottratto a quella potestà regolamentare che spetta allo Stato solo per le materie oggetto di sua competenza legislativa esclusiva e che induce pertanto un'altra precisazione, che è anche un'innovazione, laddove si aggiunge che «i criteri e le modalità di erogazione dei contributi alle attività di spettacolo» e le aliquote di ripartizione annuale del FUS siano fissati annualmente con decreti del Ministro per i beni e le attività culturali «non aventi natura regolamentare»<sup>44</sup>.

Soluzioni, dunque, adottate in via d'urgenza, per effetto delle quali lo spettacolo ritorna a farsi «luogo» in cui si misurano le difficoltà e le incertezze delle riforme che interessano il contesto e insieme diviene l'ambito a proposito del quale la stessa materia «promozione e organizzazione delle attività culturali» subisce una progressiva ridefinizione dei propri confini.

## 6. La rinuncia a politiche di sistema

La modifica costituzionale del 2001 diventa, pertanto, ragione di nuove iniziative perché le attività di spettacolo ricevano una disciplina conforme alle direttrici delle riforme che interessano il sistema istituzionale e amministrativo, come tali già annunciate dalla l. 6 luglio 2002, n. 137<sup>45</sup>.

È in particolare con l'art.10 di questa legge che il Governo ritorna ad essere delegato a un riassetto delle disposizioni legislative in materia di ci-

«le attività di sostegno degli spettacoli», tra i quali rientrano le attività cinematografiche, sono sicuramente riconducibili alla materia «organizzazione e promozione delle attività culturali», affidata alla legislazione concorrente di Stato e regioni, non essendo né la cinematografia né gli spettacoli scorporabili dalle attività culturali «che riguardano tutte le attività riconducibili alla elaborazione e diffusione della cultura, senza che vi possa essere spazio per ritagliarne singole partizioni come lo spettacolo».

<sup>44</sup> In questo senso, cfr. art.1, d.l. 13 febbraio 2003, n. 24, convertito con modificazioni in l. 17 aprile 2003, n. 82, recante «Disposizioni urgenti in materia di controlli in favore delle attività dello spettacolo» Su questa fonte anomala, espressione di quanto la dottrina definisce «fuga dal regolamento», rispondente alla preoccupazione sia di sottrarre questi atti ai vincoli procedurali posti dalla l. 23 agosto 1988, n. 400, sia di conservare al Governo una potestà normativa anche in materie che, come nel caso in esame, gli sarebbero sottratte a seguito del riordino dell'assetto delle competenze legislative e regolamentari operato dalla l. cost. n. 3/2001, cfr., fra gli altri, F. Modugno, A. Celotto, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Giur. cost.*, 2005, 355 ss., e A. Moscarini, *I decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 ss.

<sup>45</sup> Legge recante «Delega per la riforma dell'organizzazione del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché di enti pubblici».

## lo spettacolo nella storia istituzionale italiana

nematografia, teatro, musica, danza e altre forme di spettacolo dal vivo che ne garantisce l'adeguamento ai «nuovi» principi costituzionali di riparto delle competenze, razionalizzando e snellendo altresì gli organi e le procedure cui ne è affidato il sostegno soprattutto finanziario.

Un altro percorso dichiarato, che trova attuazione solo con riguardo a talune espressioni dello spettacolo, segnatamente al cinema, da sempre meno sensibile al ruolo dei governi territoriali quasi a essere, perciò stesso, occasione per un'adesione più facile perché meno incidente, ma che tale tuttavia non sarà, alle ragioni del decentramento.

Per lo spettacolo «dal vivo», invece, nulla o quasi si compie. Le risalenti domande sul titolo e sulla misura della legittimazione regionale e locale a farlo oggetto di propri interventi restano senza risposta, o ricevono risposte solo accessorie, da parte di un legislatore statale al quale sembra estranea la preoccupazione di riconoscere le potenzialità del decentramento anche, benché non solo, per le esigenze di queste attività e della loro promozione.

Attenzioni differenti, dunque, alimentate anche dalle differenti sollecitazioni che il legislatore statale trae dai contesti regolatori, nazionali e sovranazionali, con i quali si confrontano le diverse attività di spettacolo e rispetto ai quali si conferma la «diversità» del cinema e più in generale del settore audiovisivo.

La rispondenza di queste produzioni a logiche di tipo industriale, le modalità di diffusione associate alla loro riproducibilità tecnica contribuiscono a determinarne una rilevanza economica, di mercato e per il mercato, atta a farne la forma di spettacolo che più attrae anche l'interesse delle Istituzioni comunitarie.

È in relazione al cinema e all'audiovisivo, infatti, che l'Unione Europea, restia ad affermare competenze in una materia come la cultura che si vuole affidata alla responsabilità degli Stati membri<sup>46</sup>, inizia a sviluppare po-

<sup>46</sup> Si ricorda qui che, mentre nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, non compariva alcun riferimento alla cultura, questo compare, per la prima volta, nel Trattato di Maastricht, entrato in vigore il 1 gennaio 1993, nel cui art. 3 si afferma che la Comunità dovrà contribuire «a un'educazione e a una formazione di qualità così come allo sviluppo delle culture degli Stati membri», con «azioni di incoraggiamento» per l'affermazione dell'eredità culturale comune, pur nel rispetto delle diversità regionali e nazionali. Con il secondo Trattato dell'Unione Europea, firmato il 2 ottobre 1997, si parla di un' «identità culturale» europea, per enunciare nell'art. 151, che l'Unione «contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri» e che si «deve tenere conto degli aspetti culturali nell'azione che si svolge ai sensi del Trattato». La cultura ritorna fra le materie su cui l'Unione ha competenza per svolgere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

litiche proprie, con le quali le riconosce quali espressioni meritevoli di azioni capaci di evidenziare il «retaggio culturale comune» europeo e al contempo rispettare e promuovere le diversità culturali, regionali e nazionali delle quali sono veicolo, facendole perciò oggetto di un quadro regolatorio che reagisce sulle scelte del legislatore interno, sollecitandone gli interventi<sup>47</sup>.

Attenzioni differenti, dunque, alle diverse forme di spettacolo che alimentano misure differenti, al di fuori di politiche di sistema capaci di riconoscere allo spettacolo un'identità sostanziale di settore anche attraverso il ripensamento delle soluzioni preposte al suo governo e alla sua amministrazione.

### *6.1. Il cinema: il debole decentramento «dall'alto»*

Di tutte le forme di spettacolo è dunque solo il cinema a essere interessato dall'esercizio della delega conferita dall'art. 10, l. 6 luglio 2002, n. 137.

In un momento che vede la contestuale adozione di numerosi provvedimenti di riforma dedicati alla cultura, sia come bene sia come attività, con il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28, «Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche», le ragioni del decentramento diventano motivo

<sup>47</sup> La «diversità culturale», riconosciuta come valore dalla Convenzione Unesco del 2005, è stata così assunta anche in sede europea come veicolo per l'affermazione delle identità culturali, nazionali e regionali, la cui promozione diventa obiettivo dell'Agenda europea per la cultura del 2007 e dello stesso Piano di lavoro per la cultura 2015-2018. Presupposto e contenuto altresì della «eccezione culturale», ossia della possibile erogazione, da parte degli Stati, di aiuti pubblici destinati a promuoverne le differenti espressioni, e fra queste segnatamente quelle cinematografiche, «quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune». In questo senso, cfr. art. 87, par. 3, lett. *d*), del Trattato di Maastricht, e successivamente art.107, par. 3, lett. *d*), e art. 167, par. 4, TFUE. A questi principi si informa la cd. «Comunicazione sul Cinema» della Commissione (26 settembre 2001), con la quale si riconosce l'importanza dei sussidi nazionali al cinema e al settore audiovisivo per garantire la diversità culturale e contribuire alla creazione di un mercato audiovisivo europeo e si fissano i criteri per la valutazione degli aiuti di Stato a favore della produzione di opere cinematografiche e di altre opere audiovisive. Criteri la cui validità è stata prorogata nel 2004, 2007 e 2009, sino alla successiva Comunicazione del 2013 (2013/C 332/01), con la quale si amplia l'ambito delle attività suscettibili di ricevere aiuti: prima concessi per la produzione dei film, sono ora estesi a tutte le fasi delle opere audiovisive, dal loro concepimento alla loro distribuzione. Sul tema degli aiuti alla cultura, cfr. anche Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato.

per un intervento legislativo con il quale ci si prefigge di procurare una risposta che, tuttavia, si palesa subito debole.

Ribadito nell'art. 1, co. 1, che «La Repubblica, in attuazione degli articoli 21 e 33 della Costituzione, riconosce il cinema quale fondamentale mezzo di espressione artistica, di formazione culturale e di comunicazione sociale», nel c. 3 si stabilisce che «la Repubblica, nelle sue articolazioni e secondo le rispettive competenze, favorisce lo sviluppo dell'industria cinematografica nei suoi diversi settori, incoraggia ed aiuta le iniziative volte a valorizzare e a diffondere con qualsiasi mezzo il cinema nazionale, con particolare riguardo ai film di interesse culturale [...]», intesi come quei film che corrispondono a «un interesse culturale nazionale» (art. 2, c. 5).

Si confermano, dunque, condizioni quali la necessità, perché il film sia riconosciuto di nazionalità italiana e dunque ammesso ai benefici previsti, del regista italiano, dell'autore del soggetto e dello sceneggiatore italiano o in maggioranza tali, degli interpreti principali in maggioranza italiani, degli interpreti secondari per tre quarti italiani, dell'utilizzo di industrie tecniche italiane e, sia pure con possibilità di deroghe concesse per ragioni culturali o artistiche, della ripresa sonora diretta in lingua italiana, della troupe italiana, delle riprese e uso di teatri di posa in Italia<sup>48</sup>.

Quanto al ruolo che si dichiara di voler riconoscere alle autonomie territoriali, esso si risolve in attribuzioni essenzialmente ausiliarie, di natura consultiva o propositiva, da esercitare all'interno della «Consulta territoriale per le attività cinematografiche» (art. 4), nuovo organo istituito presso il Ministero, chiamato a predisporre un programma triennale contenente, in particolare, «l'individuazione, «per ciascuna regione, delle aree geografiche di intervento per la realizzazione» di nuove sale cinematografiche e il ripristino di quelle esistenti o inattive, nonché degli obiettivi per la promozione delle opere cinematografiche [...]».

Attribuzioni circoscritte, sia quanto a valenza sia quanto ad ambiti, e soprattutto destinate a essere esercitate entro un disegno di forte centralizzazione, condiviso dalla Corte costituzionale che, con sent. 7 luglio 2005, n. 285, riconosce l'ammissibilità, anche in questa materia, della cd. «chiamata in sussidiarietà», ossia della riconduzione allo Stato delle competenze legislative funzionali alla disciplina di quelle amministrative che siano attratte al centro<sup>49</sup>.

A giudizio della Corte, la stessa scelta, accolta nel d.lgs. n. 28/2004, di

<sup>48</sup> In questo senso, cfr. artt. 5 e 7, d.lgs. n. 28/2004.

<sup>49</sup> Sull'istituto, di origine giurisprudenziale, della «chiamata in sussidiarietà» cfr. C. cost. sent. 25 settembre-1° ottobre 2003, n. 303.

dettare «una normativa completa ed auto-applicativa, senza distinzione tra principi e dettagli», delineando un «modello di gestione accentuatamente statalistico ed essenzialmente fondato su poteri ministeriali, con una presenza del tutto marginale di rappresentanti delle autonomie», deve considerarsi legittima in quanto i governi territoriali «appaiono strutturalmente inadeguati a soddisfare, da soli, lo svolgimento di tutte le tipiche e complesse attività di disciplina e sostegno del settore cinematografico», le quali, «diversamente opinando – risulterebbero esposte al rischio di eccessivi condizionamenti localistici nella loro gestione».

Per garantire il ruolo delle autonomie territoriali si ritiene pertanto sufficiente una riscrittura di talune previsioni del decreto, atta ad assicurare il ricorso a «moduli di concertazione paritaria fra Stato e Regioni» ancora una volta elevati, dal giudice costituzionale, a formula salvifica, capace di rendere compatibile con i nuovi assetti costituzionali anche i più «deboli decentramenti».

La pronuncia della Corte sembra chiudere un «caso». In realtà, la tregua si celebra su un altro terreno, quello della «certezza» delle misure di incentivazione finanziaria statale agli operatori del settore, lasciando irrisolta la questione delle altre politiche di sostegno, se non di governo, del settore che autonomie forti, come vorrebbe il disegno della riforma costituzionale, potrebbero favorire.

Anzi, a questi effetti, il cinema diventa uno dei «luoghi» in cui le istanze del decentramento e, con esse, della differenziazione sono colte in quelli che se ne ritengono i limiti intrinseci e le intrinseche debolezze, quelle derivanti dalla vicinanza dei governi territoriali agli interessi «da regolare» che conduce a immaginarne una «cattura» considerata motivo, anche nelle valutazioni del legislatore e della giurisprudenza costituzionale, perché prevalgano le istanze dell'uniformità<sup>50</sup>.

A essere deboli, in realtà, sono le risposte alle ragioni del decentramento. Una debolezza che diventa delle stesse attività di spettacolo e, in particolare, cinematografiche, ancora una volta laboratorio di riforme parziali o comunque «incompiute», che le escludono da soluzioni capaci di assicurare un modello di governo attrezzato a rispondere a necessità che non possono essere soddisfatte dalla mera erogazione di finanziamenti pubblici, sempre più carenti.

E incompiuta doveva infatti restare l'altra riforma che si tentò per il ci-

<sup>50</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a C. Barbati, *Territori e attività economiche*, in C. Barbati, G. Endrici, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna, il Mulino, 2005, 98 ss.

nema quando, nel corso della XV legislatura, si elaborò un disegno di legge (ddl AS 1120) con il quale ci si proponeva d'intervenire sull'amministrazione del settore presso il centro statale, superando il modello organizzativo ministeriale con la costituzione di un nuovo soggetto di riferimento, aperto all'intervento e alle politiche delle autonomie territoriali, quale voleva essere il «Centro nazionale per il cinema e l'audiovisivo»<sup>51</sup>.

Un altro percorso aperto e poi chiuso che lascia il settore alle soluzioni accolte dal d.lgs. n. 28/2004, a conferma di scelte che affidano la promozione e il sostegno del cinema a misure di incentivazione finanziaria, quali quelle che saranno anche successivamente previste nelle forme del *tax credit*. Introdotto come misura di agevolazione fiscale transitoria dalla legge finanziaria per il 2008<sup>52</sup>, in seguito reiterata, diventa permanente con l'art. 8 della l. 7 ottobre 2013, n. 212 di conversione del cd. decreto «Valore cultura»<sup>53</sup>.

Altrettanto parziali sono i riordini che investono le forme e le modalità dell'intervento diretto, rispetto alle quali sono soprattutto le esigenze di razionalizzazione della *spending review* a indurre correttivi, quale la modifica che, in base a quanto previsto dall'art. 14 del d.l. 98/2011, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, conduce all'incorporazione in un'unica società, a totale partecipazione pubblica, denominata «Istituto Luce – Cinecittà srl», dei due precedenti organismi, cui si accompagna una redistribuzione di risorse e di funzioni che coinvolge il Ministero, senza modificare il ruolo dei diversi soggetti.

### *6.2. Lo spettacolo dal vivo: «prove» di un ritorno al centro statale e di un debole decentramento «dal basso»*

Quanto allo spettacolo dal vivo, le differenti forme nelle quali si esprime conoscono sorti altrettanto differenti, in esito al confronto con il «nuovo» decentramento del 2001.

Ed è soprattutto lo spettacolo lirico – sinfonico a raccontare, nuovamente, un percorso di altre riforme cercate, tentate e poi restituite a uno scenario che, di là dalle indeterminatezze correlate alle tante varianti degli interventi previsti, appare occupato dalla rinnovata centralità della presenza statale e soprattutto dell'apparato ministeriale del settore.

<sup>51</sup> Cfr., in proposito, gli interventi all'Incontro di studio, *L'intervento pubblico per la promozione delle attività culturali. Cinema e spettacolo dal vivo*, Roma, 9 ottobre 2007, pubblicati in *Aedon, Rivista di Arti e Diritto On line*, n. 3, 2007.

<sup>52</sup> Cfr. art.1, commi 325-343 della l. 24 dicembre 2007, n. 244.

<sup>53</sup> È questo il d.l. 8 agosto 2013, n. 91, recante «Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo».

Le peculiari esigenze di queste produzioni, con costi elevati non compensati dai ricavi, in ragione di rappresentazioni che rendono insostituibile il fattore lavoro con la tecnologia, accolte in spazi dedicati, capaci di accogliere un numero limitato di spettatori, ne hanno fatto la forma di spettacolo che più ha reso insuperabile la necessità del sostegno pubblico diretto e indiretto.

Di qui, le misure delle quali è stata destinataria già con la legge n. 800/1967 e l'entità elevata di finanziamenti pubblici dei quali ha da sempre usufruito. Misure rivelatesi comunque insufficienti ad assicurare un'adeguata tutela e valorizzazione degli stessi enti preposti a produrre lo spettacolo lirico-sinfonico, interessati dalla ricordata, tentata, privatizzazione del 1996, poi corretta con una sequenza di interventi volti ad aumentare la loro produttività e a diminuirne i costi, così da attrarre quel privato che non entrava in scena.

Provvedimenti che si sono succeduti sino a quando, con il d.P.R. 19 maggio 2011, n. 117, adottato sulla base di quanto previsto dall'art. 1, c. 1, d.l. 30 aprile 2010, n. 64, convertito dalla l. 29 giugno 2010, n. 100, si approvò il primo regolamento per riconoscere forme organizzative speciali, atte a consentire una gestione secondo criteri di imprenditorialità, alle Fondazioni che, in possesso dei requisiti prescritti, ne facessero istanza<sup>54</sup>.

Soluzione che fu soprattutto occasione perché la Corte costituzionale, con sentenza 18 aprile 2011, n. 153, sottraendo la «disciplina dell'organizzazione e del funzionamento delle fondazioni lirico-sinfoniche» alla materia «promozione e organizzazione delle attività culturali», per ascriverla all'«ordinamento e organizzazione amministrativo dello Stato e degli enti pubblici» oltre che, in ragione della loro personalità giuridica di diritto privato, alla materia «ordinamento civile», riconducesse la loro disciplina alla competenza legislativa esclusiva e perciò anche regolamentare dello Stato centrale<sup>55</sup>.

Ritorna, con questa pronuncia, la variabile «dimensione dell'interesse», sia pure in una declinazione che si preoccupa di renderla compatibile con l'assetto costituzionale del 2001. Sono pertanto gli obiettivi di queste fondazioni, in particolare, l'essere chiamate a compiti «esplicazione dei principi fondamentali di sviluppo della cultura [...] che solo una normativa di si-

<sup>54</sup> Sulle complesse vicende che hanno interessato le Fondazioni lirico-sinfoniche, cfr., per tutti, V. Cerulli Irelli, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, n. 3, 2012.

<sup>55</sup> In proposito, sia consentito rinviare a C. Barbati, *Territori e cultura: quale rapporto?*, in *Aedon*, n. 2, 2011.

stema degli enti strumentali dettata dallo Stato può contribuire a realizzare adeguatamente» a condurre al riconoscimento di un «interesse di dimensione unitaria» alla loro disciplina da parte dello Stato che ripropone indirettamente l'«interesse regionale» come titolo di competenze che sussistono solo quando la «materia dello spettacolo» assuma caratteristiche regionali e locali.

Dieci anni dopo il rafforzamento del processo autonomista, si riaprono così per le fondazioni lirico-sinfoniche, espressioni di uno spettacolo giudicato capace di contribuire alla formazione di un'identità culturale nazionale che viene declinata con i caratteri della statualità, gli scenari delle prime, incerte, fasi del regionalismo e soprattutto si avvia il loro ritorno in una sfera non solo pubblica ma, di più, statale che riduce la possibilità di farne spazi per l'intervento dei governi territoriali e del privato.

All'origine della risposta più forte che, in questo senso, procura la ricordata l. 9 agosto 2013, n. 212, vi sono, tuttavia, non solo le difficoltà del percorso verso lo Stato differenziato ma anche le ambiguità della «via italiana» alle privatizzazioni, affidate a modelli privatistici solo nella forma, in realtà sottoposti a una disciplina fortemente pubblicistica, quasi schermo delle tante resistenze opposte dalla parte pubblica al ripensamento del proprio ruolo.

È l'inversione del percorso, avviato nel 1996, che si compie sottoponendo l'organizzazione e il funzionamento delle fondazioni lirico – sinfoniche a regole che ne rafforzano i legami con il centro statale, allentando quelli con i governi territoriali, e riducono la presenza dei privati configurata come minoritaria all'interno dei nuovi consigli di indirizzo che si vogliono costituiti, in maggioranza, «da membri designati dai fondatori pubblici»<sup>56</sup>.

Una rinuncia al privato e alle autonomie che diventa la risposta di un centro debole che non sapendosi ridefinire, per farsi interlocutore di altre istanze e di altri soggetti, riconduce a sé il governo del settore, ma anche una soluzione dubbia per lo stesso legislatore che, con successiva l. 27 dicembre 2013, n. 147, corregge il disegno sino a renderlo solo eventuale, con l'ammissione delle fondazioni liriche che posseggano determinati requisiti a «forme organizzative speciali»: un altro percorso che si apre e attende di essere testato.

<sup>56</sup> Cfr. art. 11, l. n. 212/2013. Per un'analisi più estesa di queste misure, sia consentito rinviare a C. Barbati, *Il rilancio dello spettacolo nelle scelte urgenti del decreto 'Valore Cultura'*, in *Aedon*, n. 3/2013 nonché, più ampiamente, sul provvedimento legislativo, in oggetto, M. Cammelli, *Valore cultura e strumenti: obiettivi chiari, strumenti a rischio*, *ivi*.

Quanto alle altre forme di spettacolo dal vivo, ben poco accade. Le attività musicali e di danza sono «lasciate» alla disciplina che ne detta la legge del 1967, mai adeguata alle istanze del decentramento. Il teatro di prosa rimane privo di una disciplina legislativa che valga a qualificarlo anche agli effetti di politiche pubbliche la cui discussa e incerta allocazione fra i diversi livelli di governo sembra favorire il silenzio del legislatore statale.

I soli provvedimenti con i quali il centro interviene, aprendo al riconoscimento del ruolo che le autonomie possono assolvere nei confronti di queste attività, hanno riguardo alle modalità di erogazione del Fondo per il finanziamento dello spettacolo dal vivo, gestito dall'Amministrazione ministeriale.

Con l'intento di assicurare maggiore stabilità ai finanziamenti pubblici, l'art. 9, l. n. 112/2013 stabilisce infatti che i criteri in base ai quali concederli siano ridefiniti, dal 1° gennaio 2014, con decreto del Ministro da adottare previa intesa con la Conferenza unificata, come richiesto dall'art. 1, c. 3, l. 15 novembre 2005, n. 239. Ed è su questa base che con d.m. 1° luglio 2014, quasi a voler tentare l'attribuzione di un carattere nazionale e non più solo statale al Fondo di finanziamento, s'introducono, riguardo al teatro di prosa, nuove categorie di beneficiari, quali i «teatri nazionali» e i «teatri di rilevante interesse pubblico», identificati in relazione ai contributi erogati, fra gli altri, dagli enti territoriali che si trovano così indirettamente attratti nelle politiche d'incentivazione finanziaria del centro.

Un'attenzione alle risorse economiche, ripresa dal decreto «Art-Bonus» al quale si deve anche la conferma del ricorso a misure fiscali capaci di incentivare il mecenatismo e le erogazioni liberali in denaro effettuate da qualsiasi soggetto a favore dello spettacolo lirico-sinfonico e teatrale, come vuole l'ampliamento del loro ambito applicativo disposto con l'art. 1, c. 11, l. 23 dicembre 2014, n. 190<sup>57</sup>.

Scelte che confermano come la ricerca del privato e delle risorse sia ormai consegnata agli strumenti fiscali, di là da qualsiasi ripensamento delle modalità organizzative e di governo del settore<sup>58</sup>.

Parimenti lasciato senza correttivi né significativi adeguamenti è l'intervento diretto che lo Stato continua a operare tramite le risalenti strutture dell'Istituto Nazionale del Dramma Antico e della Biennale di Venezia, già

<sup>57</sup> È questo il d.l. 31 maggio 2014, n. 83, recante «Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo», convertito in l. 29 luglio 2014, n. 106, noto appunto anche come decreto «Art Bonus».

<sup>58</sup> In materia, cfr. R. Lupi, *L'Art Bonus come sovvenzione pubblica in forma di credito d'imposta*, in *Aedon*, n. 3, 2014.

oggetto di modifiche che ne hanno, se possibile, amplificato la dipendenza dal centro statale<sup>59</sup>.

Mentre presso il centro statale «poco» dunque avviene, i governi territoriali, quasi ad avvalersi degli spazi lasciati «aperti» da un legislatore statale che, se non ha conferito funzioni al sistema delle autonomie neppure ha definito in termini esclusivi le proprie competenze, continuano a dare vita a una sorta di decentramento «dal basso» che non giovandosi di espliciti riconoscimenti nemmeno alimenta politiche coordinate fra i livelli di governo.

## **7. «Perché tutto rimanga com'è»**

Di là dalle tante riforme delle quali è stato «laboratorio», poco dunque è cambiato per lo spettacolo da quando fu oggetto delle prime forme di sostegno, dopo la nascita dello Stato unitario.

Anche le riflessioni a lungo svolte in merito alla *ratio* dell'intervento pubblico, alla sua valenza suppletiva e perciò sussidiaria per il sostegno di attività che, in quanto *merit goods*, devono essere assicurate alla collettività indipendentemente dalla domanda che ne esprima il mercato<sup>60</sup>, non hanno condotto a ridefinire il ruolo, e perciò l'estensione e le modalità, della presenza pubblica, segnatamente statale, in un settore di per sé plurale.

Sia le istanze della regionalizzazione, che sarebbero diventate quelle più forti di uno Stato autonomista che la Costituzione del 2001 vuole istituzionalmente policentrico, sia le istanze della privatizzazione si sono risolte in occasioni per annunciare, al più «testare», nuovi assetti relazionali fra i soggetti pubblici e nuovi modelli di interazione con il privato. Annunci per un ripensamento anche delle soluzioni preposte al governo e all'amministrazione dello spettacolo, poi abbandonati a favore di politiche che restano o che ritornano ad essere centralizzate, entro le quali lo Stato e per esso l'apparato ministeriale si fa regolatore delle diverse attività.

Un esito al quale non può dirsi estranea, essendone semmai causa, una declinazione dell'intervento pubblico in termini essenzialmente finanziari,

<sup>59</sup> In questo senso, cfr. d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 1, recante «Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 29 gennaio 1998, n.19, concernente 'la Biennale di Venezia', ai sensi dell'articolo 1 della legge 6 luglio 2002, n. 137» e d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 33, recante «Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 29 gennaio 1998, n. 20, concernenti i compiti e l'organizzazione della Fondazione 'Istituto Nazionale per il dramma antico'»

<sup>60</sup> Sulla teoria dei *merit goods* cfr. R.A. Musgrave, *The Theory of Public Finance. A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, New York, 1959.

basati sia sull'utilizzo di fondi allocati e gestiti centralmente sia, nelle applicazioni più recenti, sul ricorso a misure fiscali che egualmente rinviano al centro statale, quasi a dimenticare che ogni azione di sostegno, anche indiretto, richiede un «ambiente» normativo, organizzativo e perciò di politiche adeguato a che quelle risorse possano tradursi in una promozione che sia valorizzazione, capace di attrarre e generare altre risorse.

Ed è anche attraverso questa concezione di un intervento pubblico affidato agli strumenti dell'incentivazione finanziaria, i soli che gli stessi operatori del settore si siano dimostrati interessati e disponibili ad accogliere, che il «laboratorio» spettacolo rimane separato al proprio interno e dagli altri contesti.

Divisioni raccontate dalle stesse norme organizzative che lo imputano alla competenza di strutture ministeriali, come le due Direzioni generali «Spettacolo» e «Cinema» che, anche nella struttura del Mibact, riordinato con dPCM 29 agosto 2014, n. 171, restano distinte, nonostante i risalenti e ricorrenti auspici di un loro accorpamento rispondente ai criteri che guidano le riorganizzazioni delle pubbliche amministrazioni. Soprattutto, sono chiamate a interazioni più esterne, con altri apparati ministeriali, che interne, con le articolazioni centrali del Mibact, come a esprimere, anche in tal modo, la difficile integrazione delle attività di spettacolo tra loro e con il complesso delle politiche culturali<sup>61</sup>.

Un quadro dunque distante da quello delineato, presso le sedi comunitarie, per una *governance* culturale che si fondi sul riconoscimento delle sinergie fra le diverse espressioni della cultura e sulla collaborazione fra i diversi soggetti pubblici oltre che fra il pubblico e il privato quale «metodo di governo» funzionale alla possibilità di attrarre le politiche culturali in quelle generali dei singoli Stati membri, così valorizzando il contributo che la cultura può apportare a una «crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»<sup>62</sup>.

Se, anche a questi effetti, poco sembra avvenire presso il centro statale, qualcosa continua ad accadere presso le autonomie territoriali. In un con-

<sup>61</sup> Cfr. art.12 e artt. 17 e 18, dPCM n. 171/2014. Sul punto, sia consentito rinviare a C. Barbati, *Il "nuovo" Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2015, 206 ss.

<sup>62</sup> In questo senso, le conclusioni del Consiglio dell'Unione Europea del 26 novembre 2012, sulla *governance* culturale, quale «metodo per realizzare politiche culturali nonché (...) strumento per approfondire l'integrazione della cultura nell'agenda politica pubblica tramite il coordinamento delle politiche culturali con le altre politiche settoriali» e gli indirizzi enunciati nella Comunicazione «Valorizzare i settori culturali e creativi per favorire la crescita e l'occupazione nell'UE» del 26 settembre 2012, della Commissione al parlamento europeo, al consiglio al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle Regioni.

## lo spettacolo nella storia istituzionale italiana

testo occupato più dai silenzi che dalle scelte del legislatore statale, sono soprattutto le Regioni a farsi recenti interpreti di un approccio «inclusivo» alla cultura e perciò alle diverse forme di spettacolo, percepite come strumenti per il riconoscimento e per la valorizzazione delle identità del territorio, sebbene all'interno di un modello di governo del settore, a sua volta, centralizzato presso di esse.

Il «difficile» decentramento dello spettacolo, consegnato all'incerto criterio della «dimensione dell'interesse», sembra in tal modo tradursi in qualche cosa in più di una resistenza dello Stato a riconoscere il ruolo delle autonomie territoriali, per diventare «causa», non si sa quanto consapevole e voluta, di un «difficile» riconoscimento della dimensione «nazionale» dello spettacolo.

Quanto fu assunto come «ragione» dei primi interventi pubblici di sostegno, perciò ancorati a condizioni oggettive e soggettive che s'intendevano atte ad assicurare il carattere «nazionale» degli spettacoli, inteso come idoneità a concorrere alla formazione e alla salvaguardia di un'identità culturale nazionale, diversamente motivata nei contesti che si sono succeduti, si smarrisce all'interno di assetti e di politiche che, quando poste a confronto con le istanze di un sistema anche costituzionalmente plurale, vanno a definire lo spettacolo come un insieme di attività attraversato da scomposizioni interne dovute non solo all'eterogeneità delle sue espressioni ma anche a una loro supposta, e diversa, dimensione statale, regionale e locale che ne comporta l'affidamento a soggetti e ad amministrazioni «separate» più che coordinate.

La complessità delle questioni che in tal modo vanno a occupare la scena, e alle quali non può considerarsi estranea la stessa resistenza degli operatori del settore a farsi destinatari di politiche diverse dal mero supporto finanziario delle loro iniziative, è tale da non autorizzare risposte semplificate, come sole possono essere quelle fatte oggetto di ogni considerazione di sintesi.

Nondimeno, quanto «è accaduto» e soprattutto quanto «non è accaduto», nel percorso dello spettacolo, consente di individuare in un'azione pubblica di promozione declinata non solo come incentivazione finanziaria, ma anche e soprattutto come valorizzazione delle interazioni fra i diversi livelli di governo oltre che fra il pubblico e il privato il principale «passaggio» mancante. Quello, che ancora non consente di ravvisare nelle attività di spettacolo le componenti di un sistema in cui la cultura assolva il ruolo, che le sedi sovranazionali ormai le assegnano, di leva per politiche di sviluppo anche sociale ed economico, al contempo fattore per la costruzione di un'identità culturale nazionale ed europea cui sempre i contesti comunitari

e internazionali attribuiscono valenze e significati differenti da quelli che alle attività culturali e di spettacolo sono stati a lungo ricondotti dalle normative dei singoli Stati e così anche del nostro, le cui continuità confermano una distanza, rispetto a questi nuovi fini, che diventa inadeguatezza.

*Abstract*

*In the Italian experience, performing arts sector public policies have been deeply influenced by the challenges related to the State formation. This article provides an overview of how context affected the legislative history of the sector shaping it as a laboratory, almost a test bench, for Italian institutional transformations. All of these independent variables have so become causes of legislators' decisions and silences which still impact on performing arts statute, making it weak, uncertain and in need of public policies capable of recognizing the key role culture can play in social and economic development, at the same time fundamental element in the construction of a national and European identity.*

ANTONELLA SAU

IL CONTRIBUTO DELLA DISCIPLINA SULLA TUTELA  
E VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE  
ALLA COSTRUZIONE DELLO STATO UNITARIO\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le esigenze della tutela dei beni cultura nell’Italia post-unitaria e pre-repubblicana – 3. L’Italia Repubblicana: dalla tutela del patrimonio storico-artistico alla promozione dello sviluppo della cultura – 4. La “regionalizzazione” dei beni culturali: dal bene come “valore da preservare” al bene come “risorsa” per lo sviluppo socio-economico delle autonomie locali – 5. Dalla dimensione codicistica alla dimensione globale del patrimonio culturale ed i suoi effetti sulle politiche di tutela e valorizzazione.

## 1. Premessa

L’evoluzione della disciplina dei beni culturali mostra chiaramente le tappe del processo di costruzione dell’identità culturale e politica del popolo italiano: dal primato della tutela nell’Italia preunitaria<sup>1</sup>, alle prime leggi post unitarie, la legge Nasi, 12 giugno 1902, n. 185, e la legge Rosadi, 20 giugno 1909, n. 364, attraverso le quali, pur tra molte difficoltà applicative e non poche contraddizioni, si affidava allo Stato il compito di conciliare le esigenze di tutela del patrimonio storico-culturale della nascente Nazione con le politiche economiche liberiste affermatesi con l’unificazione, passando per la legge del 1° giugno 1939, n. 1089, vera e propria pietra angolare assieme alla legge del 29 giugno 1939, n. 1497, del più ampio “programma culturale” del tardo fascismo, sino all’adozione con d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, del Codice dei beni culturali e del paesaggio nel quale si è registrata la “funzione unificante del patrimonio culturale” già accolta dall’art. 9 Cost. che, acco-

\* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti per il 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara.

<sup>1</sup> Sulla legislazione degli Stati preunitari e sull’abolizione dei vincoli fedecommissari: A. Emiliani, *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi stati italiani 1571-1860*, Bologna, 1996; M.B. Mirri, *Per una storia della tutela del patrimonio culturale*, Viterbo, 2007; G. Volpe, *Manuale di diritto dei beni culturali: storia e attualità*, Padova, 2013.

stando alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione la promozione dello sviluppo della cultura, ha inquadrato la fruizione del patrimonio culturale nel compito più generale della Repubblica di favorire il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.).

O forse sarebbe più corretto dire che è stato il modo stesso con il quale il legislatore ha costruito la nozione di “patrimonio culturale” prima e di “bene culturale” poi, ne ha scoperto il valore “sociale” e “territoriale” accanto a quello “patrimoniale” e “identitario” tanto caro alle prime leggi post-unitarie, ne ha riscoperto il “valore immateriale” ed in ultimo la dimensione “globale”, a disegnare la parabola lungo la quale ha avuto origine e si è sviluppata l’identità culturale italiana.

Se a ciò si aggiunge che le politiche pubbliche di tutela del patrimonio culturale hanno potuto contare sin dai primi anni successivi all’unificazione amministrativa del Regno d’Italia su una struttura amministrativa con competenze specifiche in materia appare evidente il contributo della disciplina dei beni culturali alla costruzione e all’evoluzione del nostro sistema istituzionale e amministrativo.

Anzi, proprio nell’amministrazione dei beni culturali, sin dalle origini, si è palesato quel conflitto tra istanze autonomistiche (inizialmente ispirate dal sodalizio tra élite locali, studiosi e eruditi della materia<sup>2</sup>) e istanze di accentramento che caratterizzeranno il dibattito politico istituzionale della materia dei beni culturali (e non solo) fino ai giorni nostri<sup>3</sup>.

## **2. Le esigenze della tutela dei beni cultura nell’Italia postunitaria e pre-repubblicana**

La disciplina dei beni culturali nell’Italia postunitaria e pre-repubbli-

<sup>2</sup> Come emerge nelle ricostruzioni di F. Verrastro, *La nascita e lo sviluppo della rete delle soprintendenze per il patrimonio storico e artistico (1904-1939)*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 229 ss. e A. Ragusa, *Alle origini dello Stato contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento*, Milano, 2011, 101 ss.

<sup>3</sup> Come conferma l’ultimo intervento di riforma del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo approvato con d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171, *Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell’Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell’articolo 16, comma 4, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89*, che ha inciso in maniera significativa sull’amministrazione periferica e sui suoi rapporti con l’amministrazione centrale, con uno sguardo attento (vedasi i nuovi segretariati regionali) al rapporto con il sistema delle autonomie locali.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

cana racconta del conflitto tra l'interesse pubblico alla protezione del patrimonio culturale e le legittime aspirazioni dei proprietari ad esercitare lo *ius utendi atque abutendi* riconosciuto dal codice civile del 1865.

Dietro l'esaltazione del patrimonio culturale nazionale dei dibattiti parlamentari dei primi anni post-unitari si celava anzitutto la volontà di "ripulire" l'immagine della nazione italiana dalle «nefande memorie» delle lotte d'indipendenza restituendo all'Europa l'immagine di uno stato «solido, senza lacerazioni e contrasti interni, neanche sul piano culturale»<sup>4</sup>. Fiero del proprio patrimonio culturale, testimonianza vivente delle glorie passate e non più «solamente vanto di archeologi e di filologi» ma «vital nutrimento della cultura nazionale, la sorgente pura dei grandi ideali della scienza e dell'arte, la nobile scuola in cui si formerà il cittadino e il patriota»<sup>5</sup>.

È questo il contesto culturale nel quale, dopo i primi interventi legislativi volti a preservare il patrimonio culturale dall'"incuria dei proprietari"<sup>6</sup> e dalle esportazioni incontrollate favorite dall'abolizione dei vincoli fedecommissari<sup>7</sup>, si accese il dibattito politico sulla conservazione del patrimonio storico e archeologico nazionale, a partire da quello della capitale del "giovine Regno".

In questa prospettiva l'adozione della l. 14 luglio 1887, n. 4730, *Con-*

<sup>4</sup> A. Rossari, R. Togni (a cura di), *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico. Attività legislativa e dibattito culturale dallo stato unitario alle regioni (1860-1977)*, Milano, 1978, 28.

<sup>5</sup> Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Leg. XVI – 1° sessione 1886-1887, relazione dell'On. G. Baccelli «*Legge di tutela dei monumenti antichi della città di Roma*», 1-3.

<sup>6</sup> Non a caso la prima legge dello Stato unitario fu quella del 25 giugno 1865, n. 2359, *Espropriazione dei monumenti mandati a rovina per l'incuria dei proprietari*.

<sup>7</sup> Per tali ragioni con la l. 28 giugno 1871, n. 286, *Che estende alla Provincia di Roma gli articoli 24 e 25 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile*, venne imposta la inalienabilità e la indivisibilità delle raccolte artistiche ex-fidecommissarie (cfr. artt. 1, 4 e 5) mantenendo in vigore «finché non si sia provveduto con Legge generale» leggi e regolamenti preunitari sulla «conservazione dei monumenti e degli oggetti d'arte». Seguirono la l. 8 luglio 1883, n. 1461, *Che provvede per la conservazione delle gallerie, biblioteche ed altre collezioni di arte e di antichità*, che conferma la indivisibilità delle raccolte artistiche ex-fidecommissarie, ma ne consente l'alienazione in favore dello Stato, degli altri enti pubblici territoriali, o di istituti o altri enti morali (cfr. art. 1); il R.d. 23 novembre 1891, n. 653, *Che approva il regolamento per l'esecuzione dell'art. 4 della l. 28 giugno 1871, n. 286 (serie 2°) e della legge 8 luglio 1883, n. 1461 (serie 3°)*; la l. 7 febbraio 1892, n. 31, *Portante provvedimenti per le gallerie, biblioteche o collezioni di arte e di antichità*, che sanziona la distruzione, lo smembramento o la vendita abusiva di opere d'arte pertinenti a raccolte artistiche ex-fidecommissarie. È appena sufficiente ricordare che il secondo comma dell'art. 129 del Codice dei beni culturali fa "ancora" «salve le disposizioni relative alle raccolte artistiche ex-fidecommissarie, impartite con l. 28 giugno 1871, n. 286, l. 8 luglio 1883, n. 1461, R.d. 23 novembre 1891, n. 653 e l. 7 febbraio 1892, n. 31».

*cernente la tutela dei monumenti antichi nella città di Roma*<sup>8</sup>, segna senza dubbio il passaggio da un periodo nel quale «l'arte era ancora prerogativa di eruditi, di studiosi, di un élite culturale che, sola, si occupava della trasmissione alle generazioni future delle antiche memorie a una diffusione del concetto di patrimonio storico artistico come strumento conoscitivo e di conferma dell'identità nazionale»<sup>9</sup>. Identità nazionale che in questa fase storica era prima di tutto «identità di ceto», al quale «il tema del patrimonio storico-artistico aveva offerto, sin dall'età risorgimentale, un considerevole ed efficace sostegno simbolico e valoriale»<sup>10</sup>.

La ricostruzione di questa identità nazionale dovette tuttavia fare i conti con lo spirito liberale che aveva accompagnato l'unificazione d'Italia e che mal si conciliava con l'impianto "perentorio" delle leggi di tutela degli Stati pre-unitari<sup>11</sup> che pur avevano contribuito a preservare l'integrità del patrimonio culturale italiano, consegnando all'Italia e agli italiani un patrimonio nel quale riconoscersi.

Le vicende dei vari disegni di legge<sup>12</sup> che si sono succeduti in Parlamento, da quello deliberato nel 1868 dal Consiglio di Stato e mai nemmeno approvato alle Camere fino al disegno di legge presentato nel 1902 dal Ministro dell'Istruzione Pubblica Nunzio Nasi che venne convertito nella l. n. 185 del 12 giugno 1902, ben testimoniano la difficoltà di conciliare i "diritti della nazione" ossia il diritto-dovere dello Stato di conservare il patri-

<sup>8</sup> Con la l. n. 4730/1887 venne sancita la valenza "monumentale" e quindi il rilievo culturale, ai fini della tutela, di determinati immobili, creando intorno ad essi aree di rispetto. È opportuno ricordare che negli stessi anni Roma si trovava a gestire i problemi legati alla sua rapida urbanizzazione e a conciliare le esigenze della conservazione del proprio patrimonio storico ed archeologico con la salubrità dell'urbe, equilibrio raggiunto con la l. 7 luglio 1889, n. 6211, *Che approva il piano regolatore per la sistemazione della zona monumentale della città di Roma*, poi modificata e sostituita dalla l. 18 dicembre 1898, n. 509, *Che approva il piano per la sistemazione della zona monumentale di Roma*.

<sup>9</sup> In questi termini C. Bolognesi, *Belle arti, patrimoni e legislazione. Ricci, Rosadi e la stagione giolittiana*, in *A difesa di un patrimonio nazionale. L'Italia di Corrado Ricci nella tutela dell'arte e della natura*, a cura di A. Varni, Ravenna, 2002, 7 ss., 12.

<sup>10</sup> Così E. Fusar Poli, *La «causa della conservazione del bello». Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo ottocento*, Milano, 2006, 220-221.

<sup>11</sup> Conflitto ben evidenziato da A. Emiliani, *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi stati italiani 1571-1860*, cit., 9.

<sup>12</sup> Per una ricostruzione delle quali si rinvia a A. Rossari, R. Togni (a cura di), *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico. Attività legislativa e dibattito culturale dallo stato unitario alle regioni (1860-1977)*, cit., 23 ss.; A. Ragusa, *Alle origini dello Stato contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento*, cit., 120 ss. e C. Bolognesi, *Belle arti, patrimoni e legislazione. Ricci, Rosadi e la stagione giolittiana*, cit., che ben evidenzia "luci e ombre" della legislazione giolittiana in materia di belle arti.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

monio storico-artistico (espressione dell'identità) "nazionale" e i "diritti dei privati".

Il faticoso compromesso raggiunto sul punto dalla legge Nasi con la previsione di una tassa d'esportazione proporzionale (art. 37), il riconoscimento del diritto del Governo di acquistare gli oggetti d'arte o di antichità destinati all'esportazione al prezzo «stabilito in base alla dichiarazione del proprietario riscontrata con la stima di appositi uffici» (art. 8, c. 5 e 6) ed il divieto di esportazione degli «oggetti d'arte o d'antichità di sommo pregio» la cui uscita dal territorio del Regno avrebbe comportato «un danno grave per il patrimonio artistico e per la storia» (art. 23, c. 4), era comunque destinato a fallire.

Due le ragioni: da un lato la scelta di subordinare il divieto di esportazione delle cose private di sommo pregio alla compilazione di un catalogo che limitatamente a tali beni<sup>13</sup> venne completato solo alla fine del 1903 e dall'altro l'esiguità delle risorse messe a disposizione del Governo per l'esercizio della prelazione tanto più in considerazione della proroga di un solo anno dei divieti di esportazione previsti dalle leggi pre-unitarie introdotta dall'art. 35 della legge Nasi<sup>14</sup>, proroga che non a caso fu rinnovata per ben cinque volte sino all'entrata in vigore della l. n. 364/1909.

È proprio alla legge Rosadi che spetta il merito di aver corretto i principali difetti della legislazione previgente, scongiurando il rischio che il Paese perdesse un «pezzo rilevante del proprio investimento identitario»<sup>15</sup>:

<sup>13</sup> Il Catalogo dei monumenti e degli oggetti d'arte e di antichità previsto dall'art. 23 si componeva infatti di due parti: la prima comprendente i monumenti e gli oggetti d'arte e di antichità spettanti agli Enti morali, con l'espressa indicazione di quelli inalienabili ai privati perché di «somma importanza»; la seconda comprendente i monumenti e gli oggetti d'arte e di antichità di proprietà privata iscritti nel catalogo o per denuncia privata o d'ufficio. Quest'ultima era riservata ai soli oggetti d'arte o d'antichità di appartenenza privata sottratti all'esportazione in quanto riconosciuti «di sommo pregio» (cfr. art. 23, c. 4).

<sup>14</sup> Così l'art. 35: «Sono abrogate dal giorno della pubblicazione della presente legge, tutte le disposizioni in materia vigenti nelle diverse parti del Regno, salvo quanto è disposto dall'art. 4 della legge 28 giugno 1871, n. 286 (2° serie) e nelle leggi 8 luglio 1883, n. 1461 (3° serie), e 7 febbraio 1892, n. 31. Dalla pubblicazione della legge restano in vigore per un anno, entro il quale termine dev'essere completato il catalogo [v. *supra*, nt. 13], le disposizioni restrittive delle leggi esistenti relative all'esportazione degli oggetti d'arte e di antichità».

<sup>15</sup> «La incomparabile grandezza del nostro passato è appunto la ragione che ci costringe ad ogni premura per impedire che si disperdano tesori che il genio creò e poi parve romperne lo stampo. Finché questi tesori si diffusero a piene mani e dettero a sperar di continuare in una perenne fecondità era naturale che non si pensasse a custodirli dalla varia rapacità oggi pervenuta allo stadio acuto d'una cleptomania estetica, né a ripararli dalle stesse ingiurie del cielo aperto: ma oggi che la differenza, non diciamo la decadenza, dell'indirizzo

in questa direzione operarono certamente l'inalienabilità delle cose immobili e mobili di «interesse storico, archeologico, paleontologico o artistico» di proprietà pubblica o appartenenti ad enti morali sancita negli artt. 1, c. 1, e 2, c. 1, e l'esclusione della subordinazione del divieto di esportazione delle cose private «di interesse storico, archeologico o artistico» alla loro iscrizione nel catalogo (art. 8, c. 1<sup>16</sup>).

Senza dimenticare, a monte, la sostituzione del criterio commerciale ed economico del “pregio” usato nella legge Nasi con il criterio dell’“interesse”, per di più aggettivato dal rinvio al criterio storico «indeclinabile sotto il profilo commerciale», che ben riflette l'importanza che il “passato” e la “storia” della Nazione avevano per la classe dirigente dell'epoca<sup>17</sup>.

Per tali ragioni le critiche della dottrina successiva in merito all'indeterminatezza del suo oggetto, all'eccessiva rigidità di alcune sue parti e all'ingiustificato permissivismo di altre<sup>18</sup> non possono far passare in secondo piano l'importanza di norme che, come autorevolmente osservato, «limitavano i diritti dei proprietari, fissando criteri generali ed abbandonando la strada dei provvedimenti singoli, per questo e per quel bene, in un'epoca in cui prevaleva la concezione favorevole alla proprietà libera da vincoli»<sup>19</sup>, anche se si trattava di norme “a misura” della *middle class* giolittiana (liberale-moderata) e quindi pensate e dettate in un'ottica meramente “protezionistica” del patrimonio culturale e non ancora a garanzia di una fruizione collettiva dei beni culturali che si affermerà compiutamente solo in epoca repubblicana<sup>20</sup> con il

delle nostre arti, volte alla ricerca inquieta e mobilissima di nuove riforme e di nuove visioni, ha reso rare e incomparabili nel loro pregio definitivo le antiche creazioni, è spontaneo e doveroso difenderle» (Cfr. Atti Parlamentari, Camera dei deputati, Legisl. XXIII, sessione 1902-1909, *Disegni di legge e relazioni, Disegno di Legge presentato dal ministro della Pubblica Istruzione (Rava) «Per le antichità e le belle arti»*, 1° dicembre 1906, n. 58, allegato alla relazione: *Proposta di legge «Per le antichità e le belle arti» della Commissione nominata dal ministro della Pubblica Istruzione*, relatore G. Rosadi, 19 maggio 1909, 17).

<sup>16</sup> Ai sensi dell'art. 8, c. 1: «È vietata l'esportazione dal Regno delle cose che abbiano interesse storico, archeologico o artistico tale che la loro esportazione costituisca un danno grave per la storia, l'archeologia o l'arte ancorché per tali cose non sia stata fatta la diffida di cui all'art. 5 [ossia la notifica dell'“importante interesse”]».

<sup>17</sup> A. Balzani, *Per le antichità e le belle arti. La legge n. 364 del 20 giugno 1909 e l'Italia giolittiana*, Bologna, 2003, 63.

<sup>18</sup> Cfr. M. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, 41 ss.; G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuti della proprietà*, Napoli, 1971, 88.

<sup>19</sup> S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rassegna degli archivi di Stato*, 1975, 1-3, 116 ss., 118.

<sup>20</sup> Non che la connessione tra “tutela pubblica”, “godimento collettivo dei beni”, “costruzione dell'identità” fosse del tutto sconosciuta al dibattito parlamentare di quegli anni.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

superamento dello Stato “minimo” liberale e l’affermazione dello Stato sociale.

Anche il «godimento pubblico dei beni» a cui fa riferimento la legge n. 1089/1939 di “*Tutela delle cose di interesse artistico e storico*” (art. 7) va infatti calato nel contesto della “politica culturale” del regime fascista che si «impadronì» dei temi culturali (la tutela delle cose d’arte, la tutela delle bellezze naturali e del paesaggio, il restauro, i musei, le mostre, l’arte moderna, l’istruzione artistica<sup>21</sup>) e dei problemi dell’amministrazione (sia centrale che periferica) per inquadrarli tutti nel disegno politico della “fascistizzazione” dello Stato italiano, che non ammette conflitti tra interessi privati e interesse pubblico in quanto i primi confluiscono «ordinatamente nell’interesse superiore, riassuntivo della Nazione»<sup>22</sup>.

Basti pensare alle posizioni della sinistra socialista rappresentate in aula da Ettore Ciccotti il quale, partendo dall’assunto che le opere d’arte dovessero considerarsi «oggetto di un diritto indiscutibile della Nazione, che non [poteva] essere assolutamente manomesso», poneva l’attenzione sulla necessità della “valorizzazione” del patrimonio culturale. La posizione da cui partiva la proposta di riforma della legge Nasi, ben espressa nel dibattito da Felice Bernabei (ex segretario alla Direzione generale degli scavi e dei musei, poi funzionario della Direzione generale delle antichità e delle belle arti), era invece quella della mera “conservazione”, della “salvezza” del patrimonio archeologico ed artistico «per le esigenze della cultura e del decoro nazionale» (Atti Parlamentari, Camera dei deputati, Legisl. XXI, 2° sessione, *Discussione*, 28 aprile 1903, n. 7041).

<sup>21</sup> In ordine al ruolo dell’arte come strumento fondamentale di educazione della collettività la posizione di Bottai è chiara: «[...] Il mio pensiero al riguardo è che l’arte è un valore essenziale ed attuale della personalità nazionale e quindi del patrimonio ideale che lo Stato amministra, organizzando e guidando il Popolo. Una politica che voglia essere veramente la organizzazione della vita nazionale in ordine ai supremi fini dello Stato, deve curare il fatto arte in tutte le sue manifestazioni: spirituali e creative, educative, sociali ed economiche. Lo Stato nel nostro sistema non si diletta di critica d’arte, ma *educa il popolo alla coscienza delle sue responsabilità e della sua funzione nella civiltà del mondo* [corsivo aggiunto]. E poiché sa che il popolo italiano ha detto in ogni tempo (e con l’arte non meno che col pensiero, col diritto e con le armi) parole solenni e decisive per la civiltà del mondo, non è per eclettico gusto, ma per inderogabile necessità politica che chiede alle energie artistiche della Nazione una militante partecipazione all’azione politica, da esso Stato inesorabilmente condotta, per la difesa di quella civiltà contro tutte le forze disgregatrici e le ideologie dissolventi. [...] fra tanti valori che il Fascismo ha scoperti, in primo piano, si riconosce all’arte un posto essenzialissimo nella personalità *politica* [corsivo nel testo] del Popolo italiano, un posto fondamentale e costitutivo in quella civiltà italiana che il Fascismo è sorto a difendere, che vuole sviluppata e affermata nel mondo, alla quale ha ridato gloriosamente l’unico sostegno veramente valido: quello dell’Impero politico» (così G. Bottai, *Politica fascista delle arti*, Roma, 1940, 53-55).

<sup>22</sup> M. Serio, *Istituzioni e politiche per i beni culturali. Materiali per una storia*, Bologna, 2004, 36.

Come spiegava l'allora Ministro dell'Educazione Nazionale Giuseppe Bottai, che della l. n. 1089/1939 fu il promotore, intervenendo al Convegno dei Soprintendenti del luglio 1938, «l'unità ideale» del popolo italiano «era un fatto compiuto, nell'arte, molti secoli prima che, con le armi, si avverasse l'unità politica»: di qui il dovere dello Stato (fascista) di tutelare tale patrimonio ed in ultima analisi la «funzione politica della tutela artistica»<sup>23</sup>.

Del tutto in linea con il manifesto politico di Bottai, le parole usate da Santi Romano, Presidente della Commissione che elaborò il testo della l. n. 1089/1939, nella *Relazione sul progetto di legge per le tutela delle cose di interesse artistico e storico* del 12 maggio 1938<sup>24</sup>, per il quale «Lo Stato Fascista, in conformità dei principi cui esso si informa, non solo non può disinteressarsi del patrimonio artistico e storico, che è una delle più preziose ricchezze spirituali del nostro Paese, ma deve opportunamente tutelarlo con sempre più assidua e vigile cura», adeguando la previgente normativa ai «fondamenti etici dello Stato Fascista».

Per molti commentatori la legge Bottai operò una sostanziale «riverniciatura in senso autoritario» della legge Rosadi, rileggendo in chiave corporativa il principio del contemperamento degli interessi pubblici e privati attraverso la graduazione dell'interesse storico-artistico che legittimava l'apposizione del vincolo sui beni privati («particolarmente importante»), sulla base del quale si obbligavano i privati ad ammettere la visita per scopi culturali dei beni culturali posseduti («eccezionale interesse»), che legittimava l'espropriazione («importante interesse») o il divieto di esportazione<sup>25</sup> (riducendo al contempo la tassa d'esportazione per non deprimere, per ragioni economiche oltre che propagandistiche, il mercato dell'arte) ed affermando i principi, tipici dell'organizzazione fascista, del centralismo e della gerarchia con l'attribuzione al Ministro del compito di apprezzare tali interessi (in alcuni casi previo parere, non vincolante, del Consiglio nazionale dell'Educazione, delle Scienze e delle Arti)<sup>26</sup>.

Istanze centraliste che stanno ovviamente alla base anche degli interventi di riforma dell'organizzazione di settore, tanto al centro con la crea-

<sup>23</sup> *Direttive per la tutela dell'arte antica e moderna (Dichiarazioni del Ministro)*, in *Le Arti*, anno 1, fasc. I, ottobre-novembre, 1938, 42 ss., 43.

<sup>24</sup> Pubblicata in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 1, 278 ss.

<sup>25</sup> «È vietata l'esportazione dallo Stato delle cose indicate nell'art.1 quando presentino tale interesse che la loro esportazione costituisca un ingente danno per il patrimonio nazionale tutelato dalla presente legge» (art. 35).

<sup>26</sup> Su tali profili diffusamente M. Serio, *Istituzioni e politiche per i beni culturali. Materiali per una storia*, cit., 42 ss.; A. Ragusa, *Alle origini dello Stato contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento*, cit., 198 ss.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

zione dell'Istituto centrale del restauro<sup>27</sup> («un centro coordinatore che raccolga e vagli tutte le esperienze singole e da esse tragga un'esperienza di validità generale, da esse esprima un concreto, durevole insegnamento»<sup>28</sup>) e del Consiglio nazionale dell'Educazione, delle Scienze e delle Arti<sup>29</sup>, che in periferia con la riforma delle soprintendenze<sup>30</sup>.

La legge Bottai, mantenendo la connotazione “difensiva” propria degli interventi legislativi post-unitari, si poneva quindi come primario obiettivo la “conservazione, l'integrità e la sicurezza” del patrimonio culturale al fine di tramandarlo integro alle generazioni future, facendo peraltro leva sulla “necessità” della tutela in chiave propagandistica: «La piccola pieve romanica sparsa nella campagna, non è, dal nostro punto di vista, meno importante che la cattedrale della grande città; segna un punto d'arrivo nell'espansione della cultura, documenta l'esistenza antica di una tradizione locale, è oggetto della devozione e dell'orgoglio di una popolazione; ed anche quella popolazione è gente d'Italia, nel cui cuore dobbiamo alimentare l'attaccamento alla tradizione locale, nella cui mente dobbiamo coltivare la coscienza dell'antica nobiltà della stirpe[...] Creare, dunque il grande panorama artistico dell'Italia [...]; spingere lo sguardo anche nei recessi meno aperti e fecondi e rintracciare tutti i segni dell'antica grandezza; dare ad ogni paese e ogni gente, sia pure la più rozza e lontana, la coscienza della propria tradizione storica e artistica; ecco il compito scientifico della nostra Amministrazione, ed ecco uno dei punti nei quali più manifestamente il compito scientifico si identifica con un compito politico»<sup>31</sup>.

Di qui anche la nuova immagine di museo proposta dal regime, non più «mero documento [corsivo nel testo], spoglia esanime, ma attuale valore della personalità storica nazionale, nella quale la tradizione è viva come una costitutiva premessa eternamente presente» e più in generale «l'interesse che la buona politica non può negare alle nuove tendenze artistiche, tutte le volte che esse si concretino in risultati, mostrino una ricerca sin-

<sup>27</sup> L. 22 luglio 1939, n. 1240, *Creazione del Regio Istituto Centrale del Restauro presso il Ministero dell'educazione nazionale*.

<sup>28</sup> *Direttive per la tutela dell'arte antica e moderna (Dichiarazioni del Ministro)*, cit., 49.

<sup>29</sup> R.d.l. 21 settembre 1938 n. 1673 conv. in l. 16 gennaio 1939, n. 289, *Conversione in legge del Regio decreto-legge 21 settembre 1938-XVI n. 1673, concernente l'istituzione del Consiglio nazionale dell'educazione, delle scienze e delle arti*.

<sup>30</sup> L. 22 maggio 1939, n. 823, *Riordinamento delle soprintendenze alle antichità e all'arte*, che interveniva sul modello prefigurato dal r.d. 31 dicembre 1923 n. 3164, *Nuovo ordinamento delle Soprintendenze alle opere di antichità e d'arte*.

<sup>31</sup> *Direttive per la tutela dell'arte antica e moderna (Dichiarazioni del Ministro)*, cit., 48.

cera, rispondano ad esigenze attuali e significhino qualcosa nell'ora presente»<sup>32</sup>.

### 3. L'Italia Repubblicana: dalla tutela del patrimonio storico-artistico alla promozione dello sviluppo della cultura

Con l'adozione della Carta costituzionale, che all'art. 9 affida alla Repubblica la «tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione» (c. 2)», unitamente alla promozione dello «sviluppo della cultura» (c. 1), si assiste al passaggio da una «concezione puramente statico-conservativa della tutela dei beni culturali», intesa come mera protezione e salvaguardia dell'esistente, ad una «concezione dinamica orientata al loro pubblico godimento, in quanto naturalmente destinati alla pubblica fruizione e alla valorizzazione, come strumenti di crescita culturale della società»<sup>33</sup>, cui si ricollegano le ben note ricostruzioni dogmatiche del bene culturale come «bene di interesse pubblico», bene pubblico «non in quanto bene di appartenenza ma in quanto bene di fruizione»<sup>34</sup>.

Per quanto si debba alla Costituzione l'affermazione dell'idea illuministica della tutela quale «mezzo per la crescita culturale della società, attraverso la pubblica fruizione del valore culturale insito nelle cose di interesse storico-artistico»<sup>35</sup>, occorre ricordare come la formulazione dell'art. 9 e la sua collocazione tra i principi fondamentali della Costituzione siano frutto di un'elaborazione non “del tutto consapevole” dei padri costituenti<sup>36</sup>.

L'analisi dei lavori dell'Assemblea Costituente ci restituisce in effetti l'immagine di un dibattito interamente concentrato sulla formulazione del secondo comma dell'art. 9 ed in particolare sulla necessità di delimitare l'ambito oggettivo dell'intervento pubblico in modo da ricomprendervi

<sup>32</sup> In questi termini G. Bottai, *Politica fascista delle arti*, cit. 55.

<sup>33</sup> Così P. Carpentieri, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2005.

<sup>34</sup> Il riferimento è alle tesi di A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, 1959, 277 ss. ed in particolare 286; M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1, 3 ss., 31; G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuti della proprietà*, cit., 3 ss.; F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002, 47 ss.

<sup>35</sup> Usando le parole di P. Carpentieri, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, cit.

<sup>36</sup> Sulla genesi dell'art. 9 Cost. vedasi M. Cecchetti, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2008, 217 ss.; F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 10 ss.; M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2008, 81 ss.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

tanto i beni monumentali (anche naturali) che i beni mobili di valore storico-artistico e sull'opportunità di sventare i "pericoli" del nascente ordinamento regionale.

Il primo problema venne risolto con l'utilizzo della locuzione «patrimonio storico-artistico della Nazione» dove il termine "Nazione", inteso nella sua «accezione spirituale», è evocativo di tutti quei beni (culturali e paesaggistici) «che concorrono, per le loro caratteristiche, a fondare o rafforzare il sentimento nazionale»<sup>37</sup>; il secondo, invece, con l'attribuzione dei compiti di tutela alla "Repubblica", formulazione che lasciava impregiudicata la possibilità di interventi statali e regionali in materia ma del tutto irrisolto il nodo del riparto di competenze tra Stato ed enti territoriali che di lì a poco, come vedremo, il legislatore ordinario avrebbe dovuto affrontare.

L'ulteriore circostanza che nel corso del dibattito assembleare in molti obiettarono persino sull'utilità della previsione *de qua*, in ragione dell'esistenza di leggi «speciali e concrete» che tutelavano tanto il patrimonio artistico che il paesaggio, ha indotto autorevole dottrina a ritenere che l'art. 9 non sia stato altro che una «sublimazione della legislazione esistente al momento dell'elaborazione della carta»<sup>38</sup>, ossia della l. n. 1089/1039 e della coeva l. n. 1497 sulla protezione delle bellezze naturali.

Quanto al comma 1, è sufficiente ricordare che nella versione attuale comparve solo alla fine della discussione in Assemblea e che venne approvato praticamente senza alcun dibattito, nel disinteresse di parte della coeva dottrina che, come ci racconta Merusi<sup>39</sup>, considerò la norma addirittura priva di contenuto normativo.

Occorrerà pertanto aspettare i primi anni Settanta perché la dottrina, "agganciando" l'obbligo di preservare il patrimonio storico artistico della Nazione di cui al c. 2 al fine generale di promozione della cultura esplicitato nel c. 1<sup>40</sup>, "scopra" il valore normativo dell'art. 9 ponendolo al centro del dibattito sul modello costituzionale del patrimonio culturale in relazione con gli artt. 2, 3, 33, 34 e 42 Cost.<sup>41</sup>. Secondo tale lettura «se lo scopo da

<sup>37</sup> Così F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 208.

<sup>38</sup> F. Merusi, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, I, Bologna, 1975, 442 ss., 442.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> F. Merusi, *Art. 9*, cit., 446; A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente. Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, II, 379 ss., 390-394.

<sup>41</sup> A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, cit., 406 ss.; M.S. Giannini, *Sull'articolo 9 della Costituzione*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991, III, 433 ss. ed in particolare 442 ss.

raggiungere consiste nel miglioramento del livello culturale dei consociati, in nessun caso l'intervento devoluto alla "Repubblica" può ridursi alla semplice gestione del patrimonio culturale ereditato dalle generazioni precedenti: tale intervento deve offrire invece un impulso alla creazione e alla distribuzione dei fatti culturali. Ciò vale in primo luogo per la promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica; ma vale anche per la conservazione dei beni di interesse storico artistico nonché per la tutela del paesaggio», espressione anch'esso «dell'identità culturale del popolo»<sup>42</sup>.

L'affermazione della visione dinamica della tutela e della fruizione del patrimonio storico-culturale quale elemento fondante della partecipazione alle scelte e della costruzione di uno sviluppo fondato sull'identità storica della nazione dovette però fare i conti con la fragilità di un sistema amministrativo, quello delineato dalle riforme del 1939, che di fatto non aveva mai operato ed era quindi del tutto impreparato ad affrontare i crescenti bisogni innescati dal nuovo quadro costituzionale<sup>43</sup>.

Alla *Commissione mista per la tutela del paesaggio e la valorizzazione del patrimonio artistico e culturale*, istituita nel 1956 per procedere alla ricognizione delle condizioni tecnico-economiche delle strutture di tutela, fece così seguito nel 1964 la *Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, la c.d. Commissione Franceschini, che si proponeva di definire gli oggetti della tutela, di individuarne le modalità di salvaguardia e valorizzazione proponendo una modifica del quadro organizzativo esistente.

Sotto il primo dei tre profili alla Commissione Franceschini va sicuramente riconosciuto il merito di aver abbandonato la concezione meramente estetica ed elitaria delle "cose d'arte" ed introdotto la definizione di "bene culturale" «quale testimonianza materiale avente valore di civiltà» che sarà ripresa (espunto il riferimento al valore materiale della testimonianza) sia dall'art 4 del t.u. n. 490 del 1999 (anche se in via residuale ossia a «chiusura e integrazione dell'elenco delle cose che presentano un interesse culturale»<sup>44</sup>) che dall'art. 2, d.lgs. n. 42/2004 recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio (*infra* par. 5).

Sul piano organizzativo, viceversa, la proposta della Commissione

<sup>42</sup> Così M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Milano, 1991, 10-11.

<sup>43</sup> In questi termini F. Franceschini, *L'impegno della Costituzione italiana per la salvaguardia dei beni culturali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente. Le libertà civili e politiche*, cit., 227 ss., 229.

<sup>44</sup> Come evidenziato da L. Casini, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 679 ss., 680.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

Franceschini di creare un'amministrazione autonoma per i beni culturali fu superata dalla II Commissione Papaldo (istituita con d.m. 31 marzo 1971<sup>45</sup>) i cui lavori anticiparono l'istituzione del ministero di settore da parte della l. 29 gennaio 1975, n. 5, c.d. legge Spadolini, di conversione del d.l. 14 dicembre 1975, n. 657.

Nei fatti la struttura organizzativa esisteva già perché il Ministero si innestò sulla Direzione generale delle antichità e belle arti e sulla Direzione generale delle accademie, biblioteche e diffusione della cultura che facevano capo al Ministero della Pubblica Istruzione e sulla Direzione generale degli archivi di stato che apparteneva al Ministero degli Interni, unendovi gli uffici della Presidenza del Consiglio che svolgevano funzioni in materia di editoria e la Discoteca di stato, istituita nel 1928 sulla base del primo fondo italiano di documentazione sonora che fin dal 1924 raccoglieva le testimonianze orali dei protagonisti della Grande Guerra.

Per quanto nei propositi del suo ideatore il Ministero dovesse concorrere quale «strumento tecnico, e non burocratico» (né tantomeno politico) «alla realizzazione di un grande progetto politico: la collocazione centrale nella politica italiana della questione dei beni culturali»<sup>46</sup>, le critiche che ne accompagnarono l'istituzione furono aspre<sup>47</sup> e per lo più legate alla scelta di riformare il centro proprio nel momento in cui diventava operativo il si-

<sup>45</sup> Mentre la II Commissione Papaldo, pur insediatasi, non concluse mai i propri lavori, la I Commissione Papaldo, insediata il 9 aprile 1968 con il compito di predisporre uno schema delle strutture amministrative in grado di dare attuazione alle Dichiarazioni della Commissione Franceschini, elaborò un organico progetto di legge composto da ben 136 articoli. È alla I Commissione Papaldo che spetta il merito di aver ampliato la nozione di «bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà» ricomprendendovi anche i beni di interesse audiovisivo, paleontologico, paleontologico, oltre alle singolarità geologiche, botaniche e faunistiche (v. art. 1).

<sup>46</sup> Perché «non deve essere un Ministero della Cultura, né tantomeno della cultura popolare; ma in generale di nessuna altra cultura, perché lo Stato democratico non è possessore di una cultura. Lo Stato democratico è difensore di un patrimonio culturale, che è patrimonio di tutti, ma non deve gestire esso, e cioè strumentalizzare la Cultura [ma deve essere] una struttura di promozione nella linea di tendenza e di conservazione nella urgenza immediata [...]. Però conservazione non antiquariale [...]; ma conservazione nel senso di creare le premesse per una fruizione più larga di questi beni ad opera di un'intera società civile che ha dimostrato di possedere interiormente questi valori e [...] che quindi ha in questo campo un diritto che io giudico prioritario, un diritto a cui lo Stato deve solo offrire gli strumenti essenziali tecnico-scientifici di tutela, senza sovrapporsi con iniziative che sfruttino e degradino la cultura a fini pretestuosi e di parte», così Giovanni Spadolini nella seduta della Camera del 23 gennaio 1975.

<sup>47</sup> Come riporta S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, cit., 132 s.

stema regionale e diventava urgente definire l'assetto delle competenze tra i diversi livelli di governo.

Quando cioè si sarebbe dovuta dare un'adeguata risposta al crescente sentimento di appropriazione da parte delle comunità locali del "proprio patrimonio culturale", elaborando soluzioni organizzative e funzionali in grado di concretare tale identificazione.

#### **4. La "regionalizzazione" dei beni culturali: dal bene come "valore da preservare" al bene come "risorsa" per lo sviluppo socio-economico delle autonomie locali**

La riconduzione della tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione al novero dei compiti fondamentale della Repubblica quale strumento di promozione dello sviluppo culturale della collettività; l'evoluzione in termini qualitativi della nozione di bene culturale ed il conseguente aumento delle tipologie e del numero dei beni ritenuti meritevoli di tutela, l'accresciuta consapevolezza delle comunità locali in ordine al "valore" di tale patrimonio e alla sua capacità di concorrere allo sviluppo socio-economico del territorio, non poteva che determinare una crescente domanda di competenze da parte del sistema delle autonomie locali<sup>48</sup>.

La risposta del legislatore statale si farà attendere. Dopo i primi "timidi" conferimenti operati dal d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 3, che trasferiva alle Regioni le funzioni amministrative in materia di «musei e biblioteche di enti locali» (art. 7) e «beni librari» (art. 8) prevedendo un delega (poi abrogata) alle Regioni in ordine alla conservazione di manoscritti, codici antichi, incunaboli, stampe e iscrizioni rare e di pregio (art. 9) e dal d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, che completato il trasferimento di competenze in materia di «musei e biblioteche di enti locali» (art. 47) rimetteva ad una legge (mai adottata) il compito di individuare le funzioni di regioni ed enti locali

<sup>48</sup> Sulle politiche del decentramento amministrativo in materia di beni culturali, senza alcuna pretesa di esaustività: M. Bessone, *Sul ruolo delle Regioni nell'amministrazione dei beni culturali. Prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 33 ss.; A. Predieri, *Commento all'art. 47 del d.P.R. n. 616 del 1977*, in *I nuovi poteri delle Regioni e degli enti locali*, a cura di A. Barbera, F. Bassanini, Milano, 1978, 311 ss.; G. Morbidelli, *L'azione regionale e locale per i beni culturali*, in *Le Regioni*, 1987, 5, 946 ss.; M. Cammelli, *Riordino dei beni culturali in una prospettiva di forte decentramento istituzionale*, in *Reg.*, 1996, 4, 619 ss.; S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 7, 673 ss.; L. Bobbio, *Il decentramento della politica dei beni culturali*, in *Ist. fed.*, 1997, 2, 291 ss.; M. Ainis, *Il decentramento possibile*, in *Aedon*, 1998, 1.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

con riferimento alla «tutela ed alla valorizzazione del patrimonio storico, librario, artistico, archeologico, monumentale, paleontologico ed etnoantropologico» (art. 48), è con la c.d. terza regionalizzazione operata dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che alla funzione di tutela, mantenuta saldamente al centro, si affiancano le funzioni di gestione e valorizzazione le quali vengono attribuite al sistema delle autonomie locali nel rispetto del principio di leale collaborazione (necessaria) tra Stato, regioni ed enti locali (cfr. artt. 150 e 152<sup>49</sup>).

La centralità che nella definizione della funzione di gestione e di valorizzazione proposta dal legislatore delegato assume la (finalità di) fruizione collettiva dei beni culturali e ambientali racconta molto, al di là delle molte perplessità emerse in dottrina in ordine all'esistenza di criteri distintivi idonei a distinguerle<sup>50</sup>, del completo superamento della concezione aristocratica delle cose d'arte che fino a poco tempo prima si pensava non dovessero nemmeno abbisognare di iniziative a rilevanza economica e sociale<sup>51</sup>.

L'accento sulla fruizione collettiva del patrimonio culturale accresce poi inevitabilmente l'importanza del contesto locale in cui il bene è inserito e di cui è espressione richiamando il necessario coinvolgimento dei livelli di governo locale, i quali, nell'ottica di una politica dei beni culturali che sia "promozionale" e non solo "conservativa", sono sicuramente meglio attrezzati ad adottare politiche gestionali e di valorizzazione in grado di promuovere lo sviluppo socio-economico del proprio territorio<sup>52</sup>.

Anche l'espresso inserimento tra i beni culturali (cfr. art. 148, co. 1, lett. a)) di quelli "demoetnoantropologici", oltre a confermare il definitivo superamento della concezione estetizzante del bene culturale propria della legislazione vigente, sembra "strizzare" l'occhio alle autonomie locali, destinarie naturali delle funzioni di valorizzazione dei beni di pertinenza delle arti e tradizioni popolari e della cultura materiale espressa dal contesto territoriale di provenienza.

Negli anni seguenti, al fine di dare piena attuazione ai principi del de-

<sup>49</sup> Commentati da G. Pitruzzella, *Artt. 148-149-150*, in *Lo Stato autonomista: funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, a cura di G. Falcon, Bologna, 1998, 491 ss. e G. Corso, *Art. 152, ibidem*, 505 ss.

<sup>50</sup> M.P. Chiti, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lgs. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, 1998, 1; C. Barbati, *I soggetti*, in *Diritto e gestione dei beni culturali*, a cura di C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciallo, Bologna, 2011, 111 ss., 122; S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, cit., 674.

<sup>51</sup> Di questa opinione M.P. Chiti, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lgs. n. 112/1998: prime note esegetiche*, cit.

<sup>52</sup> L. Bobbio, *Il decentramento della politica dei beni culturali*, cit., 303 e 311 ss.

centramento amministrativo, la disciplina dei beni culturali ha sostanzialmente ruotato attorno alla dialettica Stato-autonomie arrivando con la riforma costituzionale del Titolo V ad enfatizzare la distinzione tra tutela e valorizzazione onde “costituzionalizzare”, in ordine all’esercizio delle competenze in materia di valorizzazione, il ruolo delle autonomie locali.

Il Codice dei beni culturali del 2004, conformandosi alle indicazioni contenute nella sentenza n. 26 del 20 gennaio 2004 della Corte costituzionale, ha riletto il quadro delle competenze delineato dalla riforma costituzionale del 2001 riconoscendo allo Stato un potestà legislativa che va oltre la definizione dei principi generali della materia qualora sia chiamato a disciplinare la funzione di valorizzazione di beni culturali che sono nella sua titolarità o disponibilità (art. 7, c. 1) ed anche una potestà regolamentare che in materia non gli spetterebbe in quanto titolare di una potestà legislativa concorrente e non esclusiva.

Per quanto concerne l’allocazione delle funzioni amministrative nessuna novità sulla funzione di tutela che, “per esigenze di esercizio unitario”, è attribuita al Ministero; scompare invece il riferimento alla gestione che viene assorbita nella funzione di valorizzazione<sup>53</sup> il cui esercizio, in linea con il criterio dominicale introdotto dall’art. 152, d.lgs. n. 112/2008, viene attribuito a ciascun soggetto pubblico con riferimento «ai beni di cui ha comunque la disponibilità» (art. 112, c. 6).

Al netto del ricorso agli strumenti del coordinamento e della cooperazione interistituzionale (cfr. artt. 5, 6, 7, 112 Codice)<sup>54</sup> che rappresentano il *leitmotiv* del modello di riparto delle competenze amministrative tra Stato, regione ed enti locali nel settore dei beni culturali a conferma della difficoltà di definire con certezza i rispettivi ambiti di competenza.

Il rinvio al principio consensuale, in particolare nell’art. 112 del Codice, non va però inteso solo in chiave “difensiva” come mero strumento per la ricomposizione dei conflitti tra i diversi livelli di governo, bensì in chiave “propulsiva” quale strumento di promozione e valorizzazione economica del patrimonio culturale anche e soprattutto locale<sup>55</sup>.

La centralità di tale strumento è confermata dalla disciplina sul federalismo demaniale che, in sede di prima applicazione, ha inserito la procedura

<sup>53</sup> Sul rapporto tra funzione di valorizzazione e gestione vedasi C. Barbati, *L’attività di valorizzazione (art. 111)*, in *Aedon*, 2004, 1.

<sup>54</sup> M. Cammelli, *Pluralismo e cooperazione*, in *Diritto e gestione dei beni culturali*, cit., 175 ss. ed in particolare 185 ss.

<sup>55</sup> Sul patrimonio culturale come strumento di sviluppo economico del territorio vedasi W. Santagata, *Il governo della cultura: promuovere sviluppo e qualità sociale*, Bologna, 2014.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

di trasferimento della proprietà di beni culturali dello Stato agli enti locali nell'ambito degli accordi di valorizzazione e dei conseguenti piani e programmi strategici di sviluppo culturale di cui all'art. 112 del Codice (v. art. 5, c. 5, d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85).

Al di là dei pericoli paventati da attenta dottrina in ordine alla circostanza che gli enti locali vedessero nella riforma più che «una storica occasione per l'assunzione di dirette responsabilità nella gestione dei beni pubblici ubicati nei rispettivi territori [...] una occasione insperata di far cassa in un momento di eccezionale scarsità di risorse trasferite»<sup>56</sup>, la modestia dei numeri relativi ai trasferimenti effettivamente compiuti<sup>57</sup> svela il sostanziale fallimento della riforma, che sarebbe sin troppo facile attribuire unicamente alla (cronica) penuria di risorse economiche a disposizione degli enti locali per la promozione di adeguati progetti di valorizzazione. L'infelice congiuntura economica nella quale si è inserita la riforma del federalismo fiscale demaniale non può infatti farne passare sotto traccia limiti e contraddizioni: dalla mancata analisi comparativa del progetto di valorizzazione proposto dall'ente locale interessato al trasferimento rispetto al modello di gestione statale quasi a voler presumere «che la gestione statale di beni culturali sia ottimale e che per giustificarne il trasferimento a terzi (anche se enti pubblici) sia necessario fornire la prova contraria della superiorità di un diverso progetto»<sup>58</sup>, alla scelta di affidare tale giudizio alla stessa amministrazione che detiene il bene oggetto di conferimento, ossia il Mibact, attraverso i Tavoli Tecnici Operativi previsti dalla circolare ministeriale del 18 maggio 2011.

Tutto ciò sembra confermare l'idea che la disciplina del federalismo demaniale culturale abbia solo contribuito ad arricchire di un nuovo contenuto gli accordi di valorizzazione previsti dal Codice dei beni culturali, innovando poco nell'orizzonte del federalismo fiscale e confermando, semmai ce ne fosse stato bisogno, la centralità del momento della cooperazione interistituzionale nella gestione del patrimonio culturale nazionale (anche locale).

<sup>56</sup> Così A. Police, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, 1233 ss., 1328.

<sup>57</sup> Al momento in cui si scrive l'Agenzia del Demanio ha ricevuto 646 richieste di trasferimento di beni appartenenti al demanio storico-artistico e l'iter di trasferimento si è definitivamente concluso solo per 61 immobili, devoluti a comuni.

<sup>58</sup> Così A.L. Tarasco, *Il federalismo demaniale e la sussidiarietà obliqua nella gestione dei beni culturali*, in *Riv. giur. mezz.*, 2011, 4, 1069 ss., 1087. È peraltro interessante osservare come il Codice dei beni culturali, nel disciplinare il trasferimento dei beni del demanio culturale inalienabile dallo Stato agli enti locali (cfr. art. 55, c. 3), non preveda la presentazione di alcun progetto di valorizzazione.

## 5. Dalla dimensione codicistica alla dimensione globale del patrimonio culturale ed i suoi effetti sulle politiche di tutela e valorizzazione

Come accennato in premessa il Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, confermando la scelta del Testo Unico del 1999<sup>59</sup>, ha accolto la concezione unitaria del patrimonio culturale nazionale proposta dall'art. 9, secondo comma Cost., facendovi confluire sia i "beni culturali", ossia «le cose mobili e immobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano un interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà», che i "beni paesaggistici", ossia «gli immobili e le aree indicati all'art. 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge» (art. 2, c. 2 e 3 del Codice).

Beni che per la comune connotazione (ossia il valore culturale che possiedono) e per la rilevanza ai fini della costruzione dell'identità nazionale<sup>60</sup> «sono assoggettati ad un regime pubblicistico particolare a garanzia di un interesse pubblico superiore all'incondizionata disponibilità proprietaria»<sup>61</sup>, che è poi quello richiamato dal c. 2 dell'art. 1 del Codice di «promuovere lo sviluppo della cultura» e di «preservare la memoria [leggasi identità] della comunità nazionale e del suo territorio».

Coerentemente con tali finalità, la nozione di patrimonio culturale accolta dal Codice ne presuppone «l'oggettiva storicità»<sup>62</sup>, «la sua sedimentazione nella coscienza collettiva e l'avvenuta oggettivazione del giudizio»<sup>63</sup> attraverso rigorose procedure di accertamento dell'interesse culturale (semplice, particolarmente importante, eccezionale o notevole) o del «notevole interesse pubblico», postulando l'esistenza (per i beni culturali) di un forte legame con il «territorio».

<sup>59</sup> La nozione unitaria di «patrimonio culturale nazionale», comprensiva dei beni culturali ed ambientali, compariva già nella l. 29 gennaio 1975, n. 5, istitutiva del Ministero per i beni culturali e ambientali e nel d.P.R. di organizzazione del Ministero n. 805 del 3 dicembre 1975.

<sup>60</sup> Rilevanza che il Codice ribadisce per i beni paesaggistici nell'art. 131, c. 1 e 2, ritenendola al contrario implicita per i beni culturali.

<sup>61</sup> G. Severini, *Art. 2 (sub)*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 3 ss., 16.

<sup>62</sup> Di qui la scelta di escludere dal novero dei beni culturali le opere d'arte contemporanea per le quali si è ritenuto di non dover affrettare un giudizio in ordine alla rilevanza artistico-culturale.

<sup>63</sup> G. Severini, *Art. 2 (sub)*, cit., 16.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

Tale legame se non può essere occasionato dalla semplice circostanza dell'esistenza all'interno dei confini nazionali di un bene consente però di ricomprendere all'interno del patrimonio culturale nazionale anche beni realizzati da artisti stranieri, se e nella misura in cui concorrano a valorizzare la memoria del patrimonio culturale nazionale<sup>64</sup>.

Come il giudice amministrativo ha avuto modo di osservare, infatti, «se da un lato deve escludersi che il carattere di “nazionalità” del bene culturale costituisca una condizione imprescindibile affinché questo possa essere considerato componente del patrimonio culturale nazionale – in quanto la funzione di promozione della cultura con esso perseguita non è limitata solo a quella italiana, ma deve favorire anche la conoscenza di altre culture di cui i beni in questione costituiscono “testimonianza di civiltà” –, tuttavia, dall'altro non si può neppure ritenere comunque compreso nel “patrimonio culturale nazionale” qualunque cosa di interesse storico-artistico per qualsiasi motivo presente nel territorio dello Stato; perché questi possano «essere ritenuti elementi costitutivi e parte imprescindibile del predetto “patrimonio”, debbono presentare caratteri tali da rispondere alle funzioni sopra ricordate, in quanto il bene oggetto di tutela non è tanto la cosa in sé quanto piuttosto il valore culturale che questa rappresenta in quanto “testimonianza materiale di civiltà” e come “strumento” per la formazione e la crescita culturale della Comunità»<sup>65</sup>.

La dimensione “nazionale” del patrimonio culturale accolta, nei termini appena precisati, dal Codice del 2004 va oggi necessariamente riletta alla luce delle profonde trasformazioni che hanno investito la dimensione del “valore culturale” di cui esso è portatore per effetto del consolidamento del processo di integrazione europea e del ruolo di impulso e di rafforzamento delle politiche culturali svolto nell'ultimo decennio dall'Unione europea<sup>66</sup> unitamente a quello svolto da organizzazioni internazionali quali

<sup>64</sup> Su tale aspetto si soffermano T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 57-58.

<sup>65</sup> Tar Lazio, II *quater*, 5 settembre 2014, n. 9454, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>66</sup> Vedasi, ad esempio, la Comunicazione della Commissione 2007(242) del 10 maggio 2007, *Comunicazione su un'agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione*; la Comunicazione della Commissione Europea 2008(513) dell'11 agosto 2008, *Il patrimonio culturale europeo: basta un clic Progressi in materia di digitalizzazione e accessibilità on line del materiale culturale e della conservazione digitale nell'UE*, che promuove l'accessibilità su internet del patrimonio culturale e scientifico europeo che secondo la Commissione incarna «la storia e la diversità culturale del nostro continente»; ed ancora la Comunicazione della Commissione Europea *Strategia Europa 2020* (COM (2010) 2020) e le Conclusioni del Consiglio europeo sulla *governance culturale* del 26 novembre 2012 (2012/C 393/03).

l'Unesco nella salvaguardia del patrimonio culturale come strumento di integrazione tra i popoli.

Sotto il primo profilo, l'esplicito riferimento al necessario «rispetto della diversità culturale» contenuto nell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (divenuta vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) e l'ingresso nella nozione di patrimonio culturale delle espressioni culturali ascrivibili al patrimonio culturale immateriale<sup>67</sup> hanno certamente contribuito a riscrivere in termini del tutto nuovi il suo rapporto con il territorio, o meglio con i territori nazionali.

Nella *Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali* del 20 ottobre 2005<sup>68</sup> il concetto di “diversità culturale” rimanda infatti alla «molteplicità di forme mediante cui le culture dei gruppi e delle società si esprimono [compreso il *folklore* o la cosiddetta *traditional knowledge*]. Queste espressioni culturali vengono tramandate all'interno dei gruppi e delle società e diffuse tra di loro. La diversità culturale non è riflessa unicamente nelle varie forme mediante cui il patrimonio culturale dell'umanità viene espresso, arricchito e trasmesso grazie alla varietà delle espressioni culturali, ma anche attraverso modi distinti di creazione artistica, di produzione, di diffusione, di distribuzione e di apprezzamento delle espressioni culturali, indipendentemente dalle tecnologie e dagli strumenti impiegati» (art. 4, par. 1).

Quella di “diversità culturale” è chiaramente una nozione che guarda in due direzioni diverse, da un lato alla tutela e alla promozione dei diritti culturali «individuali», ossia al diritto (*human right*) del singolo di partecipare alla vita culturale attraverso la fruizione e produzione di contenuti culturali differenti, e dall'altro alla tutela e alla promozione dei diritti culturali «collettivi», ossia all'insieme delle «pratiche e comportamenti legati a un'appartenenza culturale, etnica, religiosa, ovvero a elementi che determinano l'identità di una persona in riferimento ad una collettività, sia essa maggioritaria o minoritaria»<sup>69</sup>.

In questa prospettiva il principio della diversità culturale richiamato

<sup>67</sup> Che anche il Codice dei beni culturali riconosce come «espressioni di identità culturale collettiva» salvo poi assoggettarle alle proprie disposizioni solo se «rappresentate da testimonianze materiali» e nella misura in cui «sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10» (art. 7-bis).

<sup>68</sup> Sul contenuto e la “portata” della Convenzione si rinvia all'analisi di G. Poggeschi, *La “Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali” dell'Unesco entra a far parte del corpus legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?*, in *Aedon*, 2007, 1.

<sup>69</sup> D. Ferri, *La costituzione culturale dell'Unione europea*, Padova, 2008, 52-53.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

dalla Carta, integrando i principi di eguaglianza formale e di non discriminazione di cui agli artt. 20 e 21, risponde certamente «all'esigenza pluralistica di salvaguardare le differenze che caratterizzano determinati gruppi minoritari, riconoscendole come parte del patrimonio storico e culturale del continente europeo»<sup>70</sup>. Ma non solo. In linea con il valore del pensiero anticonformista e critico che ne costituisce il substrato sostanziale va altresì incontro all'esigenza dell'individuo di esprimere appieno la propria identità culturale veicolando un'idea di cultura, quella europea, plurale e dinamica<sup>71</sup>.

Nella sua nuova dimensione, aperta ed intangibile, il patrimonio culturale (dei singoli Stati) non è più (solo) strumento per l'affermazione di un'identità culturale nazionale ma contribuisce attivamente alla creazione, nel rispetto della diversità delle espressioni culturali nazionali e regionali, di un'identità comune europea, anche nell'ottica dell'affermazione di una nuova “cittadinanza europea”<sup>72</sup>.

La formulazione del c. 1 dell'art. 167 (ex 151) del Trattato dell'Unione europea, secondo la quale “L'Unione *contribuisce* al pieno sviluppo delle *culture* degli Stati membri nel rispetto delle loro *diversità nazionali e regionali*, evidenziando nel contempo il *retaggio culturale comune* [corsivi aggiunti]”<sup>73</sup> sembra suggerire, non a caso, la volontà del legislatore comunitario di escludere nel campo della cultura una omogeneizzazione della normativa dei diversi Stati membri, dal momento che «proprio la salvaguardia delle diversità e la consapevolezza delle differenti esigenze sono considerate necessarie ed imprescindibili per garantire il raggiungimento della migliore tutela, fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale comune»<sup>74</sup>.

Un ruolo decisivo nella “deterritorializzazione” del patrimonio culturale è stato svolto dall'Unesco anche sul versante della fruizione del patrimonio culturale materiale attraverso il riconoscimento<sup>75</sup> di quei siti/beni ri-

<sup>70</sup>G. Rolla, E. Ceccherini, *Il riconoscimento delle diversità culturali e linguistiche nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 2, 660 ss., 661.

<sup>71</sup>L. Zagato, M. Lecco, *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, Milano, 2011.

<sup>72</sup>Come osserva M. Cammelli, *Per uno sguardo oltre la siepe*, in *Aedon*, 2008, 1.

<sup>73</sup>Dello stesso tenore i riferimenti alla cultura contenuti nel preambolo e nell'art. 3 del Trattato.

<sup>74</sup>Le parole sono di A. Fantin. *La cultura e i beni culturali nell'ordinamento comunitario dopo la Costituzione europea*, in *Aedon*, 2005, 3. Coerentemente con tale impostazione il c. 5 dell'art. 167 affida la realizzazione degli obiettivi di cui al comma 1 ad “azioni di incentivazione” da parte del Parlamento europeo e del Consiglio (previa consultazione del Comitato delle regioni) e ad atti normativi non vincolanti (raccomandazioni del Consiglio su proposta della Commissione).

<sup>75</sup>In merito a tale riconoscimento è necessario ricordare che l'iscrizione di un sito nella Lista dei patrimoni dell'umanità (*World Heritage List*, c.d. *WHL*) è sempre e comunque

tenuti portatori di particolarità di eccezionale importanza per l'intera comunità internazionale sul piano culturale o naturale. Gli strumenti di gestione dei siti Unesco, i c.d. Piani di gestione, sono un classico esempio di progetto integrato nel quale il recupero dell'identità sociale e della consapevolezza del valore culturale del sito da parte degli *stakeholder* e delle popolazioni locali procede di pari passo con la "promozione" del sito attraverso la comunicazione degli interventi di valorizzazione definiti nel Piano nell'ottica di una fruizione globale<sup>76</sup>.

Le prospettive in ultimo evocate non sono certo del tutto estranee alla nostra tradizione giuridica se è vero che già all'inizio dei suoi lavori la Commissione Franceschini, richiamandosi a principi già largamente affermati anche in sede internazionale, dichiarava di «voler riconoscere al patrimonio storico, archeologico, artistico e paesistico, oggetto della sua indagine, un preminente *valore di civiltà assoluta, universale e non transuente, tale da caratterizzarlo come patrimonio dell'umanità di cui ogni singolo, ogni Paese, ogni generazione debbono considerarsi soltanto depositari, e quindi responsabili di fronte alla società*, a tutto il mondo civile e alle generazioni future [corsivo aggiunto]».

Quanto poi al superamento della materialità della nozione di bene culturale è sufficiente ricordare come la migliore dottrina avesse colto l'immaterialità della testimonianza avente valore di civiltà sin dai primi anni '70<sup>77</sup>.

Diverse, o meglio ulteriori, ne sono piuttosto le implicazioni, che ci portano in un contesto globalizzato ad indagare sull'effettiva capacità del nostro ordinamento di soddisfare le nuove necessità della tutela e della valorizzazione.

Il che ci costringe a fare inevitabilmente i conti e con i ritardi del le-

promossa dai singoli Stati che, annualmente, presentano al Comitato per il patrimonio mondiale (*World Heritage Committee*, c.d. *WHC*) una lista di beni (c.d. *Tentative List*) che potrebbero avere un *outstanding universal value* corredata, per ogni singolo bene, da una *nomination* per l'inserimento nella *WHL*. In altri termini l'identificazione del patrimonio culturale dell'umanità presuppone che il bene/sito nazionale sia "già" ascritto dal singolo Stato al novero del proprio (nazionale) patrimonio culturale.

Analoghe considerazioni possono farsi in merito al patrimonio culturale immateriale dato che l'iscrizione di un'espressione culturale nella Lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale è proposta al Comitato intergovernativo dagli Stati aderenti alla Convenzione del 2003.

<sup>76</sup> Sulla dimensione globale del patrimonio culturale: L. Casini, *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010.

<sup>77</sup> M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 24 ss.; S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, cit., 136 ss. A conferma della rinnovata attenzione per il valore immateriale del patrimonio culturale vedasi gli Atti del Convegno di Assisi del 25-27 ottobre 2012, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, pubblicati nel numero 1 del 2014 di *Aedon*.

## la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale

gislatore, che dopo anni di riforme dedicate alla definizione del riparto di competenze tra Stato, regioni ed enti locali, che hanno avuto il «paradossale risultato di produrre un sofisticato livello di regolazione della fruizione e dell'accessibilità, concepito però per delimitare le competenze più che per soddisfare le esigenze della collettività» solo nel 2004 ha deciso di dotare la funzione di valorizzazione di mezzi, istituti e procedure<sup>78</sup> e anche con quelli del Governo che per molto tempo ha guardato ai problemi dell'amministrazione (dal d.P.R. 26 novembre 2007, n. 233 al d.P.R. 2 luglio 2009, n. 91) senza considerare specificamente le esigenze della fruizione universale.

Ciò premesso, nella più recente stagione di riforme sembra registrarsi un incoraggiante cambio di passo.

Non mancano certo interventi dedicati alla risoluzione di problemi specifici<sup>79</sup> o previsioni transitorie che lasciano molti margini di incertezza in ordine alla loro efficacia<sup>80</sup>, ma la recente attenzione per temi che consentirebbero di affrontare le sfide poste dalla nuova frontiera della fruizione globale (ad esempio la riproducibilità dei beni culturali<sup>81</sup>) e per la soluzione dei problemi gestionali dei musei<sup>82</sup> rappresentano quanto meno un passo nella giusta direzione.

### *Abstract*

*The process of construction of the unification of Italy is not only the result of a complex and difficult political process but it's especially the result of a process of integration of a people who shares a common cultural root that unites and identifies much more than an administrative frontier or a money.*

*The evolution of the legislation of cultural heritage shows clearly the steps of the construction process of the cultural and political identity of the Italian people.*

*If we add that the public policies for the protection of cultural heritage have been able to count from the first years after unification of the Kingdom of Italy on an administrative structure with specific competencies it's clear the contribution of the legislation of cultural heritage to construction and evolution of our institutional and administrative system.*

<sup>78</sup> L. Casini, *La globalizzazione dei beni culturali*, cit., 25.

<sup>79</sup> Pompei è un esempio che vale da solo per tutti (v. il c.d. Decreto Cultura, 8 agosto 2013, n. 91, conv. in l. 7 ottobre 2013, n.112).

<sup>80</sup> Vedasi le scelte del c.d. Decreto Art Bonus (d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. in l. 29 luglio 2014, n. 106) in ordine alle agevolazioni fiscali per i beni culturali.

<sup>81</sup> Sul quale è intervenuto l'art. 4 dell'Art. Bonus.

<sup>82</sup> Ci si riferisce ovviamente al d.p.c.m. n. 171 del 2014.



## ARTICOLI

FABIO SAITTA

### L'ORGANIZZAZIONE DELLA SALUTE: UNO SGUARDO AL (RECENTE) PASSATO PER COSTRUIRE IL FUTURO\*

SOMMARIO: 1. Lo stato attuale del Servizio Sanitario Nazionale italiano. – 2. Nascita ed evoluzione organizzativa del Servizio Sanitario Nazionale: breve *excursus* storico. – 3. Il fallimento della riforma del 1978 e la (conseguente) scelta del 1992-1999. – 4. Le aziende sanitarie tra pubblico e privato. – 5. La dirigenza sanitaria ed il difficile dosaggio tra politica e tecnica nel governo della sanità. – 6. La tutela della salute tra Stato, regioni e comuni. – 7. Pubblico e privato nel Servizio Sanitario Nazionale. – 8. Prestazioni sanitarie e vincoli finanziari. – 9. Bilancio dell'esistente e prospettive di ulteriori riforme.

#### 1. Lo stato attuale del Servizio Sanitario Nazionale italiano

In un recente ed interessante libro, un autorevole studioso, che già alcuni anni prima si era occupato di sistemi sanitari (Toth, F., 2009), ha provato a verificare, attraverso determinati parametri selezionati, se il sistema sanitario italiano possa davvero considerarsi uno dei migliori al mondo, come emerso da un'indagine svolta, all'inizio di questo secolo, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (Toth, F., 2014, recensito da D'Angelosante, M., 2014, 721). Altrettanto di recente, il Ministero della salute ha pubblicato la *Relazione sullo Stato Sanitario del Paese 2012-2013*, nella quale si afferma, sin dall'esordio, che «lo scenario italiano presenta un quadro complesso, sotto l'aspetto sia economico-finanziario sia clinico-assistenziale, che richiede sforzi notevoli», per cui «si impone un potenziamento dell'intero sistema di *governance* della sanità», ed in particolare «un'ottimizzazione delle risorse e dell'assetto organizzativo, anche con un ripensamento del ruolo e dell'integrazione di pubblico e privato, un rafforzamento della sanità integrativa, un rilancio delle eccellenze del Paese anche nell'ottica delle cure transfronta-

\* Contributo agli studi per il centocinquantesimo anniversario delle leggi amministrative di unificazione, presentati nel Convegno su: «1865-2015. A 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa» – Firenze, 15-16 ottobre 2015.

liere, un reinvestimento costante in sanità di quanto ricavato dalla revisione della spesa».

Da qui lo spunto per ripercorrere criticamente le tappe principali dell'evoluzione organizzativa del governo italiano della sanità al fine di trarre dalle esperienze passate indicazioni per il prossimo futuro.

## **2. Nascita ed evoluzione organizzativa del Servizio Sanitario Nazionale: breve *excursus* storico**

Sul finire del 1859, quando l'Italia era ormai avviata verso l'unificazione, venne emanata la prima compiuta legge sanitaria del nostro Paese<sup>1</sup>, il cui dettato venne ripreso qualche anno dopo nell'allegato C alla legge di unificazione amministrativa del 20 marzo 1865, i cui 33 articoli unificarono in tutto il Regno il governo della sanità pubblica secondo il modello che si era delineato nel Regno di Sardegna tra il 1847 ed il 1851 (Soresina, M., 2015, 180). Si trattava invero di un articolato normativo definito «senza alcun criterio di vera e propria organizzazione sanitaria; la Sanità, infatti, era una delle tante funzioni dell'Amministrazione civile, che la esercitava a mezzo dei suoi organi gerarchicamente dipendenti» (Giannico, L., 1984, 75): in sostanza, la responsabilità della sanità era in capo al Ministro dell'interno e, sotto la sua dipendenza, affidata a prefetti, sotto-prefetti e sindaci, affiancati da corpi consultivi di nomina regia o ministeriale e, a livello più basso, nominati dai consigli comunali (per maggiori dettagli, Soresina, M., 1985, 180-185).

Sfumato il progetto di «Codice per la pubblica igiene» presentato nel 1885 da Agostino Bertani, progetto che, prevedendo una piramide tecnico-sanitaria del tutto svincolata dall'autorità amministrativa (prefetto e sindaco), era d'indubbio interesse per la sua apertura politico-progressista ma proprio per questo prematuro per le condizioni in cui versava all'epoca lo Stato italiano (Giannico, L., 1984, 77), le disposizioni dell'allegato C e delle sue successive integrazioni regolamentari restarono in vigore fino alla c.d. «legge Rattazzi»<sup>2</sup>, la quale, pur affermando «l'interessenza della collettività» per la salute pubblica, lasciava sostanzialmente immutata la struttura amministrativa investita della tutela della sanità pubblica delineata dalla prima legge di unificazione (Soresina, M., 2015, 185; Giannico, L., 1984, 78-80).

Una svolta significativa si ebbe soltanto settant'anni dopo, quando, con

<sup>1</sup> L. 20.11.1859, n. 3793.

<sup>2</sup> L. 22.12.1888, n. 5849.

## L'organizzazione della salute

la creazione del Ministero della sanità<sup>3</sup>, si realizzò quell'autonomia tecnico-amministrativa già auspicata ai tempi di Bertani, *ergo* «la definitiva e solenne politicizzazione dei problemi della sanità pubblica» (così Arru, L., 1967, 37): l'autorità sanitaria venne identificata, a livello provinciale, nel medico provinciale e, a livello comunale, nell'ufficiale sanitario, ritenuti entrambi organi periferici del neo istituito Ministero (Giannico, L., 1984, 80; Soresina, M., 2015, 185).

Nel frattempo, era intervenuto l'art. 32 della Costituzione, che, nel sancire che «[l]a Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti», aveva reso «costituzionalmente doverosa un'azione positiva dei pubblici poteri in questo campo» (Aicardi, N., 2003, 629; in termini analoghi, De Cesare, G., 1989, 246, secondo cui «[l]a formulazione dell'articolo della Costituzione va intesa come prospettazione di una determinata politica di intervento sanitario, per determinare la priorità degli interventi dello Stato»).

Si dovette attendere circa un ventennio, però, per veder attuato il dettato costituzionale mediante un'organica riforma sanitaria: la prima tappa di tale percorso fu, infatti, rappresentata dalla riforma ospedaliera del 1968, approvata con la c.d. «legge Mariotti»<sup>4</sup>, che completò il processo di pubblicizzazione degli ospedali, creando l'ente ospedaliero, persona giuridica pubblica alla quale furono ricondotte le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, gli altri enti pubblici operanti esclusivamente nell'assistenza ospedaliera e gli ospedali appartenenti ad altri enti pubblici aventi anche altre finalità. In virtù di tale prima riforma, «si superò il residuo carattere volontaristico-caritatevole che ancora connotava l'esercizio dell'attività in questione, pervenendo ad una più sicura configurazione della stessa come servizio pubblico rivolto alla collettività generale» (Aicardi, N., 2003, 636; osserva De Cesare, G., 1989, 249 che la legge ospedaliera, «ironia della sorte, è stata originata dal fatto che ormai le opere pie e gli stabilimenti ospedalieri erano diventati meri erogatori di servizi, con una indipendenza patrimoniale data loro proprio dal denaro delle mutue»). Una volta riconosciuto a tutti i cittadini il diritto al ricovero ospedaliero (subordinato esclusivamente alla necessità del medesimo, indipendentemente da ogni accertamento circa il pagamento delle spese di degenza<sup>5</sup>), non poteva non riconoscersi a tutti anche l'assistenza sanitaria: il passo verso la vera e propria riforma sanitaria era ormai breve (De Cesare, G., 1989, 249).

<sup>3</sup> L. 13.3.1958, n. 296.

<sup>4</sup> L. 12.2.1968, n. 132.

<sup>5</sup> Art. 41, lett. a), l. n. 132/1968.

Con il trasferimento alle regioni a statuto ordinario delle funzioni concernenti l'«assistenza sanitaria e ospedaliera»<sup>6</sup>, disposto con la prima regionalizzazione<sup>7</sup>, ed il riparto delle funzioni fra livelli istituzionali, operato con la seconda<sup>8</sup>, si gettarono le basi per la riforma complessiva del sistema: con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, venne istituito il servizio sanitario nazionale e si diede finalmente attuazione piena ed organica al precetto costituzionale con la previsione di un servizio pubblico informato a principi di universalità, eguaglianza e globalità. A prescindere dal ritardo con cui venne approvata, anche a causa di una lettura riduttiva del precetto costituzionale (Morana, D., 2009, 321), e dai difetti e contraddizioni che sicuramente presentava<sup>9</sup>, tale legge rappresentò il «punto di arrivo di un'evoluzione che, iniziata dal vecchio Stato liberale garantista di tipo ottocentesco, arriva a prendersi cura, in maniera completa ed esauriente, delle esigenze più vive della vita delle persone» (Catelani, A., 2010, 45).

### **3. Il fallimento della riforma del 1978 e la (conseguente) scelta del 1992-1999**

La legge del 1978 era imperniata su nuovi appositi organismi, le unità sanitarie locali, la cui incerta natura giuridica rappresentò probabilmente una delle principali cause del sostanziale fallimento della legge stessa (secondo Cazzola, G., 1994, 138, l'istituzione delle u.s.l. è stata «una delle più singolari soluzioni giuridiche date ad un problema politico»: attribuire ai comuni tutte le funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera non affidate allo Stato ed alle regioni). Con una scelta ritenuta dai più compromissoria (il dibattito in argomento è ben riassunto da Aicardi, N., 2003, 639, anche in nota, al quale si rimanda anche per i relativi riferimenti bibliografici), che sottraeva alle regioni il proprio ruolo gestionale nel settore sanitario relegandole a meri soggetti programmatori e regolatori del servizio (Poggi, A.M., 2014, 89), il legislatore configurò, infatti, l'u.s.l., da un lato, come un'amministrazione autonoma, dotata di propri organi e funzioni<sup>10</sup>; dall'altro, come «una struttura operativa dei Comuni, sin-

<sup>6</sup> Questa la definizione della materia di titolarità regionale contenuta nell'originario art. 117 Cost.

<sup>7</sup> D.p.r. 14.1.1972, n. 4.

<sup>8</sup> D.p.r. 24.7.1977, n. 616.

<sup>9</sup> E sulle quali ci soffermeremo di qui a poco: v. *infra*, § 3.

<sup>10</sup> Art. 14, l. n. 833/1978.

## L'organizzazione della salute

goli o associati, e delle comunità montane»<sup>11</sup>: più analiticamente, «il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane i quali in un ambito territoriale determinato assolvono ai compiti del Servizio Sanitario Nazionale»<sup>12</sup>. Un'entità caratterizzata, dunque, da una doppia strumentalità: funzionale rispetto ai compiti di tutela della salute *lato sensu* intesa; organizzativa rispetto agli enti locali ai quali la funzione stessa è in via di principio affidata (Falcon, G., 1984, 587-588). Ciò determinò una prima complicazione, dovuta al fatto che le u.s.l. non erano costituite necessariamente per ogni singolo comune, bensì per zone o ambiti territoriali determinati dalle regioni in base a criteri di legge statale<sup>13</sup> ed a scelte politico-amministrative espresse per lo più in leggi regionali: ne conseguiva che, quando la zona individuata dalla regione era più ampia della circoscrizione di un singolo comune, la relazione di strumentalità tra comune ed u.s.l. tendeva a trasformarsi in qualcosa di più complesso o, comunque, diverso (Falcon, G., 1984, 591-592).

L'u.s.l., peraltro, era configurata dalla legge del 1978 come una struttura governata da organi non tecnici, ma forniti di legittimazione democratica, cioè organi politici di rappresentanza indiretta del corpo elettorale locale, che dovevano assicurare il raccordo tra l'u.s.l. stessa ed il comune, singolo o associato, o la comunità montana: l'assemblea generale, avente funzioni di indirizzo generale, costituita dal consiglio comunale o dai rappresentanti dei comuni associati, ed il comitato di gestione, eletto con voto limitato dalla stessa assemblea (Aicardi, N., 2003, 639)<sup>14</sup>. Ciononostante, era difficile sostenere che essa agisse come strumento dell'ente soggetto politico-amministrativo, mancando a tal fine sia i poteri esercitati da un organo assembleare rappresentativo in relazione ad un organo più ristretto a vocazione specificamente amministrativa, sia, soprattutto, la possibilità di scindere, attribuendoli ad ordinamenti diversi, l'organo assembleare dall'organo amministrativo: l'assemblea non agiva come organo dell'ente locale, ma sembrava «ritagliata» dall'ente stesso, al quale fondamentalmente apparteneva, per fungere da organo assembleare dell'u.s.l. pur mantenendo la propria identità: dal punto di vista strettamente giuridico, pertanto, l'u.s.l. non sembrava concepita come una porzione tecnico-amministrativa di un ordinamento locale più ampio che la ricomprendeva e l'utilizzava, bensì come un ordinamento locale esso stesso complessivo e completo (Falcon, G.,

<sup>11</sup> Art. 15, co. 1, l. n. 833/1978.

<sup>12</sup> Art. 10, co. 2, l. n. 833/1978.

<sup>13</sup> Art. 14, l. n. 833/1978.

<sup>14</sup> Art. 15, l. n. 833/1978.

1984, 593-596). Questa ambigua configurazione delle u.s.l. dal punto di vista organizzativo e lo scarso ruolo di indirizzo e controllo svolto nei loro riguardi dai comuni fecero sì che i nuovi organismi si delineassero come poteri locali autonomi, sostanzialmente irresponsabili dei risultati di gestione (Aicardi, N., 2003, 641).

Al fallimento della legge del 1978 contribuirono, altresì, l'eccessiva politicizzazione degli organi, nominati secondo «criteri politici cioè secondo criteri di lottizzazione» (Giannini, M.S., 1991, 33), e l'estensione illimitata ed indiscriminata delle prestazioni, dovuta anche alla mancata approvazione dei piani sanitari, incautamente affidata ad una legge della Repubblica assai difficile da confezionare (sul punto, *amplius*, Mattioni, A., 2009, 272-273), mancata pianificazione che fece lievitare in misura insostenibile i costi del sistema (efficacemente definito da Merusi, F., 1982, 13, «a finanziamento rigido e a gestione anarchica») costringendo il legislatore ad intervenire di frequente per ripianare i disavanzi di bilancio delle u.s.l., *ergo* sostanzialmente a ridimensionare la portata dei principi di globalità e gratuità del servizio sanciti dalla stessa legge (Aicardi, N., 2003, 641).

Nel tentativo di porre rimedio alle inefficienze del sistema delineato dalla riforma del 1978, via via dimostratosi sempre più ingovernabile, il legislatore procedette, dapprima, ad alcuni interventi minori sull'organizzazione interna delle u.s.l. – tra cui, in particolare, l'inserimento tra i suoi organi del collegio dei revisori<sup>15</sup>, la soppressione dell'assemblea generale e la riduzione del numero dei componenti i comitati di gestione<sup>16</sup> – e, successivamente, con la c.d. legge-ponte del 1991, alla sostituzione degli organi politici con un amministratore straordinario nominato dalla regione, dotato di «tutti i poteri di gestione, compresa la rappresentanza legale», ancorchè ancora affiancato da un comitato di garanti nominato dal comune, avente funzioni di indirizzo generale<sup>17</sup> (su quest'ultima riforma, Clarich, M., 1991, 6; Rampulla, F.C., 1991, 933; Speranza, N., 1992, 776).

I tempi erano ormai maturi per un riordino complessivo, che venne varato con il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, cui fece seguito – inframmezzato da una pronuncia della Corte costituzionale<sup>18</sup> – il decreto legislativo correttivo 7 dicembre 1993, n. 517.

Pur non travolgendo del tutto l'impianto della legge istitutiva del 1978, il riordino del 1992-1993 presenta rispetto alla stessa diversi punti di netta rottura:

<sup>15</sup> Art. 13, l. 26.4.1982, n. 181.

<sup>16</sup> L. 15.1.1986, n. 4 (c.d. «miniriforma Degan»).

<sup>17</sup> Art. 1, d.l. 6.2.1991, n. 35, conv. in l. 4.4.1991, n. 111.

<sup>18</sup> C. cost., 28.7.1993, n. 355, in *Foro it.*, 1995, I, 62.

## L'organizzazione della salute

- estromissione pressoché totale dei comuni dalla gestione della sanità e configurazione dell'u.s.l. come ente regionale;
- riduzione di numero, aziendalizzazione e depoliticizzazione delle u.s.l. attraverso la previsione di un solo organo monocratico di gestione scelto dalla regione sulla base della competenza tecnica;
- autonomia degli ospedali maggiori, scorporati dalle u.s.l.;
- responsabilizzazione finanziaria delle regioni;
- configurazione di un sistema di concorrenza tra strutture pubbliche e private, fondato sull'accreditamento ed il finanziamento a tariffa delle strutture medesime (Aicardi, N., 2003, 643).

Specie avendo riguardo all'aziendalizzazione delle u.s.l. – operata sull'onda lunga del più generale processo di privatizzazione che ha caratterizzato, negli anni '90 del secolo scorso, numerosi apparati amministrativi – ed al mutato rapporto con gli operatori privati della sanità, *id est* alla ricostruzione del servizio pubblico di tutela della salute secondo regole e principi di tendenziale equiordinazione, risulta evidente la profonda correzione del modello originario, nella misura in cui «si passa da una visione squisitamente pubblicistica ad un complesso di valori e di regole pratico-operative (ad una vera e propria filosofia di fondo, pertanto) che ha le sue radici nell'*humus* culturale dell'economia di mercato» (Ferrara, R., 2007, 117). Ma novità assai significative si registrano anche con riguardo all'erogazione di prestazioni e servizi, adesso oggettivamente condizionata dalle risorse finanziarie che si ritiene di poter mettere a disposizione del S.S.N. (Mattioni, A., 2009, 280)<sup>19</sup>, ed alla sottrazione, pur nell'ambito di un complessivo disegno in cui la programmazione continua a rappresentare un istituto di rilievo centrale, del piano sanitario nazionale (che dunque, come notato da Liguori, F., 1996, 58, rimane «il fulcro del sistema») al Parlamento (Mattioni, A., 2009, 283-286).

Al riordino del 1992-1993 ha poi fatto seguito un ulteriore riassetto organizzativo del S.S.N.: con il decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 (c.d. «decreto Bindi»), è stata, infatti, approvata una nuova riforma, che, da un lato, ha portato a compimento processi già avviati nel 1992 e, dall'altro, ha recuperato aspetti più vicini alla legge istitutiva del 1978 (Poggi, A.M., 2014, 90). Sotto il primo profilo, è stato approfondito e radicalizzato il percorso di aziendalizzazione e di privatizzazione degli apparati e dell'attività intrapreso qualche anno prima, sia enfatizzando il ruolo strategico svolto dal direttore generale dell'azienda sanitaria grazie all'atto aziendale di diritto privato<sup>20</sup>, sia assoggettando, in linea di massima, al diritto privato l'attività

<sup>19</sup> Sul punto, *amplius, infra*, § 8.

<sup>20</sup> Su quest'aspetto si tornerà di cui a poco: *infra*, §§ 4 e 5.

dell'azienda medesima; per altro verso, si è recuperata in qualche modo «una (moderata) impostazione pubblicistica, principalmente per quel che concerne la tipologia delle relazioni giuridiche fra i soggetti istituzionali del servizio pubblico e gli operatori privati accreditati» (Ferrara, R., 2007, 118), e si sono riconfigurate le prestazioni sanitarie come «espressione di una funzione pubblica, sostenuta da finanziamenti della stessa natura idonei a soddisfare il diritto soggettivo dell'universalità dei soggetti» (Mattioni, A., 2009, 299).

#### 4. Le aziende sanitarie tra pubblico e privato

Com'è stato notato (tra i tanti, Liguori, F., 1996, 66), una delle fondamentali innovazioni contenute nel riordino del 1992-1999 attiene all'organizzazione dei servizi, adesso improntata ad una logica aziendale e ad una gestione manageriale: il modulo organizzativo prescelto è quello aziendalistico, con una netta separazione tra competenze gestionali, affidate alla componente manageriale dell'organizzazione, e competenze di indirizzo, imputate a soggetti politico-rappresentativi esterni ad essa. Le u.s.l., il cui numero viene ridotto fino ad avere un ambito territoriale coincidente, di regola, con quello della provincia, divengono «aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale»<sup>21</sup>, che «informano la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità e sono tenute al rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie»<sup>22</sup>. Esse «[a]giscono mediante atti di diritto privato»<sup>23</sup> ed anche «la loro organizzazione e funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato»<sup>24</sup>.

A ragione si è subito parlato di «rivoluzione copernicana che ha interessato il sistema sanitario [...]»: i soggetti gestori del servizio – le unità sanitarie locali – passano dall'imprecisa e poco concludente fisionomia di “strutture” dei comuni, singoli o associati, all'attuale definizione per la quale si costituiscono in “aziende” con personalità giuridica di diritto pubblico e autonomia imprenditoriale» (Ferrara, R., 2003, 2500-2501). Quest'ultima, in particolare, unitamente all'autonomia organizzativa, di cui pure essa è adesso dotata, consente all'u.s.l. di definire il proprio assetto organizzativo in

<sup>21</sup> Art. 3, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.

<sup>22</sup> Art. 3, co. 1-*ter*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.

<sup>23</sup> Art. 3, co. 1-*ter*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.

<sup>24</sup> Art. 3, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.

## **L'organizzazione della salute**

funzione delle esigenze locali, così colmando il preesistente divario tra assetto formale ed assetto reale (Ruffini, R., 1999; Bergamaschi, M., 2000; Hinna, L., 2001). Elementi di marcata originalità presenta, altresì, l'atto aziendale di diritto privato (esempio di come il diritto privato si applichi sempre più spesso anche ai profili strutturali interni, tradizionalmente considerati, invece, dominio esclusivo del regime pubblicistico e minimo comune denominatore dell'istituto generale dell'ente pubblico: Napolitano, G., 2003, 820; interessanti riflessioni sul tema, più recentemente, anche in Pioggia, A., 2013, 481), che «individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica», ed è soggetto esclusivamente al «rispetto dei principi e criteri stabiliti con [...] legge regionale»<sup>25</sup> (quindi, non ad una vera e propria approvazione, bensì ad una generale verifica, da parte della giunta regionale, della conformità alle linee di indirizzo generali indicate dalla regione: Pieri, M., 2009, 40): esso, infatti, consente ai soggetti gestori della sanità pubblica uno smarcamento – ancorchè relativo in quanto sotto l'«ombrello protettivo» dei principi e criteri ordinatori dettati dal legislatore regionale, i quali peraltro non servono soltanto ad orientare le scelte strategiche del direttore generale, ma anche a «blindarle», cioè a coprirle e legittimarle politicamente, specie quando esse siano dolorose ed impopolari in quanto imposte da ragioni di bilancio – rispetto al responsabile politico della gestione stessa (la regione) e rappresenta, pertanto, «il vero e proprio centro di gravità del sistema imprenditoriale nel comparto della sanità» (Ferrara, R., 2003, 2506).

Tuttavia, com'è stato notato dalla più acuta dottrina, l'aziendalizzazione delle u.s.l. comporta problemi ben maggiori di quelli posti da una qualsiasi altra privatizzazione di strutture o soggetti pubblici: «[i]l problema vero, infatti, è che gli operatori della sanità – e pertanto la gestione complessiva del sistema – agiscono nel settore sensibile dei diritti sociali e, anzi, per la tutela e la promozione del diritto sociale per eccellenza, di un diritto sociale ritenuto, addirittura, fondamentale, assoluto e irrefragabile [...]. Il che vale sicuramente a proiettare i problemi dell'organizzazione e della gestione del servizio sanitario nazionale nell'ottica, tutta particolare, del servizio universale, e di un servizio nel quale (e relativamente al quale) i noti obiettivi di risultato dell'efficacia e dell'efficienza, dell'equilibrio costi-ricavi, ecc. debbono essere necessariamente apprezzati secondo uno scrutinio di comparazione fra valori che non può essere meccanicisticamente limitato al mero fatto gestionale, alla semplice evidenza di un risultato misurabile secondo i principi dell'analisi costi-benefici o della contabilità analitica, e

<sup>25</sup> Art. 3, co. 1-bis, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.

dunque totalmente a prescindere dall'impatto relazionale e sociale (sulla persona come sulla collettività organizzata) che viene finalmente a prodursi» (Ferrara, R., 2003, 2502-2503). Ciò induce a ritenere che l'u.s.l. sia configurata come azienda, cioè come soggetto che si organizza ed agisce per l'erogazione del servizio in termini imprenditoriali, in un senso ben preciso (Clarich, M., 1993, 6; più recentemente, con il supporto della giurisprudenza, Rinaldi, F., 2007, 1922). Quello dell'azienda sanitaria, in sostanza, resta un modello atipico non raffrontabile con altre forme di azienda: si tratta, infatti, di un soggetto pubblico che, in forza dell'autonomia imprenditoriale, utilizza gli strumenti privatistici al fine di assicurare la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse primario della collettività (Pieri, M., 2009, 38). Non è errato, dunque, affermare che l'autonomia delle aziende sanitarie è solo strumentale, dal momento che il quadro degli obiettivi è interamente determinato dall'esterno (Adami, P., 2013, 1422), e che esse sono sì tenute ad operare secondo principi di economicità, ma di una «economicità parziale», nel senso che il regime giuridico non è ispirato a criteri di totale privatizzazione, restando troppo rilevante ed essenziale il servizio reso: non può subordinarsi a principi totalmente privatistici la funzione di tutela della salute pubblica (Bottari, C., 2011, 46; in termini analoghi, Catelani, A., 2010, 112-118, il quale identifica addirittura i criteri manageriali di efficienza con i requisiti pubblicistici del buon andamento e dell'imparzialità *ex art. 97, co. 1, Cost.*, che connota la gestione pubblicistica di questi enti strumentali: nulla a che vedere, dunque, con una gestione realmente privata).

## **5. La dirigenza sanitaria ed il difficile dosaggio tra politica e tecnica nel governo della sanità**

Com'è ben stato evidenziato dalla più attenta dottrina (Ferrara, R. – Vipiana, P.M., 1999, 64-65), i sistemi organizzativi della sanità possono essere in astratto notevolmente diversificati l'uno dall'altro: sotto il profilo della «spettanza sostanziale del potere», le opzioni possibili oscillano fra la politicità e la tecnocrazia (così, con riguardo alle u.s.l., Romano Tassone, A., 1997, 387), con alcune varianti intermedie, quale la democrazia.

Dopo il sostanziale fallimento della legge n. 833 del 1978, dovuto anche – come si è detto – all'eccessiva politicizzazione delle unità sanitarie locali, il legislatore aveva inteso voltare pagina, passando da un'organizzazione improntata su modelli prevalentemente politico-rappresentativi ad una struttura ispirata a criteri tecnico-aziendalistici, incentrata sostanzial-

## L'organizzazione della salute

mente su un solo organo di gestione, volutamente monocratico: il direttore generale (Cilione, G., 2003, 167). La scelta, di totale rottura con il precedente assetto in quanto chiaramente intesa a dare una caratterizzazione più tecnica al governo locale della sanità, basato adesso su un'azienda pubblica di servizio gestita non più da pseudo esperti di partito, ma da *managers*, che, ancorché collegati al mondo politico, fossero responsabilizzati in base ai principi di efficienza, produttività ed economicità, in un regime di competitività imprenditoriale (Cappucci, A., 2001, 1249-1250), comportava certamente una netta diminuzione del tasso di democraticità nel governo della materia<sup>26</sup> (sulla necessità che i cittadini partecipino alla determinazione delle scelte di salute, concorrendo all'individuazione degli obiettivi del S.S.N., Tallacchini, M., 2006, 23), ma appariva, almeno in astratto, coerente. Ciò, soprattutto, in quanto il legislatore, sia nel 1992 che, forse in misura ancora maggiore, nel 1999, aveva avuto cura di dotare l'organo di vertice della riordinata u.s.l. di una gamma di poteri così estesa da renderlo *dominus* assoluto (Gallo, C.E., 1999, 213), come un vero e proprio capo azienda (così lo definisce Rebori, G., 2005, 35, evidenziando come esso rivesta il ruolo di massimo responsabile nel corrispondente assetto istituzionale, con piena sovraordinazione rispetto a tutte le altre figure interne e pieni poteri in ordine all'impostazione ed al coordinamento delle principali scelte strategiche ed operative; sui vertici aziendali, con alcune proposte per rendere più collegiale la gestione, anche Carpani, G., 2010, 451). Alcune indicazioni normative confortano quest'ultima affermazione:

a) si pensi, innanzitutto, all'atto aziendale di diritto privato, che – come si è notato – consente al direttore generale di organizzare autonomamente l'intero funzionamento delle proprie strutture operative ed ha la particolarità di riassumere in capo ad un unico protagonista sia i compiti di natura politico-governativa che quelli più tipicamente gestionali (Jorio, E., 2006, 13);

b) un peso non inferiore assume, poi, la natura, prettamente fiduciaria, del rapporto del direttore generale con i suoi diretti coadiutori, il direttore amministrativo ed il direttore sanitario<sup>27</sup>;

<sup>26</sup> Sul punto, C. cost., 24.6.2003, n. 220, in *Ragiusan*, 2003, n. 233-4, 77.

<sup>27</sup> La giurisprudenza è, infatti, del tutto unanime nell'affermare che l'art. 3, co. 7, d.lgs. n. 502/1992, come modificato dall'art. 4, d.lgs. n. 517/1993, affida al direttore generale una scelta di carattere discrezionale ed essenzialmente fiduciario in ordine alla nomina dei suoi stretti collaboratori (appunto, i direttori sanitario e amministrativo), con il solo onere di motivare in ordine al possesso, da parte del prescelto, dei requisiti di professionalità e col limite dell'età massima del nominando, che non può essere superiore ai sessantacinque anni: *ex multis*, Cass., Sez. lav., 3.8.2005, n. 16281, in *CED Cassazione*, 2005; già prima, TAR Puglia, Bari, Sez. II, 28.9.1998, n. 775, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 4232.

c) si consideri, infine, l'analoga, amplissima discrezionalità di cui lo stesso direttore generale godeva, fino a qualche anno fa, quando era chiamato a conferire e revocare gli incarichi di direzione delle strutture, semplici e complesse (in tema, per tutti, Montini, M., 2004, 157). Ed infatti, i nuovi dirigenti medici – che non sono più responsabili esclusivamente della gestione dell'atto medico, ma amministrano anche il *budget* per il raggiungimento dell'obiettivo loro assegnato (Lambertucci, P., 2006, 825; Mazzotta, O., 2003, 471) – venivano, in primo luogo, nominati dal direttore generale al di fuori di una procedura di valutazione comparativa, avendo la giurisprudenza da tempo univocamente affermato, in contrasto con certa dottrina (Ferrara, R., 2003, 2509; Gallo, C.E., 1999, 219), che l'art. 15-*ter* del decreto legislativo n. 502 del 1992, introdotto dal decreto legislativo n. 229 del 1999, nella sua originaria versione, configurava il provvedimento di conferimento del predetto incarico come atto negoziale, basato su valutazioni fiduciarie e non già su procedura concorsuale<sup>28</sup>. In sostanza, il direttore generale poteva scegliere liberamente attingendo dall'elenco di candidati idonei predisposto (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da un'apposita commissione, conferendo, quindi, l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale<sup>29</sup>. Se a ciò si aggiunge che, a norma del succitato art. 15-*ter*, co. 2, l'anzidetta commissione chiamata a predisporre la rosa dei papabili era nominata dallo stesso direttore generale ed era composta dal direttore sanitario (quindi, un suo strettissimo collaboratore), che la presiedeva, e da due dirigenti dei ruoli del personale del Servizio sanitario nazionale, preposti ad una struttura complessa della disciplina oggetto dell'incarico, di cui uno individuato, ancora una volta, dal direttore generale ed uno dal Collegio di direzione, a cui partecipavano anche i direttori sanitario ed amministrativo<sup>30</sup>, ci si rende conto dello smisurato potere che era attribuito in materia al direttore generale. Anche la revoca dei predetti incarichi di direzione di struttura, pur nel silenzio della legge, deve ritenersi spettante al direttore generale (Saitta, F., 1999, 953), il quale, pertanto, finiva per decidere in totale libertà a chi conferire e revocare incarichi dirigenziali che comportano, oltre che notevoli poteri e prestigio professionale, l'erogazione di cospicue indennità. Non è

<sup>28</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III, 31.1.2006, n. 677, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>29</sup> Cass., S.U., ord. 8.11.2005, n. 21593, in *CED Cassazione*, 2005; Cons. St., Sez. V, 29.11.2004, n. 7747 e 10.6.2002, n. 3199, in *Foro amm.* – *CdS*, 2004, 3246 e 2002, 1454; Trib. Avellino, 19.4.2004, in *Ragiusan*, 2004, n. 248, 490; TAR Calabria, Reggio Calabria, 30.10.2002, n. 1511, in *Foro amm.* – *TAR*, 2002, 3398; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 13.6.2002, n. 3448, *ibidem*, 2151.

<sup>30</sup> Art. 17, d.lgs. n. 502/1992, come sostituito dall'art. 15, d.lgs. n. 229/1999.

certo campata in aria, pertanto, l'idea che la linea di contatto tra organo politico e dirigenza si ponesse, più che tra regione e direttore generale, tra quest'ultimo e la dirigenza sanitaria (così Mazzotta, O., 2003, 483; adesivamente, Tuccillo, S., 2012, 156).

Senonché, pur godendo di così ampi poteri di gestione, raramente il direttore generale è stato in grado di governare in totale autonomia, sfruttando appieno le proprie potenzialità. Ciò per ragioni non soltanto, per così dire, fisiologiche in quanto legate a previsioni normative che, più o meno consapevolmente, ne circoscrivevano i margini d'intervento, ma anche, in certa misura, patologiche, ossia derivanti – come in passato abbiamo tentato di dimostrare (Saitta, F., 2007, 5; in linea con la nostra impostazione sembra essere Tuccillo, S., 2012, 151) – dal persistente controllo esercitato su di esso dai partiti politici. Questi ultimi, innanzitutto, finiscono inevitabilmente per influenzare le scelte regionali in ordine alla valutazione dell'operato del direttore generale ed alla sua eventuale conferma nell'incarico<sup>31</sup>: l'ampia discrezionalità che permea tale procedimento<sup>32</sup> ha fatto sì che la decisione costituisca uno strumento per esercitare pressioni sull'organo di vertice dell'azienda, che può essere costretto a... guadagnarsi la conferma attraverso comportamenti non del tutto lineari.

Ma non bisogna sempre pensare al direttore generale come vittima incolpevole di politici interessati: in molti casi, in realtà, è egli stesso a portarsi appresso, durante tutto il mandato, il pesante fardello di un debito di riconoscenza nei confronti dei politici, da onorare nel momento in cui questi ultimi lo ritengano opportuno. Si allude alla circostanza, ben nota a tutti gli operatori del settore, che gran parte delle nomine dei direttori generali sono state operate in modo tutt'altro che obiettivo ed imparziale, allo scopo non già di scegliere il *manager* migliore, bensì di mettere... la persona giusta al posto giusto. Ciò – è doveroso dirlo – a causa non soltanto delle disposizioni normative che regolavano la materia<sup>33</sup>, ma anche del colpevole avallo della giurisprudenza amministrativa, che aveva costantemente affermato che, stante la loro natura prettamente fiduciaria, i provvedimenti di nomina dei direttori generali hanno carattere di elevata discrezionalità, tanto da inquadrarsi tra gli atti di alta amministrazione, e non presuppongono alcuna valutazione comparativa tra i vari candidati<sup>34</sup> (Barilà, E., 1999, 565). In defini-

<sup>31</sup> Art. 3-bis, co. 6, d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999.

<sup>32</sup> Cons. St., Sez. V, 3.10.2003, n. 5746, in *Risorse umane*, 2003, 836.

<sup>33</sup> Si pensi al succitato art. 3-bis, co. 1, che precisava che i predetti provvedimenti «sono adottati esclusivamente con riferimento ai requisiti di cui al comma 3». Da qualche anno – come si dirà – la disciplina del procedimento di nomina è mutata.

<sup>34</sup> In tal senso, *ex plurimis*, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 9.10.2003, n. 12580 e

tiva, molti direttori generali (ovviamente, ci saranno state delle eccezioni) si sono insediati rilasciando una sorta di «cambiale in bianco» in favore dei politici di turno che ne hanno favorito la nomina, risultandone così fortemente limitata la loro autonomia decisionale (sul punto, in modo eloquente, Carpani, G., 2010, 457: «La fiduciarietà del rapporto [...] può essere terreno fertile per un'utilizzazione degli ampi poteri del direttore non rispettosa delle regole della imparzialità e della buona amministrazione, nonché per la formulazione, da parte dei preposti agli organi regionali, di richieste al *management* aziendale tese a compiere scelte o tenere comportamenti gestionali contrari alla legge»): la successiva adozione dell'atto aziendale, la scelta dei direttori sanitario ed amministrativo e finanche i singoli conferimenti degli incarichi di direzione di struttura, semplice e complessa, hanno finito, infatti, per rappresentare la migliore occasione per ricambiare precedenti favori (e, per i politici che li avevano sponsorizzati, per... riscuotere!). Tecnici, quindi, spesso saldamente nelle mani dei politici, che non hanno potuto dare l'auspicata svolta al governo della sanità e che nemmeno la giurisprudenza sul c.d. *spoil system*, dichiaratamente volta a garantire una certa stabilità ed autonomia al loro rapporto di lavoro (Ceresetti, G., 2009, 1655), era riuscita a rendere davvero liberi di allocare le risorse e gestirle in modo tale da perseguire al meglio gli obiettivi nel rispetto dei vincoli assegnati. Ne vien fuori il quadro, sotto certi aspetti davvero desolante, di un governo «tecnocratico» sostanzialmente falsato da un persistente eccesso di politicizzazione e – ciò che è ancor più grave – senza che ne riceva un qualche beneficio la politica nel significato più nobile del termine; il che avrebbe quantomeno comportato una maggiore partecipazione dei cittadini alle scelte aziendali, quindi una maggiore democraticità. Da qui l'esigenza di trarre spunto dalle esperienze passate – quella del 1978 e quella intrapresa nel 1992-1999, ancora attuale – al fine di trovare il giusto dosaggio tra politica e tecnica che consenta di governare finalmente in modo adeguato la sanità.

In quest'ottica, non può che salutarsi con favore il recente intervento legislativo sul procedimento di nomina del direttore generale, adesso connotato da una valutazione comparativa ed un'adeguata motivazione, sui criteri di valutazione della sua attività e sul procedimento di nomina dei direttori di struttura complessa, ora configurato in termini di vero e proprio concorso<sup>35</sup> (per maggiori dettagli, Niglio, N., 2012; Tuzza, A., 2012; Fragale,

13.6.2002, n. 3448, in *www.giustizia-amministrativa.it* e in *Foro amm. – TAR*, 2002, 2151; Cons. St., Sez. IV, 3.7.2000, n. 3649, in *Ragiusan*, 2000, n. 197, 37.

<sup>35</sup> Art. 3-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 502/1992, e s.m.i., come modificato dall'art. 4, d.l. n. 158/2012, conv. in l. n. 189/2012.

E.N., 2013; da ultimo, Cerbo, P., 2015, il quale, considerato che il direttore generale resta comunque facultato a scegliere come direttore di struttura complessa «persino l'ultimo classificato della terna» individuata dalla commissione o al limite a non conferire l'incarico, riscontra la difficoltà di individuare uno stabile punto di equilibrio fra vincolatività della graduatoria stilata dai commissari e fiduciarità della scelta operata dal vertice aziendale, cui evidentemente si vuole assicurare un *quid* di soggettività in una scelta che riguarda la gestione dell'azienda).

### 6. La tutela della salute tra Stato, regioni e comuni

Le «variabili» attorno alle quali dovrà fondarsi qualsiasi ulteriore progetto di riordino del governo della sanità non riguardano, tuttavia, esclusivamente quella che è stata definita all'inizio la «spettanza sostanziale del potere», bensì anche il problema dell'allocazione e della distribuzione dei compiti e delle funzioni tra Stato e regioni – da riguardare oggi alla luce del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione – ed il rapporto fra le strutture pubbliche e quelle private, la cui problematicità risale almeno alla legge istitutiva del S.S.N. del 1978. Sono tutte queste le opzioni strategiche che dovranno connotare le future scelte legislative intese a migliorare il sistema attuale e sulle quali, pertanto, ci si ripropone di indagare, seppure nei ristretti limiti di spazio a disposizione (limiti che ostano ad una descrizione del non univoco percorso di decentramento conosciuto dal S.S.N. dal 1978 ai tempi nostri, per la quale si è, pertanto, costretti a rinviare a Griglio, E., 2009, 223).

Partiamo dalla prima questione, che in sostanza concerne, da un lato, l'implicita ricomprensione degli aspetti gestionali ed organizzativi del S.S.N. nell'ambito della più generale materia «tutela della salute» e, dall'altro, viceversa, il loro già avvenuto trasferimento all'interno della potestà legislativa esclusiva delle regioni (così Bottari, C., 2011, 9-10). Sotto quest'aspetto, va, in primo luogo, segnalato che parte della dottrina e della giurisprudenza ricavano dalla ritenuta potestà statale in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»<sup>36</sup> una conseguente competenza di tipo organizzativo, *id est* il potere di dettare i principi fondamentali concernenti la cornice organizzativa del S.S.N. (per tutti, Molaschi, V., 2003, 523; adesivamente, Ferrara, R., 2007, 123-124). Lo Stato, però, non pare potersi spingere oltre, in quanto, in forza dell'inclusione della materia «tutela della salute» nell'ambito della competenza concorrente, relativamente alla quale la

<sup>36</sup> Art. 117, co. 2, lett. m), Cost.

legislazione statale può concernere soltanto la «determinazione dei principi fondamentali»<sup>37</sup> (sulla quale, per tutti, D'Angelosante, M., 2007, 30), ogni fondamentale potestà legislativa in tema di organizzazione sanitaria non può che allocarsi presso l'ordinamento regionale (Ferrara, R., 2007, 129-130; secondo Nicolazzi, T., 2002, 1745, proprio l'esperienza della regionalizzazione dei servizi sanitari costituisce una delle ragioni che hanno indotto il legislatore costituzionale ad inserire la materia «tutela della salute» tra quelle di legislazione concorrente)<sup>38</sup>. È indubbio, comunque, che il sistema costituzionale desumibile dalle norme attualmente vigenti abbia attribuito alle regioni una più ampia autonomia organizzativa (Bottari, C., 2011, 12). E se è vero che è difficile individuare un giusto equilibrio tra esigenze di uniformità di tutela della salute e modelli di organizzazione ormai differenziati rispetto ai quali è riconosciuta un'ampia autonomia regionale (Miglioranza, M., 2005, 2445), è anche vero che la decisa spinta alla regionalizzazione del S.S.N. si è ormai da tempo tradotta, nella realtà concreta, nella presenza di situazioni regionali sensibilmente differenti tra loro anche sotto il profilo delle regole volte a disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento del servizio sanitario regionale ed i rapporti che intercorrono tra i diversi soggetti istituzionali: nel 2013, ad es., si è confermata e rafforzata la tendenza a realizzare aziende sanitarie a livello provinciale (a.s.p.), ormai presenti in quasi tutte le regioni, mentre non mancano (Marche, Molise, Province autonome di Trento e Bolzano, Valle d'Aosta) aziende uniche a livello regionale (per maggiori dettagli, cfr. *Relazione sullo Stato Sanitario del Paese 2012-2013*, 15). Piena autonomia organizzativa che, tuttavia, non è stata ancora concretamente utilizzata, in quanto nelle aziende sanitarie delle varie regioni si riscontrano tuttora forme organizzative assai omogenee tra loro, che sostanzialmente ricalcano quanto previsto dai decreti legislativi del 1992 e del 1999 (Cicchetti, A., 2013, 107).

*De iure condendo*, va, poi, tenuto conto del testo di revisione costituzionale approvato in prima lettura, alcuni mesi fa, dal Parlamento, testo che prevede, con l'eliminazione *tout court* della legislazione concorrente, l'attribuzione alla competenza legislativa esclusiva statale della materia «disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, per le politiche sociali e per la sicurezza alimentare» e la limitazione della potestà legislativa delle regioni alla «programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali» (per le prime indicazioni al riguardo, v. Jorio, E., 2015, 1).

<sup>37</sup> Art. 117, co. 3, Cost.

<sup>38</sup> Nel senso che «l'organizzazione dei servizi destinati alla tutela della salute rientra nella competenza della Regione», C. cost., 15.2.2000, n. 63 e 22.7.1999, n. 351, in *Giur. cost.*, 2000, I, 484 e in *Reg.*, 1999, 1152.

## **7. Pubblico e privato nel Servizio Sanitario Nazionale**

L'ulteriore variabile sulla quale occorre indagare riguarda il rapporto fra le strutture pubbliche e quelle private, argomento che richiederebbe un'analisi ben più ampia di quella che è qui consentito svolgere. Se è vero, infatti, che, in generale, quello dei rapporti tra pubblico e privato costituisce uno dei temi principali di qualsiasi settore del diritto amministrativo (per tutti, Napolitano, G., 2003), è anche vero che, con specifico riguardo alla sanità, quella che è stata autorevolmente definita la «grande dicotomia» (Bobbio, N., 1985, 3) assume una valenza peculiare e si presta a diverse prospettive di osservazione (Conticelli, M., 2012, 4).

Secondo una condivisibile ricostruzione, possono astrattamente configurarsi almeno tre modelli di relazioni giuridiche tra il settore pubblico e quello privato: un primo modello organizzativo, contrassegnato da una marcata filosofia pubblicistica, che vede gli operatori privati della sanità recitare un mero ruolo di ricalzo, quasi all'insegna del principio di sussidiarietà orizzontale; un secondo modello, in cui la gestione pubblica si riduce in modo consistente; un terzo modello, per così dire misto, in cui pubblico e privato coesistono in modo equilibrato (Ferrara, R., 2007, 149). Nell'analizzare la storia della legislazione sanitaria italiana, storici e politologi mettono in guardia sull'irriducibilità della questione della salute pubblica al contesto dello Stato sociale in quanto le pratiche sanitarie mettono sempre in campo, pure nei sistemi pubblici più sviluppati della nostra epoca, anche attori privati (Soresina, M., 2015, 188-189). L'art. 32 della Costituzione, d'altronde, si limita a configurare un servizio sanitario «obbligatorio ad attivazione necessaria», ma non sembra imporne l'erogazione attraverso strutture pubbliche (Aicardi, N., 2003, 630), lasciando aperte diverse possibilità: dall'istituzione di un sistema sanitario pubblico, alla promozione di un sistema misto, al finanziamento di soggetti privati (Corso, G., 1997, 410).

In concreto, il rapporto pubblico/privato nel S.S.N. è stato controverso già nel periodo post-unitario, si è complicato progressivamente con l'approvazione della Costituzione e poi con la legge istitutiva del 1978, è parso volgere nella direzione dell'integrazione nel riordino del 1992 ed è ridivenuto problematico, specie qualora il privato si trovi a concorrere con il pubblico nella distribuzione di risorse e dotazioni finanziarie, nel decreto Bindi, con cui il legislatore, preoccupato per l'aumento indiscriminato della spesa sanitaria, da contenere anche attraverso un maggiore controllo delle strutture private operanti nell'ambito del S.S.N., ha introdotto limiti ai principi della libertà di scelta dell'utente e della parità tra le strutture che offrono servizi a carico del pubblico (Conticelli, M., 2012, 237-240, 245 e 249-253;

Liguori, F., 2012, 13-14, secondo cui, con l'intervento del 1999, l'apertura al mercato che caratterizzava la legislazione del 1992-1993 ha ceduto il passo a logiche opposte, contraddistinte da rigidità programmatiche, con effetti protezionistici degli operatori privati già inseriti nel S.S.N. in regime di riserva). Una serie di disposizioni sulle quali non è qui possibile soffermarsi (fra cui quelle sull'accreditamento, che dovrebbe essere disciplinato diversamente: Cerrina Feroni, G., 2012, 113) impediscono, infatti, di considerare le strutture pubbliche e private in posizione di parità, di consentire un'effettiva concorrenza nel mercato dei servizi sanitari (in argomento, *amplius*, D'Angelosante, M., 2012, 303; 2013, 1) e, quindi, la libera scelta dell'utente (Lottini, M., 2008, 2553).

A nostro avviso, anche se non possiamo affidare la gestione della salute «pressoché completamente a strutture che rischiano di essere fortemente permeate da una logica di *Gemeinschaft* e non di *Gesellschaft*» e «dobbiamo sforzarci di conservare almeno uno spazio (strutturalmente pubblico; eticamente laico) in cui il cittadino *sans phrase* possa essere accolto e curato come semplice individuo» (Romano Tassone, A., 2003, 643-644), dobbiamo considerare che il funzionamento del settore privato, data la presenza di un settore pubblico, può servire a migliorare l'efficienza complessiva del sistema sanitario ed a garantire equità nell'accesso al consumo sanitario (Clerico, G., 2009, 75).

## 8. Prestazioni sanitarie e vincoli finanziari

È ormai risaputo che il c.d. diritto alla salute (sui cui variegati contenuti, per tutti, Police, A., 2003, 1173) non costituisce un assunto intangibile per le scelte legislative, dovendo il suo riconoscimento tener conto di altri principi e valori costituzionalmente protetti, tra cui l'esigenza di equilibrio della finanza pubblica<sup>39</sup>: in altri termini, la pretesa di ogni persona ai trattamenti sanitari necessari è garantita nei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui l'apparato dispone<sup>40</sup>. Una situazione distante, quindi, anni luce da quella che ancora caratterizzava l'epoca della legge istitutiva del S.S.N., quando la «illimitata fiducia nelle sorti, magnifiche e progressive, dello Stato sociale di diritto» induceva a costruire le aspettative di prestazione del cittadino «alla stregua di situazioni giuridiche soggettive in qualche modo assolute» (Ferrara, R.,

<sup>39</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18.3.2008, n. 1372, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 783.

<sup>40</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 2.12.2002, n. 10892, in *Foro amm. – TAR*, 2002, 4019.

## L'organizzazione della salute

2007, 155). Da questo punto di vista, ben può dirsi che il riordino del 1992-1999 ha innovato radicalmente, sostituendo un sistema sanitario che era basato sulla rilevazione dei bisogni cui si assicura soddisfacimento con un sistema che si condiziona a parametri finanziari precostituiti (Mattioni, A., 2009, 280).

Ciò induce a chiedersi se oggi debba ritenersi più apprezzabile quel risultato che si caratterizzi per un più elevato tasso di *performance* sul piano gestionale a prezzo di un relativo sacrificio delle aspettative di prestazione del cittadino-utente ovvero quel prodotto finale che abbia corrisposto meglio alle attese di quest'ultimo, ma sia eventualmente contraddistinto da un certo *deficit* di bilancio (Ferrara, R., 2007, 169). Interrogativo che, a ben guardare, riguarda la scelta (politica) dell'individuazione, da parte dell'amministrazione centrale, del *budget* da destinare al S.S.N. (quanto, cioè, i cittadini siano disposti a pagare per mantenerlo: Testi, A., 2009, 434-435; sul legame procedimentale tra LEA e risorse disponibili in sanità, cfr. Balduzzi, R., 2013, 25-28) ed involge, quindi, il più generale problema della (difficile) applicazione del criterio di economicità ad alcuni ambiti di attività amministrativa (su questi temi sia consentito rinviare a Saitta, F., 2001, 491; con specifico riguardo alla sanità, la difficoltà di realizzare una concreta esigibilità del diritto alla tutela sanitaria in presenza di una carente definizione del concetto di LEA<sup>41</sup> è ben evidenziata da Spandonaro, F., 2013, 39). Il problema viene efficacemente reso dal quesito se sia meglio «produrre salute o DRG» (Catanati, C., 2008, 529, che volutamente pone in modo apertamente provocatorio l'antitesi tra la qualità delle cure e la visione aziendalistica dell'ospedale, sintetizzata dai famigerati DRG). Nell'attuale momento di grave crisi economica, particolarmente critiche sono, dunque, le prospettive per l'equità intergenerazionale e diventa necessario chiarire in modo esplicito i livelli di assistenza che il S.S.N. potrà continuare a garantire su base universalistica.

Dal punto di vista dell'organizzazione, che poi «costituisce lo snodo decisivo dell'inevitabile tensione tra livelli essenziali delle prestazioni e risorse disponibili» (Balduzzi, R., 2013, 29), ferma restando l'astratta configurabilità di diversi modelli sotto il profilo del finanziamento (ampie indicazioni al riguardo in Petretto, A., 2012, 6-9), la costante riduzione delle risorse economiche a disposizione delle regioni per finanziare i sistemi

<sup>41</sup> Da ultimo, nel senso che i LEA «sono costituiti dall'insieme delle attività, dei servizi e delle prestazioni che il Servizio sanitario nazionale eroga a tutti i cittadini, gratuitamente o con il pagamento di un *ticket*, indipendentemente dal reddito e dal luogo di residenza», TAR Veneto, Sez. III, 7.5.2015, n. 491, in *Giurisd. amm.*, 2015, II, 774.

sanitari impone alle aziende di sviluppare tutte le possibili formule organizzative orientate ad individuare fonti di finanziamento ulteriori rispetto ai trasferimenti regionali ed alle entrate connesse all'ordinaria erogazione di prestazioni (*ticket*), come, ad es., dotarsi delle capacità, proprie dell'imprenditore privato, di sapersi inserire in dinamiche di mercato per reperire ulteriori fonti di finanziamento (Sammartino, M., 2015, 1).

## 9. Bilancio dell'esistente e prospettive di ulteriori riforme

Al termine della descrizione, inevitabilmente incompleta, dei modelli organizzativi del S.S.N. italiano alla luce dell'evoluzione legislativa degli ultimi centocinquanta anni, dovrebbe essere emerso che – come da tempo notato dalla più attenta dottrina – i fattori di più elevata criticità che, confermando l'attualità del «paradosso dell'eterno riformatore», sono stati costantemente al centro dell'attenzione dei legislatori di ogni epoca sono la costruzione di un modello gestionale più o meno pubblicistico o privatistico ed il rapporto fra strutture pubbliche e private (Ferrara, R., 2007, 153-154).

Per quanto attiene al primo aspetto, sfatato ormai da tempo il mito della privatizzazione come panacea per tutti i mali (sul punto, con specifico riguardo all'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, D'Orta, C., 2011, 391) e dimostrato che non è sempre vero che l'aziendalizzazione garantisca «depoliticizzazione del modello gestionale» (sono parole di Mattioni, A., 2009, 312), la soluzione non può certo consistere in una nuova politicizzazione dell'organismo di gestione, ma semmai nel depurare il tecnicismo da qualsivoglia inquinamento politico facendo leva sulla meritocrazia. Ed in questa direzione sembra aver iniziato a muoversi, seppure timidamente, il nostro legislatore allorquando ha ridisciplinato il procedimento di nomina del direttore generale, i criteri di valutazione della sua attività ed il procedimento di nomina dei direttori di struttura complessa, anche a costo di ridimensionare lo strapotere dell'organo di vertice e di ripubblicizzare alcuni ambiti di attività (Tuzza, A., 2012, 16-17; Niglio, N., 2012, 8; un giudizio favorevole su tale intervento legislativo anche da parte di Jorio, E., 2015, 1, che addebita ai cc.dd. «*manager della salute*» la responsabilità di troppe incertezze contabili, della formazione di un debito pubblico enorme e di LEA decisamente inappropriati imposti nella metà del Paese).

Relativamente al rapporto pubblico-privato, oltre a coltivare l'idea, che ha iniziato a farsi strada nel 1999, che l'istituzione non pubblica possa svolgere anche «una funzione di pluralismo etico-culturale, utile e servente alle

## **l'organizzazione della salute**

scelte del soggetto titolare di una concezione personalizzata» (Mattioni, A., 2009, 317), occorre eliminare senza indugio i persistenti impedimenti alla libertà di scelta dell'utente ed all'effettiva parità tra le strutture al fine di consentire un'effettiva concorrenza nel mercato dei servizi sanitari. Il c.d. «sistema delle 3A» (autorizzazione, accreditamento, accordo contrattuale) dev'essere radicalmente rivisto, «nel senso di garantire la presenza e l'esercizio di eccellenze assistenziali e non già di quelle, ovunque, ripetute e ripetibili che tanto incidono negativamente sugli esiti salutari e sulle tasche dei cittadini» (Jorio, E., 2015, 8-9).

### *Abstract*

*The research is aimed at identifying the faults of the Italian Health Service (S.S.N.) in the light of recent legislative developments and upcoming reforms. It stems from an analysis of the underlying reasons of the substantial failures of Law No. 833 of 1978, the following reform in 1992-1993 presents several elements of a sharp break with the past legal regime and institutional set up, although it did not sweep away the whole pre-existing system. Then, on the one hand, the 1999 reorganisation adopted by the so-called "Bindi Decree" has completed the process started in 1992 and, on the other hand, reintroduced some elements of the 1978 Law.*

*Furthermore, the research highlights that the shift from traditional administrative model to that of the current hospital authorities with a company's form has created more issues than any other privatisation process in Italy. Indeed, in this context, health service agents deal with social rights and entitlements and, most of all, with the protection and promotion of the right to health being the social right par excellence.*

*Finally, the paper analyses the "variables" which are the grounds for any further reform plan of the national health system and identifies possible legislative proposals which would improve the issues constantly at the crux of any health system reform over the years.*

### **Bibliografia**

- Adami, P., *Aziende sanitarie e affidamenti in house*, in *Giur. merito*, 2013, 1412 ss.  
Aicardi, N., *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, t. 1, 625 ss.  
Arru, L., *L'organizzazione sanitaria sul piano centrale*, in *L'ordinamento sanitario. L'amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Vicenza, 1967 (I.S.A.P., *Atti del Con-*

- gresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, 11 voll., Vi-  
cenza, 1967-1969), 37 ss.
- Balduzzi, R., *Aziendalizzazione, livelli essenziali, risorse disponibili*, in *Efficacia ed equità  
nell'assetto federale del Servizio sanitario nazionale* (Atti del Convegno di Roma  
del 19 maggio 2011), a cura di A. Cicchetti, Milano, 2013, 21 ss.
- Barilà, E., *La nomina ed il rapporto di lavoro del direttore generale delle aziende sanitarie e  
ospedaliere nella riforma del servizio sanitario nazionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999,  
565 ss.
- Bergamaschi, M. (a cura di), *Manuale di organizzazione delle aziende sanitarie*, Milano,  
2000
- Bobbio, N., *La grande dicotomia: pubblico/privato (1980-1982)*, in Id., *Stato, governo, so-  
cietà. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 ss.
- Bottari, C., *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, 2ª ed., Torino, 2011
- Cappucci, A., *La configurazione giuridica delle aziende sanitarie locali e loro profili auto-  
nomistici*, in *San. pubbl.*, 2001, 1242 ss.
- Carpani, G., *La sanità*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a  
cura di F Merloni, L. Vandelli, Firenze, 2010, 451 ss.
- Catanati, C., *L'ospedale: produrre salute o DRG?*, in *Il governo dell'azienda sanitaria*, a  
cura di F Vanara, Bologna, 2008, 529 ss.
- Catelani, A., *La sanità pubblica*, Padova, 2010
- Cazzola, G., *Lo stato sociale tra crisi e riforme: il caso Italia*, Bologna, 1994
- Cerbo, P., *L'affidamento degli incarichi per la dirigenza sanitaria* (Relazione al Conve-  
gno su: «La gestione del Servizio sanitario nazionale dopo il Patto per la sa-  
lute 2014-2016» – Osimo, 12-13 giugno 2015)
- Ceresetti, G., *Spoil system in ambito sanitario tra fiduciarietà ed imparzialità*, in *Foro  
amm.* – *CdS*, 2009, 1655 ss.
- Cerrina Feroni, G., *Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie: una com-  
parazione con la Germania e con la Svizzera*, in *Munus*, 2012, 63 ss.
- Cicchetti, A., *Innovazione organizzativa e dinamiche regionali: evidenze da studi sul  
campo*, in *Efficacia ed equità nell'assetto federale del Servizio sanitario nazionale* (Atti  
del Convegno di Roma del 19 maggio 2011), a cura di A. Cicchetti, Milano,  
2013, 107 ss.
- Cilione, G., *Diritto sanitario*, Rimini, 2003
- Clarich, M., *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 1993, n.  
9-10, 6 ss.
- Clarich, M., *I rapporti tra organi dell'azienda sanitaria: verso il modello della società per  
azioni?*, in *Ragiusan*, 1991, n. 85-6, 6 ss.
- Conticelli, M., *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012
- Corso, G., *Welfare e stato federale: uguaglianza e diversità delle prestazioni*, in *Federalismo,  
regionalismo, welfare state* (Atti del Convegno di Roma del 9-10 maggio  
1996), Milano, 1997, 403 ss.
- Crosetti, A., *Il servizio sanitario nazionale. Profili organizzativi*, in *Trattato di biodiritto*,  
diretto da Rodotà, S. – Zatti, P., vol.V, a cura di R. Ferrara, Milano, 2010

## **l'organizzazione della salute**

- De Cesare, G., *Sanità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 245 ss.
- D'Angelosante, M., *Discorrendo su uno dei migliori sistemi sanitari al mondo (dibattito su La sanità in Italia, di Federico Toth)*, in *Ist. fed.*, 2014, 721 ss.
- D'Angelosante, M., *Fallimenti dello Stato e sussidiarietà inclusiva del mercato nel governo della salute ai tempi della crisi economica. Report annuale 2013 Italia*, in *www.ius-publicum.com* (dicembre 2013)
- D'Angelosante, M., *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012
- D'Angelosante, M., *La tutela della salute è competenza concorrente... ma riservata allo Stato*, in *Foro amm. – CdS*, 2007, 30 ss.
- D'Orta, C., *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, 391 ss.
- Falcon G., *Unità sanitaria locale*, in M.S. Giannini, G. De Cesare, *Dizionario di diritto sanitario*, Milano, 1984, 587 ss.
- Ferrara, R., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007
- Ferrara, R., *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 2500 ss.
- Ferrara, R., Vipiana, P.M., *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999
- Fragale, E.N., *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Ist. fed.*, 2013, 567 ss.
- Gallo, C.E., *La dirigenza e il personale del servizio sanitario nazionale*, in *San. pubbl.*, 1999, 207 ss.
- Giannico, L., *Amministrazione sanitaria: storia*, in M.S. Giannini, G. De Cesare, *Dizionario di diritto sanitario*, Milano, 1984, 73 ss.
- Giannini, M.S., *L'organizzazione sanitaria dalla legge di riforma sanitaria alla l. 15.1.1986 n. 4*, in AA.VV., *Lineamenti di organizzazione sanitaria*, Milano, 1991, 27 ss.
- Griglio, E., *La sanità «oltre» le regioni. Il superamento della dimensione territoriale statica e la riscoperta del ruolo dei comuni*, in *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, a cura di R. Balduzzi, Bologna, 2009, 223 ss.
- Hinna, L. (a cura di), *Management in sanità*, Roma, 2001
- Jorio, E., *La sanità che ci vuole alla luce del fabbisogno reale e delle verità emerse dai conti della Salute*, in *www.astrid-online.it* (maggio 2015)
- Jorio, E., *La revisione costituzionale e la salute*, in *www.astrid-online.it* (marzo 2015)
- Jorio, E., *Convenzioni, accreditamento e contratti: una disciplina da rivedere per la sostenibilità del SSN*, in *www.astrid-online.it* (marzo 2015)
- Jorio, E., *L'atto aziendale e i suoi contenuti*, in *San. pubbl.*, 2006, 12 ss.
- Lambertucci, P., *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 825 ss.
- Liguori, F., *Flessibilità e modelli organizzativi del S.S.N.*, in *La sanità flessibile*, a cura di F. Liguori, A. Zoppoli, Napoli, 2012, 3 ss.
- Liguori, F., *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996
- Lottini, M., *Il concorso dei privati al servizio sanitario nazionale: alternativi al pubblico o succedanei al pubblico?*, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 2553 ss.

- Mattioni, A., *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, a cura di R. Balduzzi, Bologna, 2009, 321 ss.
- Mazzotta, O., *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 471 ss.
- Miglioranza, M., *Sanità e principi fondamentali: la programmazione regionale*, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 2437 ss.
- Molaschi, V., *Sulla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni": riflessioni sulla vis espansiva di una "materia"*, in *San. pubbl.*, 2003, 523 ss.
- Montini, M., *Gli incarichi di direzione di struttura complessa dei dirigenti medici: questione di giurisdizione e natura degli atti della relativa procedura*, in *Foro amm. – CdS*, 2004, 157 ss.
- Morana, D., *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art. 32 Cost. nel primo «trentennio sanitario»*, in *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, a cura di R. Balduzzi, Bologna, 2009, 321 ss.
- Merusi, F., *Introduzione*, in *Unità sanitarie e istituzioni*, a cura di F. Merusi, Bologna, 1982, 10 ss.
- Napolitano, G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- Napolitano, G., *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.
- Nicolazzi, T., *I livelli essenziali di assistenza*, in *Foro amm. – TAR*, 2002, 1745 ss.
- Niglio, N., *La procedura di nomina dei direttori generali presso le ASL alla luce delle novità introdotte dalla legge n. 189 dell'8 novembre 2012 (Un primo commento all'articolo 4 della legge n. 189/2012)*, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2012
- Petretto, A., *Organizzazione sanitaria, finanziamento e incentivi*, in *Munus*, 2012, 1 ss.
- Pieri, M., *Le aziende sanitarie*, in *Le aziende sanitarie pubbliche*, a cura di C. Miriello, Padova, 2009, 33 ss.
- Pioggia, A., *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, 481 ss.
- Poggi, A.M., *I diritti delle persone*, Milano, 2014
- Police, A., *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, in *San. pubbl.*, 2003, 1173 ss.
- Rampulla, F.C., *La gestione transitoria delle usl tra aziendalizzazione ed amministrazione pubblica tradizionale*, in *San. pubbl.*, 1991, 933 ss.
- Rebora, G., *Profili dei direttori generali nelle aziende sanitarie*, in *San. pubbl.*, 2005, 35 ss.
- Rinaldi, F., *L'incerta natura giuridica dell'azienda sanitaria locale*, in *Giur. merito*, 2007, 1922 ss.
- Romano Tassone, A., *Sussidiarietà "orizzontale" e tutela della salute*, in *San. pubbl.*, 2003, 639 ss.
- Romano Tassone, A., *L'azienda sanitaria tra tecnocrazia e democrazia*, in *San. pubbl.*, 1997, 387 ss.
- Ruffini, R., *Logiche di progettazione dell'assetto organizzativo delle aziende sanitarie pubbliche*, in *Mecosan*, n. 29/1999

## **l'organizzazione della salute**

- Saitta, F., *Governo della sanità e falsa "tecnocrazia": cronaca di un fallimento annunciato*, in *San. pubbl.*, 2007, 5 ss.
- Saitta, F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. e soc.*, 2001, 491 ss.
- Saitta, F., *Prime considerazioni sull'ultima riforma del servizio sanitario nazionale: la dirigenza*, in *San. pubbl.*, 1999, 951 ss.
- Sammartino, M., *Attività "imprenditoriali" delle aziende sanitarie nell'ambito dell'art. 43 della legge n. 449/1997*, in *www.lexitalia.it*, n. 5/2015
- Soresina, M., *Sanità pubblica (all. C)*, in *Storia Amministrazione Costituzione, Annale ISAP*, n. 23/2015, 179 ss.
- Spandonaro, F., *Federalismo ed equità nel Sistema sanitario nazionale*, in *Efficacia ed equità nell'assetto federale del Servizio sanitario nazionale (Atti del Convegno di Roma del 19 maggio 2011)*, a cura di A. Cicchetti, Milano, 2013, 39 ss.
- Speranza, N., *Unità sanitarie locali*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 776 ss.
- Tallacchini, M., *Democrazia come terapia: la governance tra medicina e società*, in *Politeia*, 2006, n. 81, 15 ss.
- Testi, A., *Sostenibilità economica e tenuta unitaria del Ssn*, in *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, a cura di R. Balduzzi, Bologna, 2009, 425 ss.
- Toth, F., *La sanità in Italia*, Bologna, 2014
- Toth, F., *Le politiche sanitarie. Modelli a confronto*, Bari-Roma, 2009
- Tuccillo, S., *Il ruolo del dirigente medico tra politica e amministrazione*, in *La sanità flessibile*, a cura di F. Liguori, A. Zoppoli, Napoli, 2012, 151 ss.
- Tuzza, A., *La governance degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale. Dalla legge n. 833 del 23 dicembre 1978, alla riforma Balduzzi*, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2012.



GIOVANNI MULAZZANI

LA NOZIONE DI OPERATORE ECONOMICO  
E LA PARTECIPAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI  
ALLE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE  
DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'attività economica della pubblica amministrazione: la rilettura dell'art. 41 Cost. alla luce del diritto dell'Unione europea. – 3. La nozione di operatore economico in ambito europeo e nel diritto interno. – 4. Gli orientamenti della giurisprudenza dell'Unione europea e gli sviluppi di quella amministrativa: una nuova prospettiva per tutelare la concorrenza. – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La definizione degli elementi fondanti la nozione di operatore economico costruita in ambito europeo ha informato necessariamente anche il diritto nazionale, con il recepimento di tale nozione nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). La nuova direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, in via di recepimento da parte del legislatore nazionale, ha chiarito la definizione di operatore economico in un'accezione più ampia ovvero identificandola in ogni persona e/o ente in grado di offrire sul mercato lavori, forniture o servizi, prescindendo dalla natura giuridica dei soggetti offerenti. Di recente sul punto è intervenuta una sentenza della Corte di Giustizia Ue<sup>1</sup>, la quale pronunciandosi in merito ad un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sul presupposto di tale nuova definizione di operatore economico, ha legittimato gli enti pubblici a partecipare alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici. La declinazione legislativa della nozione di operatore economico nell'ordinamento continua ancora oggi ad interessare il dibattito in dottrina e giurisprudenza, alimentando contrasti e generando altresì anche inevitabili discrasie interpretative che hanno reso sempre più complessa l'attività di qualificazione dei soggetti

<sup>1</sup> C. giust. UE, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*.

ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Infatti, la ricognizione dei soggetti idonei ad essere titolari di contratti passivi<sup>2</sup>, ovvero le amministrazioni aggiudicatrici, operata a livello europeo, non viene perlopiù messa in discussione. Per contro, l'utilizzo concettuale della nozione di operatore economico, scaturito dall'ordinamento dell'Unione europea (UE), è stato oggetto di controverse interpretazioni nel diritto interno, che ha escluso soggetti formalmente e sostanzialmente pubblici dal novero dei partecipanti alle gare. L'affermazione di una consolidata giurisprudenza comunitaria, che ammoniva il nostro legislatore a conformarsi alla nozione di operatore economico in senso lato fornita in sede comunitaria, ha modificato anche l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in questo senso, oggi più che mai aperta a legittimare la partecipazione alle gare anche da parte di quei soggetti pubblici, che non vengono espressamente contemplati dal Codice dei contratti pubblici.

Pertanto anche in considerazione dell'evidente discrasia normativa tra ordinamento europeo e nazionale per quanto attiene ai requisiti dei soggetti legittimati a competere nel mercato degli appalti, è possibile sollevare un interrogativo di fondo per il legislatore che ad oggi costituisce argomento di paragone e di dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Occorre, infatti, verificare se l'ammissione delle amministrazioni pubbliche a competere all'aggiudicazione degli appalti pubblici, in posizione paritaria rispetto agli altri operatori economici privati, determini il rischio di inquinare il mercato medesimo, oppure se l'esclusione delle stesse amministrazioni da tale competizione, entri in rotta di collisione con l'ordinamento europeo che non prevede in alcun modo tali restrizioni. Una significativa prospettiva di indagine dovrebbe aprirsi nel merito a proposito dell'effettivo rispetto delle norme in materia di evidenza pubblica da parte delle stesse amministrazioni, legittimate a partecipare alle procedure di gara, con il rischio di fenomeni elusivi della concorrenza che, sotto le mentite spoglie di strumenti di accordi o convenzioni tra amministrazioni, rappresentano in realtà aggiudicazioni di appalti.

<sup>2</sup> R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 77 ss.; A. Massera, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*<sup>2</sup>, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pt.g, II, 1601 ss.; G. Morbidelli e M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*<sup>2</sup>, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, pt.s, I, 423 ss.; F. Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

## 2. L'attività economica della pubblica amministrazione: la rilettura dell'art. 41 Cost. alla luce del diritto dell'Unione europea

La generale capacità di diritto privato riconosciuta alle amministrazioni pubbliche, sancita all'art. 1, c. 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, all'interno delle norme che disciplinano il procedimento amministrativo e segnatamente tra i principi che reggono l'azione amministrativa, esprime la volontà del legislatore, di conferire una speciale evidenza ed una sostanziale autonomia all'adozione da parte dell'amministrazione pubblica di strumenti di diritto privato, in modo differenziato rispetto all'utilizzo degli stessi strumenti da parte invece di soggetti privati. L'attività amministrativa, esercitata anche attraverso le forme proprie del diritto privato, deve obbedire innanzitutto alla cura dell'interesse pubblico. Occorre in sostanza che venga garantito il rispetto del vincolo di funzionalizzazione, immanente all'attività dell'amministrazione pubblica. Al fine di assicurare il perseguimento degli obiettivi predetti si è stabilita una convivenza tra modello contrattuale e carattere funzionale dell'attività dei pubblici poteri. A tali premesse, infatti, è conseguita l'assunzione del carattere di specialità, almeno per alcuni aspetti, del diritto privato della pubblica amministrazione rispetto all'ordinaria attività di diritto comune propria dei soggetti privati<sup>3</sup>.

La tendenza ad agire attraverso modelli non autoritativi ha caratterizzato negli anni sempre di più il *modus operandi* dell'amministrazione pubblica, in considerazione soprattutto di un significativo aumento delle attività e degli interventi in ambito economico da parte dei soggetti pubblici. Si è così determinata una mutazione sostanziale del quadro di riferimento dell'azione delle amministrazioni. Quest'ultime, infatti, si sono avvalse con sempre maggiore frequenza di moduli operativi e giuridici privatistici, anche alla luce delle politiche di c.d. privatizzazione inaugurate agli inizi degli anni Novanta. Tali politiche hanno determinato l'evoluzione degli enti pubblici economici in società per azioni, un modulo operativo assoggettato al regime di diritto comune, ancorché non derivante da un atto negoziale, bensì da una legge istitutiva delle stesse<sup>4</sup>. L'intervento pubblico in economia

<sup>3</sup> D. de Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *www.giustamm.it*, 2006, 1138 ss.; S.A. Romano, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1989, I, 531 ss.

<sup>4</sup> F.A. Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *Diritto amministrativo*<sup>4</sup>, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, Monduzzi, 2005, II, 71 ss.; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 581 ss.; M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni*

e il cambiamento delle forme giuridiche non costituisce, tuttavia, la ragione sufficiente a fondare la complessa vicenda dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche. Ciò in quanto tale attività acquista una più attuale rilevanza ed una rinnovata significanza all'interno del processo di costruzione e d'integrazione europea, con i relativi obblighi di conformazione alla normativa comunitaria che esso ha comportato per l'Italia<sup>5</sup>. Quest'ultima è tenuta ad armonizzare il proprio ordinamento proprio in un settore rilevante e strategico per l'ordinamento europeo, ovvero quello degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi e delle concessioni al fine di tutelare la libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno dello spazio dell'UE e garantire il rispetto del principio di concorrenza.

La capacità di diritto privato riconosciuta alle pubbliche amministrazioni è stata però limitata da politiche normative, che hanno fortemente limitato l'iniziativa degli enti pubblici, che intendevano procedere alla costituzione di tali soggetti di diritto privato, per via di stringenti esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica e di assoggettamento a rigidi vincoli di finanza pubblica. Con riferimento alla capacità di diritto privato da parte degli enti pubblici, il Consiglio di Stato<sup>6</sup> e la Corte dei Conti<sup>7</sup> concordavano nel ritenere che la norma dell'art. 3, c. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244 – c.d. Finanziaria 2008, che vieta la costituzione di società o enti, se non per svolgere attività strettamente necessarie al perseguimento delle finalità isti-

*in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 526 ss.; A. Zioldi, *Privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, Giappichelli, 2008, 17 ss.; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995.

<sup>5</sup> G. Pericu e M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, cit., I, 283 ss.

<sup>6</sup> Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro amm. – CdS*, 2011, VI, 1842, che ha ritenuto di censurare l'avvenuta costituzione da parte dell'Università IUAV di Venezia, di una società commerciale a fine di lucro, in considerazione dell'ampiezza dell'oggetto sociale, dichiarandone l'illegittimità poiché l'atto costitutivo e lo statuto non prevedevano limiti puntuali volti a garantire la stretta strumentalità della società medesima rispetto ai fini istituzionali dell'Università. In tema si veda anche M. Dugato, *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università di Bologna*, in *Contratto e impresa*, 1995, 700; F. Midiri, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, Giappichelli, 2004; M. Granieri, *Di università imprenditoriale, società spin-off e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, III, 385; I. Del Giudice, *L'università "operatore economico" del mercato concorrenziale*, in *www.giustamm.it*, 2011; F. Goisis, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1364; S. Spuntarelli, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urb. app.*, 2011, 1461.

<sup>7</sup> C. Conti, Sez. contr. Lombardia, par. n. 7/2013 e par. n. 263/2013.

## la nozione di operatore economico

tuzionali, sia espressione di un principio immanente al sistema. Tale principio esprime un divieto per le amministrazioni pubbliche, in quanto prive di scopo lucrativo, di esercitare attività d'impresa e *a fortiori* di costituire soggetti di diritto privato quali le società, in assenza di una espressa previsione legislativa. La *ratio* sottesa a tale disposizione si rintracciava tradizionalmente nella volontà del legislatore di garantire il regime della concorrenza per il mercato, eliminando i soggetti in grado di pregiudicarne il funzionamento. Una parte della giurisprudenza amministrativa<sup>8</sup> ha segnalato che mediante quella norma il legislatore avesse inteso limitare il ricorso agli strumenti privatistici quali le società, non in chiave difensiva del regime di concorrenza, bensì nell'ottica di garantire il principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ovvero il perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto del principio di legalità<sup>9</sup>. La norma di cui all'art. 27, c. 3, è stata interpretata da una parte della dottrina<sup>10</sup> come l'affermazione di una capacità di diritto speciale da parte degli enti pubblici, fondata su esprese autorizzazioni legislative.

L'orientamento dottrinale che negava la capacità generale per gli enti pubblici, in linea anche con la pronuncia della giurisprudenza amministrativa anzidetta, è stata fortemente contrastata da chi invece, nella dottrina<sup>11</sup>, ha inteso affermare la legittimazione dell'iniziativa imprenditoriale pubblica al pari di quella privata. Il riconoscimento della capacità generale di diritto privato per gli enti pubblici è l'esito di un'opera ricostruttiva attraverso una lettura rinnovata, che ha permesso l'estensione anche a questi ultimi della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. L'intervento pubblico in ambito economico oggi è contraddistinto da tendenze contrapposte che dominano il sistema: da una parte, infatti, si assiste al reiterato ricorso a strumenti di diritto privato da parte delle amministrazioni pubbliche e dall'altra si afferma un complesso di previsioni normative teso a restringere la possibilità di costituire tali soggetti, in virtù di necessità pubbliche di carattere

<sup>8</sup> Tar Sardegna, I, 05 aprile 2013, n. 269, in *Foro amm.* – *Tar*, 2013, IV, 1403.

<sup>9</sup> M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 857, che rileva come la pronuncia del Tar Sardegna richiamata «(...) rende giustizia dell'assunto dimostrato secondo cui la sola presenza delle società partecipate possa costituire un ostacolo al corretto svolgersi del mercato e dà invece rilievo al troppo spesso dimenticato (quando non addirittura negato) principio di funzionalizzazione nell'azione societaria degli enti pubblici».

<sup>10</sup> A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dimissione: misure contingenti o scelta di sistema*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti e A. Mazzoni, Torino, Giappichelli, 2011, 70.

<sup>11</sup> S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, Giuffrè, 2012, 100 ss.

vincolistico. Taluni, giudicavano la compresenza di operatori economici pubblici accanto a quelli privati, potenzialmente lesiva del principio di concorrenza, in quanto idoneo a frustrare il confronto competitivo tra gli operatori economici, e minare le prospettive di crescita economica<sup>12</sup>. Un'altra parte della dottrina<sup>13</sup>, maggiormente in linea con gli orientamenti del diritto europeo, non ha ravvisato invece condizioni ostative alla presenza di operatori economici pubblici accanto a quelli privati. Quest'ultimo orientamento deponeva a favore della equiparazione della capacità giuridica tanto degli enti pubblici quanto di quelli privati, in quanto entrambi risultano attratti in un unico e generale contesto normativo, quello del diritto comune, che assolve la funzione di legittimare il diritto dell'agire mediante moduli privatistici, in assoluta equidistanza dalla soggettività pubblica e da quella privata. La necessità di garantire la conformità del diritto interno ai principi e alle norme previste a livello europeo, ha indotto la dottrina ad una rilettura delle norme costituzionali, approfondendo il parametro concernente il principio della libertà di iniziativa economica privata sancito all'art. 41 Cost. La dottrina si è quindi interrogata, circa la possibilità di declinare il significato di tale principio, in relazione all'estensione della capacità giuridica degli enti pubblici.

L'attività interpretativa, in particolare quella giurisprudenziale, è stata dedicata alla ricerca del significato della libertà d'iniziativa economica privata nell'ottica di accoglimento di un possibile inquadramento oggettivo, che potesse giustificare l'operatività sul mercato anche di enti pubblici che si avvalgono di moduli privatistici. Alla luce di un percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Corte Costituzionale, che nel tempo ha mutato la propria prospettiva, è possibile evincere che il giudice delle leggi, è orientato oggi a riconoscere che il mercato ed i relativi criteri di regolazione, assurgono a parametro necessario nel processo atto a verificare e giustificare regimi di pubblico monopolio, non essendo più sufficiente riconoscere la riserva di attività pubblica a partire da un generale riferimento all'interesse pubblico<sup>14</sup>. La concorrenza, così come emerge limpidamente da una pronuncia della Consulta «non è dunque un'espressione moderna che sostituisce la vecchia par condicio, ma è invece un canone costituzionale fondativo della libertà di iniziativa economica e, prima ancora, dell'intero sistema eco-

<sup>12</sup> F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.

<sup>13</sup> S. Valaguzza, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 862 ss.

<sup>14</sup> M. Dugato, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2006, 62.

## la nozione di operatore economico

nomico»<sup>15</sup>. Alla luce di tale rinnovata consapevolezza, la concorrenza inquadrata quale architrave imprescindibile del complesso sistema economico nazionale, diviene così un parametro ineludibile e necessario di giudizio in ordine alla conformità delle leggi che riservano ambiti e condizioni di attività d'intervento sia per lo Stato sia per gli altri enti pubblici<sup>16</sup>. Il c.d. decreto *spending review 2*<sup>17</sup> ha riconosciuto che le società a partecipazione pubblica, rivestendo personalità giuridica privata operano nel mercato, in virtù della propria autonomia negoziale in base alle norme del codice civile, come ogni società di capitali privata, salvo non diversamente stabilito e salvo espresse deroghe. In quest'ottica, pertanto, l'art. 41 Cost. assurge a parametro costituzionale legittimante la capacità di azione degli operatori pubblici sul mercato<sup>18</sup>.

### 3. La nozione di operatore economico in ambito europeo e limiti nel diritto interno

Attesa la capacità negoziale spettante alle pubbliche amministrazioni, ormai non più revocabile in dubbio, e di conseguenza la libertà d'iniziativa economica delle società a partecipazione pubblica<sup>19</sup> occorre porre l'attenzione ad una *vexata quaestio*, riguardante la possibilità per gli enti pubblici di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tale possibilità è suscettibile d'essere oggetto di contestazione in ragione dei possibili effetti distorsivi alla concorrenza che potrebbero derivare da tale ammissione, attesa la differenza strutturale, ovvero di natura giuridica, dei presupposti che giustificano l'attività, l'organizzazione e le modalità di finanziamento, alquanto differenti se non addirittura antitetici tra enti pubblici e imprese private, che riserverebbero ai primi maggiori possibilità di

<sup>15</sup> C. cost., 13 gennaio 2004, n. 14.

<sup>16</sup> M. Dugato, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, cit., 62.

<sup>17</sup> Art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 135.

<sup>18</sup> S. Valaguzza, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 83 ss.

<sup>19</sup> *Ex multis* si vedano M. Cammelli, *Gli appalti pubblici di servizi e la società a partecipazione pubblica*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, Cedam, 1998; M. Cammelli e M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, Giappichelli, 2008; M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997.

aggiudicarsi gli appalti a scapito dei secondi. In un siffatto mercato, gli enti pubblici saranno così in grado di presentare offerte generalmente più competitive rispetto a quelle dei concorrenti operatori economici privati perché da un lato non assumono il rischio d'impresa nell'attività di produzione di beni e servizi, a differenza di quanto accade per le imprese private, e dall'altro beneficiano di sovvenzioni pubbliche.

Per quanto attiene all'ambito soggettivo di applicazione delle norme in materia appalti pubblici è necessario assumere a riferimento la nozione di operatore economico, coniata in ambito europeo e successivamente recepita dall'ordinamento nazionale all'interno del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Tale nozione è stata interpretata in un'accezione *lato sensu* nell'ordinamento dell'UE mentre ha assunto caratteri maggiormente restrittivi nel diritto interno, in quanto l'opera di ricostruzione dei profili giuridici e la successiva applicazione di tale nozione presupponeva un *discrimen* iniziale nell'approccio tra i due ordinamenti. L'ordinamento europeo, infatti, definisce operatore economico qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, ente pubblico o raggruppamento di tali persone e/o enti, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi. Ai fini dell'aggiudicazione, il legislatore dell'UE assume così una nozione di operatore economico dalla quale è possibile evincere una posizione di sostanziale neutralità circa la natura soggettiva degli operatori economici ammessi alle procedure ad evidenza pubblica, e relativamente anche alla modalità di organizzare la prestazione.

La direttiva europea 92/50/CEE 18 giugno 1992 offriva la nozione di prestatori di servizi individuandoli nelle «(...) persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi (...)»<sup>20</sup>. Successivamente la direttiva europea 2004/18/CE del 31 marzo 2004, che ha riunificato le precedenti direttive in materia di appalti pubblici, basandosi sulla giurisprudenza comunitaria, asseriva, a fini di semplificazione nell'interpretazione del dato testuale, che il termini imprenditore, fornitore e prestatore di servizi individuano la medesima fattispecie di operatore economico, ovvero una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi<sup>21</sup>. Il legislatore europeo, con la direttiva

<sup>20</sup> art. 1 lett. c dir. 92/50/CEE.

<sup>21</sup> S. Bandini Zagnini, *Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la direttiva n. 2004/18/CE*, Torino, Giappichelli, 2006; L. Fiorentino e C. Lacava, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, in *Quaderna del Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004; R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella*

## la nozione di operatore economico

europea 2014/24/UE, ha ulteriormente chiarito la nozione di operatore economico precisando che di tale nozione dev'essere data un'interpretazione più ampia «in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano “persone giuridiche” o meno in ogni circostanza»<sup>22</sup>.

Siffatto approccio è ispirato all'esigenza di garantire una prospettiva di massima liberalizzazione e quindi massima partecipazione e *par condicio* di tutti gli operatori economici siano essi pubblici o privati, nell'ottica di tutelare la libera circolazione dei beni e dei servizi. Il requisito fondamentale è tale, per cui gli operatori interessati a partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici siano nelle condizioni di adempiere alla prestazione «indipendentemente dal fatto di essere (...) attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno»<sup>23</sup>. Il diritto dell'UE, ha ricostruito la nozione d'impresa alla luce di interventi giurisprudenziali<sup>24</sup> che l'hanno qualificata come qualsiasi entità esercente attività economica a nulla rilevando lo *status* giuridico ed il relativo regime di finanziamento della medesima, annoverando tra i soggetti compresi in questa nozione anche gli enti pubblici che, accanto all'attività amministrativa svolgano anche attività con metodo economico. In altri termini, l'ordinamento europeo impone il rispetto dei principi e delle regole fondanti il comune modello di mercato europeo lasciando impregiudicato il regime giuridico introdotto da ciascun Stato membro, quale presupposto necessario ai fini dell'ammissione alle procedure di evidenza pubblica. Attesa pertanto la legittimazione a presentare offerte, anche da parte degli enti pubblici, in sede di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici rimane l'interrogativo circa la modalità più adeguata ed efficace da adottare al fine di limitare il rischio di elusione delle

*legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005; A. Vitale, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1128 ss.;

<sup>22</sup> Cons. n. 14 dir. 14/24/UE.

<sup>23</sup> Cons. St., III, ord. 30 ottobre 2013, n. 5241.

<sup>24</sup> C. giust. CE, 23 aprile 1991, C-41/90; C. giust. CE, 24 ottobre 2002, C-82/01; S. Luce, *Classificazione degli operatori economici ammessi alla stipulazione dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo, procedure di affidamento*, a cura di R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2007, 399 ss.

norme sull'evidenza pubblica da parte delle stesse amministrazioni pubbliche ammesse a concorrere alla gare d'appalto. Tali soggetti, infatti, potrebbero sperimentare altri strumenti negoziali che sotto il nome di accordi di cooperazione tra amministrazioni, ovvero accordi di programma nascondono in realtà vere e proprie aggiudicazioni di contratti pubblici in violazione delle norme che presiedono le gare pubbliche. La questione più significativa che si pone per quanto attiene alle norme elaborate in sede europea è quella concerne il grado di effettività del complesso normativo che regola le procedure di aggiudicazione degli appalti.

L'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, significativamente rubricato «Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico», oltre a cristallizzare nella disciplina legislativa il modello *in house providing*<sup>25</sup>, prima regolato soltanto per via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia UE<sup>26</sup>, al punto 4 stabilisce i limiti, che devono ricorrere contestualmente, affinché un contratto concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non sia assoggettato alle norme della direttiva medesima: innanzitutto il contratto deve stabilire o realizzare una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, con lo scopo di garantire che i servizi pubblici che esse devono svolgere siano realizzati al fine di conseguire gli obiettivi che accomunano le amministrazioni stesse; l'attuazione di tale cooperazione dev'essere fondata esclusivamente a partire da considerazioni attinenti il pubblico interesse; infine è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici che partecipano svolgano sul mercato aperto meno del venti per cento delle attività che ineriscono alla cooperazione tra essere stabilita<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> C. Volpe, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *www.giustamm.it*, 2014.

<sup>26</sup> C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, ove si afferma che «A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano». Un riferimento espresso all'istituto dell'*in house providing* è contenuto anche nel Libro Bianco "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", COM (98) 143 def., 1.3.1998, punto 2.1.3, 11.

<sup>27</sup> In tema di cooperazione tra amministrazioni nel settore pubblico si veda anche J. Wiggen, *Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector*, in *3 Public Procurement Law Review* (2014), 87; In giurisprudenza si veda Cons. St., II, 22 aprile 2015, n. 1178 in cui si ribadisce che «In linea di principio, non sono soggetti alle direttive appalti e sono dunque legittimi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni, anche se appartenenti ad ordinamenti autonomi e/o in rapporto di reciproca indipendenza, finalizzati alla coopera-

## la nozione di operatore economico

Ancorché le parti di un accordo siano entrambe autorità pubbliche, tale circostanza non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti e pertanto al di fuori di tali ipotesi tassative, il rapporto tra amministrazioni aggiudicatrici, ad avviso del legislatore europeo deve inquadarsi nell'ambito di quanto dispone la predetta direttiva. Tale rapporto deve inserirsi anch'esso nel quadro delle norme che disciplinano l'evidenza pubblica, anche tra amministrazioni aggiudicatrici, legittimando in tale modo, la partecipazione degli enti pubblici alle gare ad evidenza pubblica bandite dalle amministrazioni aggiudicatrici. In sintesi, per l'ordinamento dell'UE l'ammissione degli enti pubblici alle procedure ad evidenza pubblica rappresenta l'unica strada che permette una relazione istituzionale tra i soggetti pubblici ed il mercato europeo degli appalti pubblici, qualora tali enti non rispettino gli stringenti e tassativi requisiti previsti dall'art. 12 punto 4.

La Corte di Giustizia Ue riconoscendo per via giurisprudenziale la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione, ha ribadito quanto disponevano già le direttive comunitarie in ordine alla nozione estensiva di operatore economico ed ha fornito un apporto decisivo nell'attività di ripermizione dei termini di accesso al mercato degli appalti pubblici, tradizionalmente riservato agli operatori economici privati.

La nozione di operatore economico, elaborata in sede comunitaria non trova ancora riscontro normativo compiuto nell'ordinamento italiano e risulta quindi non sovrapponibile a quest'ultimo, in quanto più ampia rispetto all'omonima nozione adottata nell'ordinamento nazionale. L'assetto normativo italiano in materia di requisiti di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, si fonda sull'impostazione proposta dalla dottrina tradizionale, la quale ha sostenuto che non possono essere qualificati imprenditori, i soggetti privi di finalità di lucro. La disciplina di riferimento è contenuta nella definizione di imprenditore fornita dall'art.

zione cd. non istituzionalizzata/orizzontale” purché il trasferimento di risorse resti “entro i ristretti limiti del riconoscimento di un corrispettivo forfettario a copertura delle spese vive sostenute». Nel caso di specie il Consiglio di Stato esprimeva un parere su istanza dell'Agenzia del demanio la quale chiedeva di conoscere se e quali siano le forme di cooperazione tra amministrazioni che possano ritenersi escluse dall'ambito di applicazione della normativa europea in tema di appalti pubblici, e dunque dalla necessità di esperire preventivamente una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio. L'Adunanza di sezione ha concluso per l'esclusione dal codice dei contratti e dalle direttive UE e per la piena legittimità, senza riserva alcuna, di accordi, convenzioni e contratti di servizi tra l'Agenzia del demanio ed ogni altro soggetto pubblico, tra i quali le amministrazioni statali centrali e periferiche e gli enti territoriali, nonché ogni ente pubblico o società per azioni (solo a capitale interamente pubblico), finalizzati alla gestione e valorizzazione dei rispettivi patrimoni immobiliari.

2082 c.c. la quale individua nell'esercizio da parte di un soggetto o di una struttura di una attività economica organizzata, e quindi non occasionale, con scopo lucrativo personale e finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi, l'elemento indefettibile che qualifica la nozione di imprenditore<sup>28</sup>. Secondo una prima linea d'interpretazione<sup>29</sup>, è titolato a concludere contratti con l'amministrazione pubblica soltanto chi persegua principalmente uno scopo lucrativo in senso proprio, escludendo pertanto *ab origine* i soggetti che perseguono scopi di profitto non strettamente personale, e quindi ad esempio per la generalità collettiva, ovvero per l'interesse pubblico. A questo orientamento si è contrapposto un indirizzo interpretativo<sup>30</sup> che ha asserito la pressoché totale irrilevanza del metodo lucrativo concreto, ovvero che il profitto venga realmente realizzato o interamente devoluto per altre finalità non lucrative, bastando a configurare i connotati dell'imprenditore essenzialmente che l'attività sia condotta secondo modalità astrattamente lucrative. Vi è, infine, chi ha ravvisato nell'oggettività dell'attività condotta con metodo economico, il comune denominatore che uniforma tutte le tipologie di soggetti sussumibili nella categoria generale di impresa stabilita dal legislatore, prescindendo dalla destinazione degli utili conseguiti<sup>31</sup>.

In questo contesto, si collocano i primi interventi normativi nazionali in ordine alla disciplina degli appalti pubblici, rappresentati dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. Legge Merloni sugli appalti di lavori pubblici, la quale all'art. 10, c. 1, lett. c), ha disciplinato la materia, esplicitando i soggetti idonei a divenire soggetti aggiudicatari. Detta previsione normativa disponeva, infatti, che potevano essere aggiudicatari le imprese individuali, anche quelle artigiane, le società commerciali e quelle cooperative, disponendo pertanto *ope legis* l'esclusione dei soggetti che non sono organizzati in forma imprenditoriale.

Con l'avvento delle direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/2004, trasposte all'interno del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici, veniva rivisitata la disciplina complessiva degli appalti pubblici, richiedendo per la prima volta la qualità per partecipare alle gare pubbliche non più di imprenditore, o di società commerciale, bensì esclusivamente di operatore economico. Le ultime direttive europee 2014/24/UE e

<sup>28</sup> V. Bonocore, voce *Imprenditore. Dir. priv.*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, XX, 518.

<sup>29</sup> T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1962, 190.

<sup>30</sup> G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, Torino, Utet, 2008, I, 35.

<sup>31</sup> F. Galgano, *Trattato di diritto civile e commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 1977, II, 66.

## la nozione di operatore economico

2014/25/UE del 26 febbraio 2014<sup>32</sup>, in materia di appalti pubblici rispettivamente nei settori ordinari e speciali, abrogano le precedenti innovando la disciplina complessiva dell'intera materia. L'obiettivo è quello di realizzare una semplificazione e una maggiore flessibilità delle procedure, nonché avvicinare la disciplina dei settori speciali a quella dei settori classici. Tali direttive costituiscono una riforma del diritto dei contratti pubblici, anche perché viene riordinata organicamente, attraverso la direttiva 2014/23/UE, la materia delle concessione di lavori e di servizi, finora prive di un riferimento normativo *ad hoc*<sup>33</sup>. Attualmente è *in itinere* al Parlamento il disegno di legge d'iniziativa governativa al fine del recepimento delle nuove direttive in materia<sup>34</sup> ed altresì è all'esame delle competenti commissioni parlamentari l'esame del disegno di legge delega per una riforma complessiva e più organica del Codice dei contratti pubblici.

Nel *corpus* normativo di quest'ultimo, si evince una contraddizione palese laddove all'art. 3, c. 6, parla di operatore economico, mentre nella previsione relativa ai requisiti soggettivi di ammissione alle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di lavori, forniture e servizi pubblici, contenuta nell'art. 34, c. 1, fa riferimento ancora al termine società commerciale, rimanendo così il contenuto della norma invariato in quanto ri-

<sup>32</sup> F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Torino, Giappichelli, 2014; C. Franchini e F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; C.E. de Quesada, *Competition and Transparency in Public Procurement Markets*, in 3 *Public Procurement Law Review* (2014), 229; T. Kotsonis, *The 2014 Utilities Directive of EU: Codification, Flexibilisation and Other Misdemeanours*, 4 *ivi* (2014), 169; C. Frackowiak e G. Delaloy, *Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions: quels changements pour le droit français de la commande publique?* in 94 *Bulletin Juridique des contrats publics* (2014), 155; H.A. Dumont e S. Ongena, *New public Procurement Rules in the EU*, in 3 *International Construction Law Review* (2014), 404.

<sup>33</sup> R. Caranta e D.D. Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.* 2014, 495; V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 835 ss.; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, *ivi*, 2015, 101 ss.; R. Craven, *The EU's 2014 Concessions Directive*, 4 in *Public Procurement Law Review* (2014), 188;

<sup>34</sup> A.S. 1678, recante «Delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», approvato in prima lettura il 18 giugno 2015 dal Senato della Repubblica ed ora all'esame delle commissioni parlamentari competenti della Camera dei Deputati.

proponeva l'elenco tassativo contenuto nella Legge Merloni. La valenza applicativa di tale norma veniva, peraltro, estesa anche agli appalti concernenti i settori esclusi, privi fino a quel momento di alcuna disciplina in merito. La nozione di operatore economico individua una categoria di soggetti potenzialmente in grado di partecipare alle gare pubbliche applicabile pertanto ad ogni soggetto di natura pubblica o privata il quale svolga un'attività suscumbibile nella nozione d'impresa che offra sul mercato beni, servizi e che realizzi opere e lavori. Il contrasto tra le norme del Codice dei contratti pubblici e quelle delle direttive europee citate appare ancora evidente, perché all'art. 3, c. 19, il legislatore italiano ha espunto la figura dell'ente pubblico quale operatore economico.

Nell'ordinamento interno la possibilità per enti pubblici *tout court* di partecipare all'aggiudicazione di appalti pubblici promossa dalle amministrazioni aggiudicatrici era ricondotta tradizionalmente a due fenomeni: da un lato infatti era possibile ricorrere allo strumento della convenzione amministrativa, ovvero un sistema di esternalizzazione di attività di rilevanza pubblicistica mediante avvalimento di altri soggetti pubblici con finalità di pubblico interesse<sup>35</sup>, dall'altro attraverso la delegazione intersoggettiva, che si verifica allorquando l'amministrazione in via autoritativa e unilaterale trasferisce ad altro soggetto pubblico, poteri e facoltà necessarie alla realizzazione di un'opera predeterminata<sup>36</sup>. L'art. 34 è stato oggetto di censura da parte della Commissione europea<sup>37</sup> la quale ha avviato nel 2008 una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia circa un'incompleta trasposizione di norme comunitarie all'interno del Codice dei contratti pubblici. I rilievi eccepiti dalla Commissione sono stati recepiti dal legislatore nazionale che ha operato un correttivo al testo dell'art. 34 integrando il relativo elenco con l'esplicita previsione al punto f bis del diritto a partecipare alle gare pubbliche anche da parte di operatori economici stabiliti in altri Paesi membri dell'Unione europea, costituiti in conformità alle normative vigenti nei rispettivi ordinamenti nazionali. La questione di fondo sollevata dalla Commissione inerisce il carattere di tassatività che assumeva l'elenco dei soggetti ammessi a partecipare alle gare pubbliche contenuto nell'art. 34.

Il dibattito a livello nazionale in corso in dottrina ed in giurisprudenza, in tema di attività imprenditoriale degli enti pubblici e operatività delle so-

<sup>35</sup> G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963 ss.; A. Crismani, *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2010, 7 ss.

<sup>36</sup> P. Santoro e E. Santoro, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, Maggioli, 2011, 240.

<sup>37</sup> La procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia era stata avviata con la decisione della Commissione europea datata 31.01.2008 n. 2007/2309 ex art. 226 Trattato CE.

## la nozione di operatore economico

cietà pubbliche, si fonda essenzialmente sull'argomentazione secondo la quale, la partecipazione di soggetti pubblici possa rappresentare fattore di distorsione ed elemento di devianza del mercato degli appalti pubblici a detrimento della concorrenza e degli operatori economici privati.

Inoltre rimane ancora meritevole di attenzione, perché tutt'ora inevaso, il *vulnus* determinato dagli effetti diseconomici che tali attività imprenditoriali delle amministrazioni e delle società pubbliche producono a danno dell'economia reale del Paese e a scapito della concorrenza. Pertanto si pone l'interrogativo se tali attività debbano essere inibite o perlomeno limitate in un'ottica di razionalizzazione della spesa pubblica, così come parrebbe orientarsi la politica legislativa generale degli anni più recenti.

La visione che ha caratterizzato il legislatore italiano rispetto all'operatività in ambito economico dei soggetti costituiti da amministrazioni pubbliche, o che comunque risentivano dell'influenza pubblica nella propria attività, è stata caratterizzata da una posizione di mancato *favor* legislativo per il ricorso a tale modulo operativo. Tra i provvedimenti legislativi maggiormente significativi, che riflettono integralmente questa impostazione si ricordano innanzitutto il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. Decreto Bersani), convertito con modificazioni in l. 4 agosto 2006, n. 248, la l. 24 dicembre 2007, n. 244 – c.d. Finanziaria 2008, il d.l. 6 luglio 2012, n. 95 in materia di *spending review*<sup>38</sup>, e da ultima anche la l. 23 dicembre 2014, n. 190 – Legge di Stabilità 2015<sup>39</sup>.

L'art. 13<sup>40</sup> del c.d. decreto Bersani testimonia un mutamento di pro-

<sup>38</sup> La Corte costituzionale, con sentenza 23 luglio 2013, n. 229, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3 *sexies* e 8 dell'art. 4, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, poi definitivamente abrogati dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147. Si veda anche M. Dugato, *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in *questa rivista*, 2013, 446 ss.

<sup>39</sup> Art. 1, c. 611: «[...] al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1 gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; [...]».

<sup>40</sup> La formulazione vigente dell'art. 13, c. 1, a seguito delle ultime modifiche apportate dagli artt. 20, c. 1-bis, l. n. 14/2009 e c. 48, l. n. 99/2009, dispone che «[...] le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche

spettiva rispetto al passato per quanto concerne le relazioni intercorrenti tra enti pubblici anche territoriali e le società da questi costituite. La norma è prova eloquente di una nuova tendenza finalizzata a restringere l'ambito d'intervento pubblico diretto a livello economico delle regioni e degli enti locali. L'intento reso manifesto dal legislatore è quello di garantire il rispetto del principio di concorrenza evitando che gli operatori economici a partecipazione pubblica operino in posizione di privilegio rispetto agli altri operatori economici privati in spregio alle regole del mercato. Si è così ritenuto di restringere i margini d'azione extraterritoriale delle società o aziende regionali o degli enti locali, miste pubblico-private o interamente pubbliche, quando queste abbiano ad oggetto della propria *mission* la produzione di beni e servizi strumentali all'attività delle amministrazioni pubbliche costituenti o partecipanti. Innanzi alla proliferazione crescente e smisurata di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, si è imposta la necessità di predisporre un'adeguata regolamentazione per evitare che il ricorso agli strumenti privatistici se privi di collegamento funzionale con l'attività istituzionale degli enti locali costituenti, si riveli elusivo non solo del rischio d'impresa ma anche e soprattutto del principio di concorrenza e del libero mercato, scongiurando il rischio che società le quali svolgano, in virtù di affidamenti diretti, attività strumentali alle amministrazioni costituenti o partecipanti, possano operare al contempo sul mercato svolgendo le medesime attività in condizioni di oggettivo privilegio, determinando così la lesione del principio di parità di trattamento tra gli operatori economici.

Il divieto normativo statuito dall'art. 13 all'attività esterna delle società regionali o locali sia a capitale pubblico totalitario sia miste quando le medesime abbiano ad oggetto la produzione di beni e servizi strumentali all'attività delle amministrazioni costituenti o partecipanti è finalizzato ad evitare alterazione della concorrenza nel rispetto della parità tra gli operatori.

regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali [...] nonché nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti [...]». In tema di veda D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006*, n. 223, Padova, Cedam, 2008; M. Cammelli e M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, cit., 347 ss.; M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 857 ss.; G. Caia, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it.*, 2007, 706 ss.

## la nozione di operatore economico

La ragione d'essere di tale norma registra tuttavia una crisi, o perlomeno viene messa in discussione se riletta in relazione al quadro complessivo dell'ordinamento europeo. Tale assetto normativo annoverando tra gli operatori economici anche gli enti pubblici, conferisce loro legittimità quanto alla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tale prospettiva sembra, tuttavia, compromettere le scelte di politica legislativa compiute a livello nazionale, che al fine di tutelare la concorrenza, introducevano il divieto per le società strumentali regionali e locali, ovvero per enti di diritto privato costituiti o partecipati da amministrazioni pubbliche, di operare a favore di soggetti diversi da queste ultime. È legittimo, pertanto, avanzare qualche perplessità, sulla scorta delle considerazioni avanzate, in ordine alla compatibilità tra la norma di cui all'art. 13 e le finalità dichiarate dal legislatore italiano e l'*intentio legis* che ispira l'ordinamento europeo. Assumendo, infatti, quale presupposto, il riconoscimento effettivo della libertà d'iniziativa economica diretta per gli enti pubblici, e quindi la possibilità per gli stessi a competere alla pari con gli operatori economici privati al fine di conseguire l'aggiudicazione degli appalti pubblici, diventa problematico e finanche paradossale prevedere come ha fatto il legislatore nazionale, limiti esterni all'iniziativa economica indiretta, ovvero alla possibilità di partecipare o costituire società strumentali per le amministrazioni, precludendone l'ambito di azione sul mercato con soggetti diversi da quelli costituenti o partecipanti.

A proposito dell'indiscriminata dilatazione della capacità di diritto privato da parte delle amministrazioni pubbliche, si è pronunciata la Corte costituzionale<sup>41</sup> che ha osservato come il possibile abuso reiterato e in parte ingiustificato di moduli civilisti determini la sottrazione dell'azione amministrativa ai controlli da parte degli enti pubblici, alla trasparenza e ai canoni giuscontabili. La Consulta<sup>42</sup> chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale dell'art. 13 ha osservato che l'intervento del legislatore non era diretto ad escludere gli enti pubblici dalla possibilità di costituire strumenti giuridici di diritto privato, ma piuttosto quello di operare una netta distinzione tra attività amministrativa mediante forme privatistiche, come quella svolta dalle società che operano a favore di una pubblica amministrazione ed attività imprenditoriale di enti pubblici, come quella svolta dalle società che operano nel mercato in condizioni di concorrenza.

<sup>41</sup> C. cost., 8 maggio 2009, n. 148.

<sup>42</sup> C. cost., 1 agosto 2008, n. 326, «[...] non è stata negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è stato imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza. [...]».

#### 4. Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria e gli sviluppi di quella amministrativa: una nuova prospettiva per tutelare la concorrenza

Il dibattito ha interessato anche la giurisprudenza comunitaria, che ha inteso chiarire la portata del significato della nozione di operatore economico all'interno di una cornice normativa in evoluzione. Quest'ultima scontava una discrasia evidente con l'ordinamento italiano, attesa la non sovrapponibilità della nozione di operatore economico elaborata in sede comunitaria, in quanto più ampia rispetto all'accezione attribuitale dall'ordinamento interno e parimenti con gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

La recente tendenza della giurisprudenza nazionale conferma invece un'inversione di tendenza, che registra un progressivo ed oggi avviato, non senza difficoltà, processo ormai inarrestabile di europeizzazione del diritto interno, inteso quale incidenza pervasiva sugli istituti e penetrante sulle norme del diritto europeo nella materia degli appalti pubblici. Oggi, infatti, è sempre più opportuno parlare di un diritto degli appalti pubblici europeizzato, ovvero informato alla *ratio legis* del legislatore europeo<sup>43</sup>.

I Trattati istitutivi della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e della Comunità Economica Europea (CEE), il Trattato istitutivo della Comunità Europea (CE), che unitamente ad altri trattati costituiscono la base giuridica per l'Unione europea, avevano accolto i principi della concorrenza e dell'economia libera di mercato quali pilasti che hanno retto per anni lo spazio del diritto del mercato comune europeo. Dopo l'inizio della fase di armonizzazione mediante le direttive europee degli anni Settanta, e del successivo stadio di maggiore integrazione attraverso le direttive degli anni Novanta, le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE prima e le ultime direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE conducono verso l'uniformazione degli ordinamenti nazionali in materia di appalti pubblici.

La giurisprudenza comunitaria ha avuto occasione di pronunciarsi a proposito della definizione d'impresa, che assume un significato significativamente più ampio di quello che domina a livello nazionale, in quanto si estende ad ogni forma di esercizio di attività imprenditoriale, prescindendo da qualsiasi parametro che riguardi la natura giuridica, la proprietà, la dimensione finanche la tipologia di attività svolta. I giudici europei, infatti, in

<sup>43</sup> M. Cozzio, *Cambia la nozione di operatore economico: la Corte di Giustizia conferma la partecipazione alle gare pubbliche di università, enti no profit, imprese sociali, fondazioni ed altre organizzazioni*, in *Informator*, n. 1, 2010.

## la nozione di operatore economico

materia di *antitrust* hanno affermato che nel quadro della concorrenza la nozione d'impresa include anche soggetti esercenti un'attività economica, ovvero di produzione di beni e servizi, a nulla rilevando ai fini di tale qualificazione la natura privata o pubblica del soggetto stesso, delle sue modalità di finanziamento<sup>44</sup>, anche in assenza di una definizione specifica contenuta nel Trattato. Infatti, la caratteristica fondamentale dell'attività economica dell'impresa, secondo i giudici comunitari, è quella di offrire beni o servizi in un mercato contro retribuzione e con assunzione a proprio carico dei connessi rischi finanziari, a prescindere se lo scopo perseguito sia o meno lucrativo, atteso che tale offerta di servizi o produzione di beni sia effettivamente destinata ad un mercato libero<sup>45</sup>. La Corte di giustizia europea, chiamata a fornire un'interpretazione dell'art. 101 TFUE, è intervenuta circa la compatibilità tra *status* giuridico soggettivo di ente pubblico e svolgimento di attività d'impresa. La definizione di impresa (*undertaking*) elaborata in sede europea, è priva di un'accezione restrittiva proprio in ossequio alla volontà del legislatore dell'UE di permettere una potenziale espansione e caratterizzazione delle norme a tutela della concorrenza.

Dopo avere offerto un quadro della definizione di impresa a livello europeo, occorre rilevare che l'attività giurisprudenziale dei giudici europei, ha appurato che lo svolgimento anche solo occasionale dell'attività d'impresa da parte di un ente, non sia elemento ostativo alla qualificazione di tale ente quale operatore economico. La giurisprudenza<sup>46</sup> comunitaria è inter-

<sup>44</sup> C. giust. CE, 18 giugno 1998, C-35/96, *Repubblica Italia/Commissione*; C. giust. CE, 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione/Italia*; C. giust. CE, 1° luglio 2008, C-49/07, *Motoskykletistiki*. La definizione di impresa nel diritto europeo veniva tratteggiata già a partire dagli anni '60 nella sentenza C. giust. CE, 13 luglio 1962, C-19/61, *Mannesmann AG c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, secondo cui è impresa «una singola organizzazione di elementi personali, tangibili e intangibili, legati a un'entità legale autonoma e volti al perseguimento di una data finalità economica di lungo termine». Gli elementi costitutivi la nozione d'impresa, che emergevano da tale pronuncia, sono pressoché rimasti immutati anche negli orientamenti giurisprudenziali attuali.

<sup>45</sup> C. giust. CE, 11 luglio 2006, C-205/03P, *Federación Española de Empresas e Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commissione*. Il caso *Fenin* offre alcuni elementi orientativi che sintetizzano efficacemente gli approdi concettuali cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria nell'attività di ricostruzione degli enti pubblici quali imprenditori, pur se nel caso di merito i giudici giungono a conclusioni negative in tale senso. Tale pronuncia evidenzia che l'attività d'indagine circa la natura degli enti pubblici è relativa all'attività singolarmente considerata, pertanto è possibile che un ente sia considerato quale impresa, per determinate attività che rispettino i canoni richiamati in precedenza, e per altre attività che non rispettino gli stessi canoni, non sia invece ritenuto tale. In questo senso si veda C. giust. CE, 26 marzo 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati S.p.A. c. Commissione*.

<sup>46</sup> C. giust. CE, 07 dicembre 2000, C-94/99, *Arge Gewässerschutz*.

venuta in maniera risoluta fugando i dubbi insorti circa la legittimazione di enti, che beneficiano di trasferimenti pubblici, a partecipare alle gare pubbliche ritenendo che i principi di concorrenza e di parità di trattamento non siano *ex se* violati soltanto per il fatto che organismi che godono di finanziamenti pubblici vengano ammessi alle procedure ad evidenza pubblica, in quanto non esiste alcun espresso divieto normativo in tal senso.

La Corte di Giustizia dell'UE in ordine alla interpretazione della nozione di operatore economico si è pronunciata in modo particolarmente significativo ed esemplificativo nel 2007<sup>47</sup> e nel 2009<sup>48</sup> con due pronunce, rispettivamente, l'una nell'ambito degli appalti pubblici e l'altra in quello dei servizi pubblici. I giudici hanno così riconosciuto l'ammissibilità di soggetti

<sup>47</sup> C. giust. CE, 18 dicembre 2007, C-357/06, *Frigerio*. La sentenza del 2007 attiene, invece, ad un rinvio pregiudiziale operato dal Tar Lombardia ord. 16 giugno 2006, che rimetteva alla Corte l'interpretazione corretta delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi. Nel caso di specie si trattava di una controversia davanti al Tar Lombardia instaurata sulla base di un ricorso presentato dalla società Frigerio Luigi & C. Snc contro il Comune di Triuggio in merito all'attribuzione di un contratto di appalto, per la gestione dei servizi d'igiene ambientale, in quanto il comune aveva disposto l'esclusione dalla gara della società in nome collettivo in base alla previsione dell'art. 113 c. 5, d.lgs. n. 267/2000, che prevedeva quale requisito indefettibile, la forma giuridica della società di capitali. Nella fattispecie i giudici ritengono sia «[...] precluso imporre ai concorrenti l'assunzione di una determinata veste giuridica ai fini della presentazione dell'offerta [...] e pertanto osta a qualsiasi normativa nazionale [...] che escluda candidati od offerenti, autorizzati in base alla normativa dello Stato membro a svolgere l'attività oggetto di gara, dalla procedura per l'aggiudicazione di un appalto sopra la soglia di rilievo comunitario per il solo fatto di non rivestire una determinata forma giuridica (nella specie, società di capitali)».

<sup>48</sup> C. giust. CE, 23 dicembre 2009, C-305/08, *CoNisma*. La Corte era stata investita da un rinvio in via pregiudiziale del Consiglio di Stato, si veda Cons. St., II, 23 aprile 2008, par. n. 167. Nel caso di specie si trattava di un ricorso al Presidente della Repubblica avverso l'esclusione del Consorzio Nazionale Interuniversitario Scienze del Mare (CoNisma) da una gara indetta dalla Regione Marche per l'acquisizione di rilievi marini sismostratigrafici, l'esecuzione di carotaggi ed il prelievo di campioni di mare. Il Consiglio di Stato chiedeva alla Corte di Giustizia UE se: 1) gli enti non aventi scopo di lucro, che non sono necessariamente presenti sul mercato con regolarità, quali università ed enti di ricerca, nonché loro raggruppamenti, i consorzi, possono essere ammessi alla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti pubblici; 2) un'interpretazione della normativa nazionale che preclude tale partecipazione a detti soggetti sia in contrasto palese con quanto dispone in merito la direttiva europea 2004/18/CE. Tale sentenza riguarda la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica per i soggetti che non perseguono scopo di lucro. La Corte, quale giudice *a quo*, ha ribadito che le disposizioni comunitarie non operano alcuna distinzione tra operatori che perseguono o meno un preminente scopo lucrativo, e tantomeno escludono in base a tale criterio tali soggetti dalla partecipazione alla gare pubbliche. Pertanto «è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto [...]».

## la nozione di operatore economico

che non perseguono prevalentemente scopi lucrativi, non svolgono attività d'impresa mediante una struttura organizzata ed infine operano sul mercato in maniera anche solo occasionale, alla partecipazione a procedure di aggiudicazione di contratti pubblici.

Alla luce del presente quadro descritto, in cui si registra l'assenza di una legislazione atta a limitare l'attività d'impresa degli enti pubblici, mediante l'introduzione di regimi speciali, emerge con maggiore chiarezza l'*intentio legis* del legislatore europeo. Quest'ultima è diretta ad evitare che si determinino regimi derogatori e di privilegio per gli enti pubblici ed i soggetti sottoposti all'influenza pubblicistica, in virtù dei quali possa risultare inficiato, condizionato, alterato il regime di libero scambio di merci, servizi e beni nel mercato. I giudici europei, riprendendo una disposizione contenuta nella direttiva europea 2004/18/CE, che prevede una specifica disciplina nei casi di offerte anormalmente basse, in considerazione del fatto che un operatore risulta beneficiario di aiuti di Stato, si sono espressi affermando che detta condizione non costituirebbe una violazione del principio di concorrenza e di parità di trattamento. L'unica attenzione che caratterizza i giudici comunitari è, infatti, quella di presidiare l'applicazione delle norme in materia di concorrenza contenute nelle direttive dei principi sanciti nei Trattati, riconoscendo ai legislatori nazionali l'autonomia delle prerogative che riguardano le rispettive scelte di politica economica.

Anche più di recente il Consiglio di Stato<sup>49</sup> ha rimesso una controversia in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia interrogandola, circa l'esistenza nel diritto europeo, di eventuali previsioni ostative ad una normativa nazionale che precluda la partecipazione di enti pubblici alle gare per l'aggiudicazione di appalti<sup>50</sup>. I giudici di Palazzo Spada ritenevano, in aperto dissenso

<sup>49</sup> Cons. St., III, 30 ottobre 2013, ord. n. 5241. La domanda di pronuncia pregiudiziale era stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze e la Data Medical Service Srl in merito alla regolarità dell'esclusione del primo ente dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi avente ad oggetto il servizio triennale di elaborazione dati per la valutazione esterna sulla qualità dei farmaci, indetta dalla Regione Lombardia secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

<sup>50</sup> Attraverso il rinvio, la Corte veniva interrogata in relazione alla possibilità per gli enti pubblici economici e, segnatamente, per l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi-Firenze, di partecipare alle gare lucrando un vantaggio competitivo. I giudici di Palazzo Spada osservavano, infatti, che il processo di "aziendalizzazione" ha condotto alla trasformazione delle "unità sanitarie locali" in aziende dotate di personalità giuridica, conferendo a tali organismi autonomia imprenditoriale, ovvero autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione. In sostanza la questione verteva sul fatto che l'Azienda qualificata quale ente pubblico, affidatario in via diretta dell'ospedale pubblico di Firenze, non avrebbe avuto i requisiti sog-

con la pronuncia appellata del Tar Lombardia<sup>51</sup>, che non fosse più sostenibile affermare in diritto l'esistenza di un divieto assoluto che precludesse la partecipazione alle gare pubbliche per gli enti pubblici<sup>52</sup>. Veniva poi ricordato che l'elenco dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici non ha carattere tassativo e che il principio di massima partecipazione voluto dal legislatore europeo si coniuga con una libertà negoziale attinente alle tipologie e perfettamente conforme al principio di neutralità delle forme, nell'esercizio dell'attività economica. Tuttavia, ciò non equivale ad un'ammissione indiscriminata di qualsivoglia soggetto alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, perché la giurisprudenza comunitaria unitamente a quella nazionale hanno stabilito alcuni limiti entro i quali si esplica tale partecipazione: che l'attività oggetto della procedura di aggiudicazione sia strumentale al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico che partecipa; che non vi sia una espressa disposizione normativa vieti tale attività, in ragione del possibile effetto distorsivo in ordine al regime della concorrenza.

La Corte di Giustizia<sup>53</sup> si è pronunciata di recente, dirimendo le due

gettivi per concorrere alla gara d'appalto. Tale evoluzione non costituisce tuttavia un presupposto per l'abbandono da parte di tali enti dello *status* proprio di ente pubblico, anche perché la loro attività è senza scopo di lucro e funzionalizzata al perseguimento di un pubblico interesse, esercitando gli stessi funzioni amministrative. Il Consiglio di Stato sottoponeva pertanto alla Corte di Giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali: «1) se l'art. 1 della direttiva (92/50), lett. (o) anche alla luce del successivo art. 1 par. 8 della direttiva (2004/18), (osti) ad una normativa interna che fosse interpretata nel senso di escludere (l'Azienda), in quanto azienda ospedaliera avente natura di ente pubblico economico, dalla partecipazione alle gare. 2) se il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici – in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità – osti ad una normativa nazionale che permetta ad un soggetto del tipo dell'(Azienda), che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta del servizio sanitario pubblico, di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici – come dimostra l'entità del ribasso offerto – senza che siano previste al contempo misure correttive volte ad evitare un simile effetto distorsivo della concorrenza».

<sup>51</sup> Tar Lombardia-Milano, I, 24 novembre 2006 n. 2840, in *www.giustizia-amministrativa.it*, adito in prima istanza, si era pronunciato accogliendo il ricorso, presentato da un'impresa seconda classificata nella graduatoria di aggiudicazione, ed escludendo l'Azienda sul presupposto che per gli enti pubblici vi fosse un divieto formale di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, potendo i medesimi beneficiare unicamente in tale settore di affidamenti diretti, in presenza di determinati presupposti.

<sup>52</sup> Il Consiglio di Stato richiamava a questo proposito le sentenze: C. giust. CE, 07 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*; C. giust. CE, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Conisma*; C. giust. CE, 19 dicembre 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.* Si veda anche S. Valaguzza, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, cit., 83 s.

<sup>53</sup> C. giust. UE, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*.

## la nozione di operatore economico

questioni interpretative, di cui al rinvio pregiudiziale. Tale pronuncia rappresenta, come richiamato anche in premessa, una novità nel panorama giurisprudenziale in materia di appalti pubblici e per questo assume un valore oltremodo significativo soprattutto per le notevoli implicazioni giuridiche e le inevitabili ripercussioni economiche che si avranno nel mercato nazionale degli appalti, con l'apertura alla possibilità per gli enti pubblici di concorrere, insieme agli operatori economici privati, alle procedure di aggiudicazione. Per quanto concerne la prima questione i giudici europei hanno ritenuto che la disciplina di riferimento nel caso *de quo* trovi riscontro in quella contenuta nella direttiva europea 92/50/CEE *ratione temporis* applicabile in quanto vigente alla data di pubblicazione del bando di gara, la quale esprime un inequivocabile *favor* legislativo in relazione alla legittimazione degli enti pubblici a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, come ha peraltro riconosciuto la stessa giurisprudenza comunitaria. Nell'argomentazione offerta dai giudici comunitari si ribadisce, pertanto, che il principio di massima partecipazione alla base della normativa europea in materia di appalti pubblici, costituisce una tutela innanzitutto per l'amministrazione aggiudicatrice, la quale avrà la possibilità così di comparare e scegliere tra un ventaglio di offerte il più ampio possibile derivandone indiscussi vantaggi sia dal punto di vista della competitività dell'offerta selezionata sia da quello della maggiore rispondenza alle esigenze dei destinatari del servizio oggetto dell'aggiudicazione<sup>54</sup>.

La nozione comunitaria estensiva di operatore economico si coniuga dunque con il principio di massima partecipazione alle gare, nell'ottica pro concorrenziale di un mercato aperto e integrato. Ad avviso della Corte, emerge come dato oggettivo, condiviso unanimemente sia dalla legislazione sia dalla giurisprudenza comunitaria, l'ammissione a partecipare a procedure ad evidenza pubblica per qualsiasi soggetto o ente sia pubblico sia privato, attivo in un mercato sistematicamente o anche solo occasionalmente che, in base ai requisiti previsti dal bando di gara, si ritenga idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto oggetto della procedura di aggiudicazione. Pertanto una volta chiariti i profili semantici esatti della nozione di operatore economico, la Corte conclude statuendo che le direttive europee, segnatamente

<sup>54</sup> La Corte rileva, infatti, che «Un'interpretazione restrittiva della nozione di “operatore economico” avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come “appalti pubblici” e potrebbero quindi essere aggiudicati in modo informale, sottraendosi alle norme dell'Unione europea [...] in contrasto con la finalità delle medesime norme».

quella *ratione temporis* in vigore, e *a fortiori* anche quelle successive in materia di appalti, ostano ad una normativa nazionale che escluda dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, un'azienda ospedaliera pubblica a causa della sua natura di ente pubblico economico «se è nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari»<sup>55</sup>.

Per quanto concerne invece la seconda questione, davanti alle perplessità esternate dal Consiglio di Stato in merito all'esiguità dei meccanismi correttivi, finalizzati ad omogeneizzare le condizioni di partenza dei concorrenti nelle gare pubbliche, nel caso in cui esse presentino *ab origine* disparità, che sono limitati alle procedure di verifica dell'eventuale anomalia delle offerte, e conseguente esclusione dell'offerta anormalmente basse, la Corte ha constatato che il legislatore, ancorché fosse consapevole della disparità data dalla diversa natura dei partecipanti alle gare pubbliche, non abbia ritenuto di approntare altri meccanismi di riequilibrio al di fuori di quelli già previsti. Pur non potendo disporre l'esclusione *a priori* dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione in forza del fatto che un ente, che beneficiando di sovvenzioni pubbliche riesce per questo a presentare offerte competitive (ovvero a prezzi inferiore rispetto a quelli presentati da enti che non godono di tali finanziamenti), sempre ad avviso dei giudici europei, in talune circostanze l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di valutare se vi siano di volta in volta casi di finanziamenti ed in particolare aiuti di Stato, che si pongono in contrasto con le previsioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), al fine di escludere i candidati dalla procedura.

È stato osservato, altresì, che la tenuta di una contabilità separata, che evidenzi da un lato attività esercitate sul mercato e dall'altro quelle di altra natura, da parte degli enti pubblici, candidati a partecipare ad una gara, rappresenta un elemento agevolante la verifica di un'anomalia dell'offerta in forza del beneficio di sovvenzioni pubbliche. La valutazione circa l'effettiva presenza di un'anomalia nell'offerta, non si esaurisce soltanto facendo riferimento agli aiuti di Stato o comunque a sovvenzioni pubbliche, ma deve rivestire un carattere più generale in cui possa realizzarsi un reale contraddittorio tra la stazione appaltante e l'offerente garantendo un effettivo rispetto del principio di concorrenza ed evitando l'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice. In conclusione, dopo avere effettuato una ricognizione sommaria delle potenziali incompatibilità tra i principi sanciti a livello eu-

<sup>55</sup> C. giust. UE, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*.

## la nozione di operatore economico

ropeo a presidio e garanzia di un libero e aperto mercato degli appalti pubblici, e normative nazionali più restrittive nella fissazione dei requisiti di partecipazione, la Corte assevera che i principi comunitari di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità, non ostano ad una disciplina dell'ordinamento interno la quale permetta ad un'azienda ospedaliera pubblica, di partecipare ad una gara pubblica presentando un'offerta competitiva in virtù del beneficio di finanziamenti pubblici. Tutto ciò fermo restando la prerogativa per la stazione appaltante di sottoporre ad esame l'offerta anormalmente bassa e assumendo quale elemento valutativo l'esistenza di sovvenzioni pubbliche a beneficio di quell'offerente, al fine di respingerne l'offerta in presenza di eventuali incompatibilità con le norme comunitarie.

Il calendario giudiziario della Corte di Giustizia UE si è incrociato a distanza di qualche giorno con quello del *Conseil d'État*<sup>56</sup> francese che, sulla base di una giurisprudenza consolidata in materia<sup>57</sup> si è parimenti pronunciato sulla legittimazione di un ente pubblico a partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, asserendo che il riconoscimento di tale partecipazione a favore degli enti pubblici risulta perfettamente conforme al diritto in materia di concorrenza, se e solo se rappresenti il completamento di un compito di servizio pubblico di cui l'ente territoriale o l'ente pubblico di cooperazione locale sono titolari, se non pregiudichi la propria *mission* istituzionale e se il prezzo dell'offerta da parte dell'ente pubblico non venga influenzato dal vantaggio dell'essere beneficiario di risorse assegnateli in ragione e per l'assolvimento dei suoi compiti di servizio pubblico<sup>58</sup>. In sintesi

<sup>56</sup> CE Ass., 30 dicembre 2014, n. 355563, *société Armor SNC*, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Nel caso di specie si trattava dell'annullamento, con rinvio di trattazione, della decisione di rigetto della Corte d'appello amministrativa di Nantes, adita in secondo grado, dall'impresa concorrente ARMOR SNC di Nantes (dopo il rigetto del ricorso da parte del Tribunale amministrativo di Nantes) in merito all'affidamento da parte del Dipartimento de la Vendée di un appalto di dragaggio dell'estuario del Lay al Dipartimento Charente-Maritime. L'annullamento era motivato in ragione del mancato acclamamento da parte della Corte d'appello se la partecipazione del Dipartimento alla procedura di aggiudicazione costituiva effettivamente un prolungamento di uno dei suoi compiti di servizio pubblico.

<sup>57</sup> CE, 8 novembre 2000, n. 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); CE 16 ottobre 2000, n. 212054, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *ivi*; Nella sentenza CE, 10 luglio 2009, n. 324156, *Département de l'Aisne, Ministère de la santé et des sports*, *ivi*, si affermava che la partecipazione di un soggetto pubblico ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, nel rispetto delle norme in materia di concorrenza, non è subordinata ad una carenza di iniziativa privata né all'esistenza di un interesse pubblico.

<sup>58</sup> CE Ass., 30 dicembre 2014, n. 355563, *société Armor SNC*, secondo cui «Una volta

la giurisprudenza amministrativa francese individua alcune condizioni in presenza delle quali un ente territoriale o ente pubblico di cooperazione locale possono partecipare ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici. Innanzitutto la partecipazione deve rispondere ad un interesse pubblico locale e una volta che l'ente pubblico sia stata ammesso alla procedura ad evidenza pubblica, non deve violare il principio di concorrenza relativamente a quanto concerne la fissazione del prezzo dell'offerta presentata.

Tale pronuncia sembra inserirsi in una linea interpretativa giurisprudenziale<sup>59</sup> che legittimava l'ammissione allo svolgimento di un'attività economica da parte di un soggetto pubblico sul presupposto che quest'ultimo rispetti le norme in materia di concorrenza, operando entro i limiti propri della relativa *mission* istituzionale nel perseguimento di un interesse pubblico.

La giurisprudenza amministrativa nazionale nel periodo antecedente all'emanazione del Codice dei contratti pubblici, aveva assunto una posizione non preclusiva alla partecipazione anche degli enti senza scopo lucrativo alle gare pubbliche, interpretando estensivamente il dettato dell'art. 10, l. n. 104/1994 in materia di appalti pubblici di lavori. In particolare è utile ricordare una pronuncia del Consiglio di Stato in relazione all'elenco di cui all'art. 10 la quale asseriva che la *ratio* fondante di tale previsione fosse limitare l'accesso alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici soltanto a quei soggetti, i quali «(...) garantiscono un sicuro regime di responsabilità, personale e patrimoniale, e imputazione degli effetti del contratto e peraltro un'evidente capacità all'attività d'impresa»<sup>60</sup>. L'orientamento gene-

ammessa in linea di principio tale candidatura (cioè di un soggetto pubblico) alla gara, essa non deve alterare le condizioni della concorrenza. In particolare, il prezzo proposto da parte della collettività o dell'ente pubblico di cooperazione locale deve essere determinato prendendo in conto l'insieme dei costi diretti e indiretti che concorrono alla sua formazione, senza che il soggetto pubblico benefici, in tale determinazione, di alcun vantaggio derivante da risorse e mezzi che gli sono attribuiti a titolo dei suoi compiti di servizio pubblico e a condizioni che possa, se necessario, giustificarlo in base ai documenti contabili ovvero con qualsiasi altro mezzo d'informazione appropriato».

<sup>59</sup> CE Ass., 31 maggio 2006, n. 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>60</sup> Cons. St., V, 23 maggio 2003, n. 2785, concludeva che «Pur non potendosi, in astratto, negare tale legittimazione a soggetti privi di personalità giuridica o della qualità di imprenditore, la mancanza congiunta di tali caratteri impedisce di qualificare un soggetto come prestatore di servizi e, quindi, legittimato a concorrere ad una selezione pubblica; in particolare, la natura di associazione non riconosciuta congiuntamente all'assenza di scopo di lucro impediscono la legittimazione a concludere un contratto d'appalto con una P.A. nella materia in oggetto».

## la nozione di operatore economico

rale dei giudici amministrativi di primo grado è stato invece più restrittivo<sup>61</sup> rispetto a quello assunto dal Consiglio di Stato, anche se non sono mancate voci di chi, tra le giurisdizioni amministrative di prima istanza, ha cantato fuori dal coro<sup>62</sup>. L'orientamento prevalente è stato caratterizzato da una posizione decisamente contraria alla legittimazione degli enti pubblici di partecipare alle gare pubbliche, paventando il rischio di una presunta violazione del principio di parità di condizioni tra i concorrenti. Al riguardo è stato affermato che la *ratio* che legittima l'individuazione dei soggetti potenzialmente ammissibili alle gare pubbliche, trova la propria causa di giustificazione nella garanzia del principio di concorrenza<sup>63</sup>. Talché i giudici amministrativi di prima istanza argomentano che le direttive appalti e le norme comunitarie *lato sensu* non impedirebbero l'adozione da parte degli Stati nazionali di una normativa che disponga limitazioni per quanto attiene ai requisiti soggettivi dei partecipanti alle gare pubbliche, proprio in forza delle finalità specifiche e del peculiare regime che l'ordinamento riconosce a taluni soggetti<sup>64</sup>. Pertanto alla luce di tale considerazione i giudici amministrativi hanno ravvisato un possibile contrasto con il principio di concorrenza sotto un profilo che attiene tanto al rischio di sottrazione al settore degli appalti pubblici di quote significative di mercato alle imprese private quanto alla costituzione di un indebito privilegio, che altera necessariamente la par condicio tra i concorrenti, penalizzando i soggetti che non beneficiano di sovvenzioni pubbliche.

L'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici (AVCP) che inizialmente aveva manifestato contrasto di vedute rispetto alla giurisprudenza amministrativa *ante* emanazione del Codice dei contratti pubblici espri-

<sup>61</sup> Tar Lombardia-Milano, III, 12 gennaio 1999, n. 108, in *Tar*, 1999, I, 878; Tar Piemonte, I, 15 aprile 2005, n. 1043 in [www.labsus.org](http://www.labsus.org); Tar Campania-Napoli, I, 12 giugno 2002, n. 3411, in *Foro amm. Tar*, 2002, I, 2569.

<sup>62</sup> Tar Liguria, II, 23 dicembre 2002, n. 1206, in *Foro amm. Tar*, 2002, I, 3952; Tar Veneto, I, 26 giugno 2006, n. 1899, *ivi*, 2006, 1986.

<sup>63</sup> Tar Lazio-Roma, III, 29 luglio 2008 n. 7591, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) che ha ritenuto illegittimo il provvedimento di aggiudicazione di un appalto di servizi ospedalieri ad un RTI cui partecipava un Istituto di Ricovero e cura a Carattere Scientifico (IRCCS) facente capo alla Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor di Milano.

<sup>64</sup> Si veda anche Tar Sardegna, I, ord. 10 luglio 2009, n. 66, in [www.sistema-bdi.it](http://www.sistema-bdi.it), adito in merito alla supposta illegittimità della partecipazione di un'amministrazione statale, nella fattispecie il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), ad una gara, ha ritenuto coerente con il quadro normativo sia nazionale sia europeo l'esclusione, dalla procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, «degli organismi pubblici che non comprendono tra le finalità d'istituto la prestazione del servizio per il quale è stata indetta la procedura di aggiudicazione».

mendo forti perplessità in ordine alla partecipazione a gare pubbliche da parte di soggetti che godevano di regimi particolari nell'attività economica ovvero non perseguivano scopo di lucro, ha assunto negli ultimi anni orientamento meno rigido, anche in merito alla possibilità per gli enti pubblici di partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. La *vexata quaestio* riguardava, infatti, la tassatività o meno dell'elenco contenuto nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici ha cercato pertanto di offrire soluzioni a due quesiti, ovvero innanzitutto se sussiste una possibilità di qualificare un soggetto pretermesso dall'elencazione dell'art. 34, quale imprenditore, ammettendone di fatto la non tassatività; se sia consentito legittimare la partecipazione ad una gara pubblica, per quei soggetti che non perseguono finalità lucrative, in deroga pertanto alla disciplina civilistica che inquadra la nozione di imprenditore. L'AVCP nelle prime statuizioni rese<sup>65</sup>, aveva escluso la partecipazione di enti pubblici non economici, università, società semplici e associazioni di volontariato a gare pubbliche, ritenendo indefettibile quale presupposto applicativo, prima dell'art. 10 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 e poi dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, lo svolgimento di attività economica, necessariamente finalizzata al perseguimento di scopo lucrativo. Attenendosi letteralmente al dettato dell'art. 2082 c.c. l'Autorità rigettava la nozione di operatore economico, coniata a livello europeo, ritenendo l'esercizio di un'attività economica in forma professionale, elemento discriminante tra i soggetti ammessi alle procedure ad evidenza pubblica, ovvero gli operatori economici che perseguono scopo di lucro, e quelli esclusi dalle medesime conferendo all'elencazione dell'art. 34 un valore tassativo. L'AVCP ha dimostrato successivamente un'apertura prodromica ad una rivisitazione complessiva del proprio orientamento, a proposito di un caso riguardante la partecipazione di associazioni d'impresa partecipate da enti di ricerca pubblici e privati accanto a società di capitali, ad una procedura ad evidenza pubblica. Nel caso di specie l'Autorità ha contestato l'interpretazione tassativa dell'elencazione contenuta nell'art. 34 affermando la legittimazione di tali enti pubblici di ricerca alla partecipazione alla gara, atteso che all'amministrazione aggiudicatrice viene demandata la verifica della compatibilità delle previsioni statutarie di tali enti, privi di forma societaria, in relazione alla possibilità di offrire beni e servizi sul

<sup>65</sup> AVCP, del. 18 aprile 2007, n. 119; AVCP, del. 24 novembre 2004, n. 42; AVCP, del. 28 marzo 2007, n. 83; AVCP, par. 31 gennaio 2008, n. 29.

<sup>66</sup> AVCP, par. 23 aprile 2008, n. 127; AVCP, par. 21 ottobre 2010, n. 7.

<sup>67</sup> R. Cantone e F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015.

## la nozione di operatore economico

mercato<sup>66</sup>. Recentemente l'Autorità Nazionale Anticorruzione<sup>67</sup> (ANAC) si è espressa conformemente ad una lettura estensiva dell'art. 34 giudicando difforme dalla normativa in tema di appalti pubblici, un bando di gara che escluda la partecipazione di raggruppamento temporanei d'impresa di secondo grado<sup>68</sup>.

Il Consiglio di Stato, come ricordato poc'anzi, ha assunto una posizione meno rigida rispetto a quella manifestata inizialmente dall'Autorità e dai giudici amministrativi di primo grado. I giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto che, ai fini dell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza, la nozione d'impresa in ambito europeo sia più estesa rispetto a quella fornita dal codice civile, applicando il canone ermeneutico che scaturisce dal principio dell'effetto utile.<sup>69</sup> L'orientamento giurisprudenziale prevalente<sup>70</sup>, di cui il Consiglio di Stato è stato autorevole interprete, ha inteso quindi circoscrivere la legittimazione degli enti pubblici a partecipare a gare d'appalto, subordinando l'ammissione di tali enti limitatamente a quelle procedure che hanno ad oggetto un contenuto inquadrabile all'interno dei confini della *mission* istituzionale di tali enti. Tale correttivo è stato necessario al fine di evitare che si determinassero effetti distorsivi e fuorvianti il regime di concorrenza<sup>71</sup>. Nell'ottica di un ampliamento della nozione di operatore economico, i giudici di Palazzo Spada hanno legittimato la partecipazione di un ente non profit, ad una gara d'appalto<sup>72</sup>. Gli enti non profit

<sup>68</sup> ANAC, par. 20 novembre 2013, n. 195. Nel caso di specie l'ANAC ha osservato che «una lettura formalistica e restrittiva del Codice dei contratti pubblici finirebbe per rilevarsi contraria alla normativa comunitaria, caratterizzata da aspetti di particolare flessibilità e particolarmente preoccupata di non limitare in alcun modo la concorrenza, estendendo al massimo il concetto di operatore economico». Sul punto si veda anche Tar Puglia-Bari, I, 03 aprile 2013, n. 467, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

<sup>69</sup> Cons. St., VI, 27 giugno 2005, n. 3408, che identifica la nozione d'impresa in «qualsiasi attività di natura economica tale da ridurre anche solamente in potenza la concorrenza nel mercato. Di conseguenza possono essere considerate imprese, tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza».

<sup>70</sup> Cons. St., V, 29 luglio 2003, n. 4327. Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha osservato che «In tema di ammissione a gare per l'appalto di pubblici servizi, l'art. 3, c. 1, 17 marzo 1995, n. 157 (recante attuazione della direttiva Cons. C.e.e. 92/50 in materia di appalti pubblici di servizi) va interpretato in coerenza con la normativa comunitaria da esso recepita, la quale include nel novero dei soggetti legittimati alla conclusione dei contratti in questione solo quegli organismi pubblici i quali svolgano istituzionalmente la prestazione del servizio per cui è indetta la selezione».

<sup>71</sup> A. Crismani, *op. cit.*

<sup>72</sup> Cons. St., V, 8 luglio 2002, n. 3790. Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha osservato che «Deve ritenersi che un'associazione sportiva pur senza finalità di lucro, svolga tipica

quali le fondazioni, gli enti di ricerca pubblici o privati possono essere annoverati nella nozione di impresa di operatore economico se ed in quanto siano stati organizzati per offrire sul mercato beni, servizi, lavori, compatibilmente con le relative finalità statutarie. Il Consiglio di Stato ha giudicato erronea la posizione espressa dai giudici amministrativi di primo grado che qualificava come tassativo l'elencazione di cui all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici. I giudici di Palazzo Spada hanno concordato nel valutare che tanto la normativa europea quanto il Codice dei contratti pubblici, mostrano identità di vedute circa la nozione di operatore economico, ovvero un soggetto che offre sul mercato beni, lavori, secondo un principio di libertà delle forme<sup>73</sup>. In una recente pronuncia, il Consiglio di Stato<sup>74</sup> ha sta-

attività d'impresa di contenuto commerciale, essendo la stessa tenuta, ai sensi dell'art. 13, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, a tenere scritture contabili ed a redigere il libro giornale e gli altri documenti contabili previsti dal successivo art. 14». Si veda anche Tar Veneto, I, 12 marzo 2009, n. 881, in *www.AmbienteDiritto.it*.

<sup>73</sup> Cons. St., VI, 16 giugno 2009, n. 3897. Il Consiglio di Stato, annullando la sentenza TAR Lazio-Roma, III, 29 luglio 2008, n. 7591, in *www.appaltiecontratti.it* che aveva ritenuto illegittima l'aggiudicazione di un appalto di servizi ospedalieri alla Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor di Milano, ha asserito che «La definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito quindi di un'attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione. Non v'è quindi ragione di escludere che anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni possano soddisfare, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia, attese la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico». Sul punto si veda anche Cons. St., V, 29 luglio 2003, n. 4327.

<sup>74</sup> Cons. St., V, 21 novembre 2014, n. 5767. Nel caso di specie il Consiglio di Stato, riprendendo quanto già statuito da Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro amm. - CdS*, 2011, VI, 1842, ha stabilito che «è legittima la partecipazione di una Università degli studi ad una gara pubblica non solo direttamente, ma anche a mezzo di apposita società all'uopo coinvolta, quando l'attività oggetto della stessa è strettamente strumentale alle sue finalità istituzionali, e cioè la ricerca e l'insegnamento, nel senso che giova al loro progresso o procura risorse economiche da destinare alle stesse, con esclusione dell'attività lucrativa fine a se stessa». riformando una sentenza del Tar Molise, I, 09 marzo 2012, n. 94 che aveva accolto un ricorso che impugnava il provvedimento di aggiudicazione di un appalto di servizi a favore di un raggruppamento temporaneo d'impresa costituito da Università degli Studi del Molise, chiedendone l'annullamento e l'esclusione di tale raggruppamento. Il Tar Molise aveva ritenuto, infatti, che «le Università degli Studi non sarebbero annoverabili tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle gare pubbliche a causa della possibile distorsione della concorrenza, vantando le università finanziamenti pubblici; perché dovrebbe esserci un

bilito che un ente pubblico è legittimato a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici sia direttamente sia indirettamente a mezzo di una società all'uopo costituita, confermando così il principio che depone a favore della massima apertura alla concorrenza anche per enti pubblici, riconosciuti quali operatori economici, astrattamente beneficiari di sovvenzioni pubbliche.

### 5. Conclusioni

La ricostruzione della nozione di operatore economico operata a livello europeo anche nelle ultime direttive europee in materia di appalti, se ha ricevuto un sostanziale avallo nella giurisprudenza amministrativa, mostra ancora una distonia evidente nel raffronto con il dettato legislativo delle normative nazionali in materia di appalti pubblici, in particolare con quanto letteralmente dispone l'art. 34 del Codice dei contratti pubblici. Il diritto europeo, mosso dall'esigenza di garantire il rispetto del principio di concorrenza non ha inteso, infatti, improntare l'attività legislativa a regimi speciali o derogatori, quindi al principio della differenziazione, come ha fatto il legislatore nazionale per consentire l'attività economica degli enti pubblici, enti a partecipazione o enti ad influenza pubblica, ha voluto scongiurare che regimi di privilegio di cui possano beneficiare enti pubblici, possano determinare fenomeni di distorsione della concorrenza alterando l'equilibrio del libero mercato.

L'ordinamento dell'UE in materia di appalti pubblici è stato informato al principio di totale equiparazione, declinato nei principi di neutralità dei moduli operativi economici dei soggetti (siano essi pubblici che privati, siano essi occasionali o professionali, siano essi for profit o non profit) di proporzionalità, per il quale non è possibile escludere a priori dalle gare pubbliche un'offerente in quanto beneficia di sovvenzioni pubbliche, ed infine di effettività, per il quale il riscontro oggettivo dei requisiti effettivi dei partecipanti all'aggiudicazione prescritti dall'avviso di gara, costituisce elemento necessario e sufficiente a garantire il rispetto del principio di concorrenza<sup>75</sup>. È evidente, pertanto, l'alterità di approccio nel confronto tra

nesso di strumentalità tra tale partecipazione e i fini istituzionali dell'ente e tale nesso anche al fine di eliminare il pericolo di falsare la concorrenza in virtù di finanziamenti pubblici, deve essere disciplinato dallo Stato nazionale nel rispetto dei principi sopra enunciati».

<sup>75</sup> C. Baseggio, *La concorrenza negli appalti pubblici e la natura dei partecipanti nel diritto vigente*, in *Foro amm. Tar*, 2010, IX, 1135 ss.

l'ordinamento giuridico europeo e quello nazionale in materia di appalti, uniti dalla finalità ovvero quella di tutelare la concorrenza ma divisi nel percorso normativo per garantirne l'effettivo rispetto. L'atteggiamento del legislatore europeo assume dunque un profilo paradossale perché se da un lato in nome della tutela del principio di concorrenza, mostra disfavore per l'esercizio dell'attività d'impresa da parte degli enti pubblici a mezzo di soggetti di diritto privato, dall'altro riconosce *de plano* l'attività d'impresa degli enti pubblici in via diretta, legittimando così la partecipazione dei medesimi alle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti, in nome del medesimo principio.

Rimane ancora inevasa dalla giurisprudenza comunitaria la risposta alla domanda circa i possibili effetti che la legittimazione degli enti pubblici, ovvero delle stesse pubbliche amministrazioni, alla partecipazione alle gare degli appalti pubblici produrrà sul *modus operandi* delle stesse amministrazioni. Potrebbero configurarsi profili d'incompatibilità tra l'attività d'impresa retta da alcune finalità dove il confine tra interesse di mercato e interesse pubblico necessariamente piuttosto labile e l'attività indebitamente promiscua, ed il principio di funzionalizzazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni, legislativamente definito e stabilito che implica l'assolvimento di funzioni tese al perseguimento esclusivo dell'interesse pubblico e che potrebbe venire inficiato.

È lecito, infine, domandarsi se il riconoscimento di tale apertura al *far west* della concorrenza tra operatori economici privati ed enti pubblici, che hanno regole di finanziamento, regimi di responsabilità, presupposti operativi e natura giuridica oggettivamente differenti, fortemente disomogenee, e difficilmente assimilabili ad una disciplina unitaria, costituisca in realtà una misura tesa a garantire maggiormente la concorrenza, in cui il pubblico diventa soggetto regolatore oppure abbia come effetto quello di compromettere significativamente tale regime, rilegittimando così il ruolo che, oggi anacronistico, dello Stato imprenditore, che pensavamo ormai consegnato alla storia.

Una chiave di lettura che potrebbe offrire un'ipotesi di risposta a quest'ultimo interrogativo risiede in un pronuncia della Corte di Giustizia<sup>76</sup> a

<sup>76</sup> C. giust. UE, 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a.* che sulla base di un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, circa l'interpretazione di degli articoli 49, 56, 105 e 106 TFUE, ha legittimato un sistema di convenzioni che prevedono l'affidamento diretto in via prioritaria e senza alcuna pubblicità da parte dell'Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» ad organizzazioni di volontariato convenzionate (ANPAS e Croce Rossa Italiana) del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza in Liguria, previsto dall'art. 75-ter, l.r. n. 41/2006. Tale affidamento secondo la Corte di Giustizia non

## la nozione di operatore economico

proposito delle deroghe ai principi europei di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi. In quella sentenza viene affermato il principio secondo il quale è derogabile il principio di concorrenza, mediante l'affidamento diretto, davanti all'esigenza di tutela di valori, come quello della salute che informano alla radice i trattati europei. I giudici europei sono stati chiamati a fornire un'interpretazione conforme ai trattati, in materia di margine di discrezionalità<sup>77</sup> degli Stati membri dell'UE nell'organizzazione del livello di tutela della sanità pubblica e di sicurezza sociale.

La deroga alla concorrenza, ovvero l'affidamento diretto è subordinato al perseguimento effettivo di precisi obiettivi ed alla sussistenza di determinati presupposti riconosciuti dall'ordinamento. Questi ultimi, corrispondono a ragioni inderogabili e imperative d'interesse pubblico<sup>78</sup> in presenza delle quali è giustificato il sacrificio dei predetti principi sanciti dai trattati europei. Non si tratta di casi di *in house* né di partenariato pubblico-privato, che hanno natura e presupposti differenti, bensì di un'esenzione. Quest'ultima deriva da una valutazione in concreto circa la legittimità dell'obiettivo perseguito dalla legislazione<sup>79</sup>, in cui assurgono a parametro valutativo le ra-

contrasta con il principio di libertà di stabilimento è legittimo previo riscontro dell'effettivo perseguimento, da parte delle associazioni di volontariato predette, di finalità non lucrative di carattere strettamente sociale e degli obiettivi di solidarietà, efficienza di bilancio, adeguatezza e universalità del servizio. Tale sentenza inquadra *lato sensu* le convenzioni stipulate tra ASL ed associazioni di volontariato nella nozione di appalto pubblico, attesa la natura di operatore economico rivestita da dette associazioni *non profit* convenzionate e l'onerosità del contratto di appalto, ancorché non sia prevista una remunerazione, fatta eccezione per il rimborso delle spese sostenute nella fornitura del servizio. Tuttavia, pur rilevando nel sistema di convenzioni, previsto dalla legislazione regionale della Liguria, instaurato dall'Azienda sanitaria locale (ASL) n. 5 «Spezzino» con l'affidamento diretto in via prioritaria ad alcune associazioni di volontariato convenzionate del servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, una disparità di trattamento a danno di altri operatori economici privati *for profit*, ai quali è stata sottratta una quota di appalti in quel settore, ritiene che tale normativa non contrasti con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

<sup>77</sup> La Corte di Giustizia rammenta che «[...] Di conseguenza, uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario d'urgenza e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati al servizio [...]»

<sup>78</sup> La Corte di Giustizia UE osserva che «[...] l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute [...]»

<sup>79</sup> C. Colelli, *Corte di Giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. app.*, 2015, 378 ss.; Sulla partecipazione alle procedure ad evidenza pub-

gioni imperative d'interesse pubblico, l'idoneità e l'adeguatezza dello strumento al fine di traguardare le finalità d'interesse pubblico, infine la necessità e proporzionalità del medesimo, considerata la rilevanza del valore solidaristico pilastro fondamentale del diritto dell'UE.

*Abstract*

*The aim of this paper is to provide a comparative perspective of the evolution of the notion of economic operator. This evolution gave rise to a number of different interpretations making more than difficult the qualification of the subjects admitted to the participation into the selection procedure of public tenders. The legislator and the Court of Justice of the EU, having imposed a lato sensu definition of economic operator, challenged the traditional definition of the national administrative jurisdiction, which opens participation of public bodies into public tenders. The analysis at the heart of this paper has the aim of 1) enlight the possible distorsions of the market, arising from the participation of public bodies to public tenders, 2) examine the potential effects of the exclusion of these bodies from public tenders and 3) assess the respect of public procurement law without incurring into a breach of competition rules.*

blica per l'aggiudicazione degli appalti pubblici delle associazioni di volontariato si veda C. Papi, *Diritto europeo ed affidamenti di servizi in convenzione ad associazioni di volontariato*, in [www.lineavcp.it](http://www.lineavcp.it), 2014, 6 ss.

LUISA AZZENA

VECCHI E NUOVI PARADIGMI  
PER LE POLITICHE PUBBLICHE IN TEMPO DI CRISI:  
LA DOPPIA FACCIA DELLA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

SOMMARIO: 1. Vecchi paradigmi. La “debolezza” del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. – 2. La progressiva affermazione di un nuovo paradigma per le politiche pubbliche. Un cittadino meno “debole”. – 3. Significato del principio di sussidiarietà tra enfattizzazioni e insidie. – 4. Riflessioni sul principio costituzionale di sussidiarietà ovvero sul principio di sussidiarietà orizzontale dopo la sua costituzionalizzazione. Le due “facce” del principio. – 5. La crisi e i suoi effetti sui vecchi e nuovi paradigmi.

**1. Vecchi paradigmi. La “debolezza” del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione**

Lo schema teorico sul quale, tradizionalmente, si è fondato il rapporto fra amministrazioni pubbliche e cittadini veniva descritto nel 1930, nel suo *Corso di diritto amministrativo*, da Santi Romano, nei seguenti termini:

«I soggetti nel campo del Diritto amministrativo possono essere di diverse specie [...] ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui occorre subordinare le altre è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa. Bisogna, cioè, contrapporre, da un lato, i soggetti che amministrano e che, nel loro insieme, costituiscono la pubblica amministrazione e, dall'altro, gli amministrati»<sup>1</sup>.

Tale schema è stato tradotto, in tempi più recenti, con l'espressione «paradigma bipolare», intendendo con essa indicare un rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino di tipo *verticale, gerarchico, unidirezionale*.

Questo paradigma sarebbe, in altri termini, caratterizzato da un'azione amministrativa autoritativa, che determina effetti sulla sfera giuridica dei cit-

<sup>1</sup> S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1930, 83, ricordato da S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602.

tadini in modo unilaterale, secondo una prospettiva che vede i cittadini come sudditi, tenuti a subire l'effetto dell'azione pubblica senza potervi incidere e senza nemmeno potersi opporre, se non quando essa sia, patologicamente, illegittima: «[...] lo Stato ed il diritto pubblico sono dominati dal conflitto Stato-cittadino, due poli irriducibili e in contrasto tra di loro. Questo paradigma si è formato lentamente nel passaggio da ordini, come quello europeo medievale o quelli extra-europei, dominati da un potere in cui non c'è differenziazione tra Stato e società civile, a un ordine, quali quelli in cui viviamo, fondati sulla separazione tra Stato e comunità [...]». Questo è, dunque, «il paradigma fondamentale del diritto pubblico nel XX secolo: due poli separati, né convergenti, né contrattanti, ma in contrapposizione, a causa della superiorità di uno sull'altro [...]»<sup>2</sup>.

Il cittadino risulta, quindi, in tale paradigma, un soggetto passivo dell'azione della pubblica amministrazione, visto unicamente, di volta in volta, nel ruolo di amministrato, utente, paziente, assistito, cliente, ... Termini diversi utilizzati per evidenziare come «nell'ambito del paradigma bipolare l'amministrazione può presentarsi sia come potere, sia come prestazione, ma in ogni caso il destinatario della sua azione è comunque sempre un soggetto passivo, mero destinatario dell'intervento pubblico, sia esso un'autorizzazione, una pensione o una terapia»<sup>3</sup>.

Il cittadino è quindi, in questo modo di atteggiarsi dei rapporti tra cittadini e amministrazione, un soggetto "debole". "Debole" perché in posizione di subalternità, di sudditanza rispetto a quest'ultima.

Secondo una possibile ricostruzione del concetto di "debolezza", questa risulterebbe, infatti, dall'intersecarsi delle caratteristiche del soggetto con riguardo al principio di eguaglianza, da un lato, e al godimento di diritti, dall'altro<sup>4</sup>.

L'eguaglianza è concetto relazionale; così, secondo la ricostruzione che mette in connessione concetto di "debolezza" e concetto di eguaglianza, sarebbe "debole" chi è "non uguale" rispetto ad altri soggetti assunti come riferimento. "Non uguale", più precisamente, rispetto ad altri soggetti e rispetto al godimento di uno o più diritti.

Nel paradigma bipolare, dunque, il cittadino si presenta come soggetto "debole", in quanto "non uguale" rispetto alla P.A., che è in condizione di esercitare dei poteri che il cittadino è solo in condizione di subire.

<sup>2</sup> S. Cassese, *L'arena pubblica*, cit., 602.

<sup>3</sup> S. Cassese, op. loc. cit.

<sup>4</sup> Sia consentito il rinvio a L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli"*. *Spunti per una teoria della "debolezza"*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Torino, Giappichelli, 2006, 35 ss.

## **2. La progressiva affermazione di un nuovo paradigma per le politiche pubbliche. Un cittadino meno “debole”**

Progressivamente, nel tempo, si è andato affermando un nuovo paradigma.

Siffatta affermazione è segnata, nei passaggi fondamentali, dalle leggi degli anni Novanta del ventesimo secolo: il processo, avviato con la legge sul procedimento amministrativo, quindi sviluppato dalle leggi c.d. Bassanini, è culminato con la riforma costituzionale del 2001, che ha costituzionalizzato, nel nuovo art. 118 Cost., il principio di sussidiarietà, verticale e, per quanto più specificamente interessa, orizzontale.

Il nuovo paradigma, che risulta espresso dal principio di sussidiarietà orizzontale, tende a improntare i rapporti tra cittadino e amministrazione su un piano non più verticale, ma, appunto, orizzontale, non più bipolare, ma multipolare, non più gerarchico, ma paritario, non più unidirezionale, ma circolare.

A tale nuova impostazione consegue una minor «debolezza» del cittadino nei confronti dell'amministrazione; questi non si presenta più come un soggetto passivo, posto in una condizione di «non uguaglianza» rispetto alla pubblica amministrazione, ma diviene soggetto attivo, rapportandosi con questa in condizione paritaria.

Il processo di affermazione del nuovo paradigma può ritenersi intrapreso nel 1990, con la legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241): i principi, su cui la legge si fonda, di trasparenza, pubblicità, semplificazione, nonché le regole in cui tali principi si esprimono, quali quelle relative all'individuazione della figura del responsabile del procedimento, agli istituti volti a favorire la partecipazione al procedimento, al diritto di accesso agli atti, valgono a rendere il cittadino partecipe dell'azione amministrativa.

Chiaramente risulta sotteso alle regole sinteticamente richiamate il superamento di quell'idea verticale dei rapporti tra cittadino e pubblici poteri.

Il processo evolutivo prosegue significativamente nel corso degli anni Novanta.

La l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge Bassanini) introduce nella legislazione il principio di sussidiarietà; tende, per quanto è possibile a Costituzione invariata, a ridurre le funzioni statali, valorizzando quelle degli enti territoriali e, tra gli enti territoriali, quelli più vicini ai cittadini: i comuni.

L'art. 4, l. n. 59/1997 dispone, infatti, che i conferimenti di funzioni agli enti locali più vicini ai cittadini devono avvenire «nell'osservanza del principio di sussidiarietà attribuendo le responsabilità pubbliche anche al

fine di favorire l'assolvimento di compiti e di funzioni di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità».

Recependo tale orientamento, l'art. 3, c. 5 TUEL, dispone che «I comuni e le province [...] svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali».

Nel 2001, con la riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, a completare il percorso, il principio di sussidiarietà viene costituzionalizzato, divenendo il nuovo cardine delle politiche pubbliche.

Ai sensi del nuovo art. 118, c. 1, Cost.: «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza» e, in particolare, ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo, «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Il principio di sussidiarietà, con la costituzionalizzazione, è così divenuto il cardine delle nuove politiche pubbliche: con la sua introduzione è nato un nuovo paradigma per tali politiche.

### **3. Significato del principio di sussidiarietà tra enfattizzazioni e insidie**

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà impone un'indagine che consenta di coglierne le potenzialità, ma anche di evidenziarne eventuali eccessive enfattizzazioni (o, addirittura, le mitizzazioni) e limiti (o, addirittura, le insidie)<sup>5</sup>.

Come ricordato, la sua formulazione costituzionale presenta due contenuti, connessi ma distinti: la sussidiarietà verticale e quella orizzontale.

Il principio di sussidiarietà verticale vale a indicare l'allocazione delle funzioni di rilievo pubblicistico al livello più vicino ai cittadini. Il principio è rivolto, in particolare, alla ripartizione delle competenze tra i diversi livelli di governo.

Il principio di sussidiarietà orizzontale vale, invece, a coniugare intervento pubblico e iniziativa della società civile (con riferimento sia alle for-

<sup>5</sup> Sulle insidie del principio di sussidiarietà, specie verticale, si veda M.M. Fracanzani, *L'insidiosa sussidiarietà nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Federalismi.it*, rivista online, n. 18, 2006.

mazioni sociali sia ai singoli individui), tendenzialmente preferendo quest'ultima.

I due principi, pur diversi, si intersecano l'uno con l'altro, in quanto entrambi assumono come riferimento il cittadino. «Nel punto di intersezione fra sussidiarietà verticale ed orizzontale, in altri termini, c'è quella persona umana che la nostra Costituzione ha voluto al centro dell'intero sistema istituzionale, con i suoi diritti ed i suoi doveri»<sup>6</sup>.

Il «precipitato» di tali principi (o sub-principi nei quali si esprime il medesimo principio, quello di sussidiarietà) è la prospettiva in cui il cittadino diventa un «alleato» dell'amministrazione nel perseguimento dei fini pubblici; è, in altri termini, la nascita di un nuovo paradigma per le politiche pubbliche.

Un paradigma in cui il cittadino, da “subalterno”, diventa “alleato” della pubblica amministrazione, non più “debole” perché il nuovo paradigma va nel senso di porre cittadino e amministrazione pubblica sullo stesso piano, su un piano appunto orizzontale, eliminando così quelle diseguaglianze di situazioni soggettive che nel passato valeva a determinarne la condizione di “debolezza”.

Alla base del principio di sussidiarietà orizzontale e del nuovo modo di intendere i rapporti tra cittadino e amministrazione sta la convinzione che nei soggetti della c.d. società civile sia possibile rinvenire non solo bi-

<sup>6</sup> G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *L'amministrazione in cammino*, 2003, 8, il quale spiega così lo stretto collegamento tra i due aspetti del principio di sussidiarietà: «In questa prospettiva sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale si intersecano l'una con l'altra o, per meglio dire, trascolorano l'una nell'altra. Quando il problema è quello della allocazione delle funzioni fra i diversi livelli istituzionali, la sussidiarietà (intesa come sussidiarietà verticale) consente di individuare il livello più adeguato allo svolgimento di una determinata funzione non tanto in base al criterio della “vicinanza” ai cittadini dei vari livelli istituzionali, quanto della capacità di ciascuno di tali livelli di soddisfare l'interesse generale inteso nel senso sopra indicato. La sussidiarietà verticale consente in tal modo l'allocazione delle funzioni pubbliche non sulla base di un'astratta geometria istituzionale, quanto piuttosto di un obiettivo concreto di crescita della persona e di difesa della sua dignità.

Una volta individuati i livelli istituzionali più adatti al perseguimento dell'interesse generale attraverso lo svolgimento delle varie funzioni pubbliche, la sussidiarietà (intesa come sussidiarietà orizzontale) consente alle istituzioni titolari di tali funzioni di perseguire l'interesse generale non più da sole, ma insieme con i cittadini, singoli e associati; è come se la sussidiarietà orizzontale aprisse ai soggetti pubblici spazi finora inesplorati per la realizzazione della loro missione costituzionale, consentendo di affiancare alle istituzioni pubbliche i privati non più soltanto come strumenti della loro azione attraverso istituti quali l'appalto o la concessione, bensì quali alleati autonomi, consapevoli e responsabili nella lotta contro un avversario comune, la complessità dei problemi posti dal mondo moderno e per un obiettivo comune, la piena realizzazione di ciascuno».

sogni, ma anche risorse e competenze che ben possono essere poste al servizio dell'utilità sociale<sup>7</sup>.

Se queste sono le potenzialità del principio, si tratta però, al fine di coglierne appieno il significato, anche di evidenziarne, come preannunciato, le eventuali eccessive enfattizzazioni o addirittura le insidie<sup>8</sup>.

L'eccessiva enfattizzazione dell'avvento del nuovo paradigma, già di per se, può costituire un'insidia, restituendo un'immagine falsata, se non distorta, dello stato dei rapporti tra cittadini e amministrazioni pubbliche.

Il nuovo rapporto tra cittadini e amministrazioni e, con esso, il nuovo modo di amministrare, infatti, occorre rimarcare, non valgono a segnare una cesura netta e totale rispetto al passato, bensì valgono, più realisticamente, ad aggiungere nuovi strumenti a quelli tradizionali, arricchendo le potenzialità dell'azione amministrativa.

Sembra dunque opportuno salutare la nascita del nuovo paradigma non come l'origine di un nuovo corso che supera il vecchio, sostituendosi ad esso, bensì come il progressivo affermarsi di una nuova prospettiva, che *si affianca* alla precedente; una nuova prospettiva che non ripudia quegli strumenti che, pur vecchi, hanno dato buona prova di funzionamento, né, evidentemente, quelli che, inevitabilmente, debbono restare improntati al modo tradizionale (si pensi, ad esempio, agli istituti strumentali all'esercizio della funzione di controllo e alla conseguente potestà sanzionatoria, che l'amministrazione non può, logicamente, condividere con i soggetti controllati e se del caso sanzionati)<sup>9</sup>, pur potendo ben valere talora a superarli e talaltra ad arricchirli di nuove possibilità, impensate fino alla svolta di cui si è detto.

In altri termini, il nuovo paradigma non si sostituisce al vecchio, ma lo integra, affiancandolo in modo, appunto, «sussidiario»<sup>10</sup>.

Cosicché, senza necessità di ripudiare il modello tradizionale di amministrazione, può senz'altro affermarsi che, accanto a questo, se ne sviluppa uno nuovo: un modello di «amministrazione condivisa».

<sup>7</sup> S. Fiorenzano, *Principio di sussidiarietà orizzontale, terzo settore e cooperative sociali*, in [www.economia.uniroma1.it/isiscoop](http://www.economia.uniroma1.it/isiscoop), 2008, 3.

<sup>8</sup> Questioni e dilemmi per molti versi analoghi a quelli qui evidenziati si pongono in relazione al tema dei beni pubblici, su cui si veda G. Napolitano, *I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune»*, in *Analisi economica e diritto amministrativo, Annuario Aipda*, Milano, Giuffrè, 2007, 125 ss.

<sup>9</sup> G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 20, evidenzia come la sussidiarietà orizzontale non si applichi alle funzioni pubbliche.

<sup>10</sup> In tal senso P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, a cura di A.A. Cervati, S.P. Panunzio e P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2001, 221 ss.; T.E. Fro-sini, *Sussidiarietà (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Ann.*, II-2, Milano, Giuffrè, 2008, 1139 ss.

## vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche

In altri termini, se appare senz'altro importante enfatizzare le virtù del nuovo paradigma, non altrettanto corretto appare “mitizzare” quest'ultimo, “demonizzando” il vecchio.

Il quale, invece, oltre ad avere avuto una sua validità storica, continua a costituire una delle “basi” del diritto amministrativo<sup>11</sup>, se non altro con riferimento a tutte quelle funzioni amministrative che, come su esemplificato, non possono, per la loro stessa natura, essere condivise con i cittadini che ne sono destinatari.

Ad una eccessiva enfattizzazione del nuovo modello di amministrazione e ad una “demonizzazione” del vecchio pare riconducibile altresì l'idea che, mentre nel nuovo modello «politica, amministrazione e cittadini convergono nel perseguimento dell'interesse generale», in quello tradizionale politica e amministrazione perseguissero interessi *diversi e separati* da quelli dei cittadini<sup>12</sup>.

Mentre la ricostruzione del nuovo modello corrisponde certamente alla tendenza che si è vista affermare negli ultimi anni, la ricostruzione di quello tradizionale appare, nella sua assolutezza, non rispondente alla realtà.

Tale ricostruzione sembra, infatti, non tener conto del fatto che, nel vecchio paradigma (che, tra l'altro, è sempre bene sottolineare, non è oggi sostituito integralmente dal nuovo, che va, più limitatamente, ad affiancarlo), era il *circuito democratico* che assicurava, attraverso la legge e il principio di legalità (che impongono all'amministrazione il fine: un fine, lo si sottolinei, *di interesse pubblico*) e attraverso la sua attuazione da parte della stessa P.A., che quella volontà espressa dal cittadino (-elettore) tramite la scelta dei propri rappresentanti ricadesse sullo stesso cittadino. Detto altrimenti, secondo altra prospettiva, nel vecchio paradigma era (ed è) il circuito democratico che assicurava che la scelta dell'amministrazione ricadente sul cittadino traesse il proprio fondamento nella volontà dello stesso cittadino (-elettore) espressa al momento dell'elezione dei propri rappresentanti nelle assemblee legislative, statali o regionali, secondo il meccanismo proprio della democrazia rappresentativa.

Sembra, concludendo sul punto, che per cogliere appieno il significato e le potenzialità del nuovo paradigma improntato al principio di sussidia-

<sup>11</sup> L'espressione è mutuata da S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989.

<sup>12</sup> Così G. Arena, *Un nuovo modo di amministrare*, in *Astrid*, rivista on-line, 2004, 1 ss.: mentre «nel modello tradizionale politica e amministrazione si presentano rispetto ai cittadini come un unico *blocco da essi separato e distinto quanto ad interessi perseguiti*; nel caso dell'amministrazione condivisa, invece, politica, amministrazione e cittadini convergono nel perseguimento dell'interesse generale».

rietà orizzontale, così valorizzandolo, sia necessario sgombrare il campo da possibili equivoci, rilevando, in primo luogo, come non possa dirsi che la P.A., secondo il vecchio paradigma, perseguisse interessi *diversi e separati* da quelli dei cittadini; vero è, al contrario, che la P.A. perseguiva (e persegue) pur sempre interessi pubblici, presidiati dal principio di legalità ovvero individuati dalla *legge*, garanzia dell'espressione democratica degli stessi cittadini.

In secondo luogo, sembra opportuno chiarire come il nuovo paradigma non si sostituisca nettamente al vecchio, ma si affianchi a quello. Tra l'altro, va osservato come sia, anzi, irrinunciabile la permanenza del vecchio paradigma; affermare il contrario equivarrebbe a sostenere che la pubblica amministrazione possa abdicare a quel compito di perseguimento di interessi pubblici che il legislatore (espressione democratica della sovranità popolare) gli ha affidato insieme alla responsabilità che gli compete, sulla società civile.

#### **4. Riflessioni sul principio costituzionale di sussidiarietà ovvero sul principio di sussidiarietà orizzontale dopo la sua costituzionalizzazione. Le due facce del principio**

Poste tali considerazioni preliminari, è possibile riflettere più compiutamente sul significato che il principio di sussidiarietà orizzontale ha assunto in virtù della sua costituzionalizzazione<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Sul principio costituzionale di sussidiarietà cfr. A.M. Poggi, *Principio di sussidiarietà e il «ripensamento» dell'amministrazione pubblica: spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 1103 ss.; M. Abrescia, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bologna, Libreria Bonomo, 2005; P. Duret, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; P. Carrozza, E. Rossi, *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di E.A. Ferioli, Torino, Giappichelli, 2004; V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur., Agg.*, XII, Roma, Treccani, 2004; G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit.; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 5 ss.; ID., *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, 2002, 381 ss.; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 21 ss.; F. Bilancia, *Sussidiarietà (il principio di)*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. Ainis, Roma-Bari, Laterza, 2000, 455 ss. L'affermazione del principio è stata preceduta, in dottrina, dalle riflessioni di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994.

## vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche

Con il riconoscimento costituzionale da parte dell'art. 118 Cost., come riformato nel 2001, il principio di sussidiarietà, infatti, non rimane immutato, semplicemente acquisendo un maggior risalto.

Esso, invece, cambia sotto molteplici profili, innanzitutto e soprattutto se riguardato, come doveroso, sotto il profilo della sua collocazione nel sistema delle fonti del diritto: mentre, in precedenza, era principio subordinato a quelli costituzionali e dunque tenuto al loro rispetto, divenendo esso stesso principio costituzionale il suo rapporto con gli altri principi costituzionali muta, dovendo ora essere definito secondo le logiche che sovrintendono ai rapporti tra norme e tra principi costituzionali.

A meno di volerlo considerare come un superprincipio<sup>14</sup>, quello di sussidiarietà è un principio che può trovarsi in contrasto con altri, pure costituzionali, conseguentemente richiedendo un'opera di bilanciamento che valga a conciliarli<sup>15</sup>.

Data la complessità del contenuto del principio in discorso che, come meglio si vedrà, apre diverse prospettive e può operare in vari modi, la sua definizione passa necessariamente attraverso l'analisi del suo rapporto con gli altri principi costituzionali.

La complessità del principio di sussidiarietà può, sinteticamente, riassumersi nel riconoscimento delle due facce che lo stesso presenta; angolazioni diverse, che possono determinare problemi diversi nel raccordo con gli altri principi costituzionali.

Una prima faccia del principio di sussidiarietà è quella che potrebbe essere definita come sussidiarietà decisionale.

In questa prima accezione, il principio può porre un problema di conciliazione con il principio democratico, espresso *in primis* dall'art. 1 Cost.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, infatti, può essere inteso come un principio che consente agli interessati di partecipare e intervenire *sulle decisioni* che li riguardano; in quanto tale, si pone un problema di raccordo con il principio democratico che, pure, affidando la sovranità al popolo, basa sulla volontà espressa da questo il processo decisionale.

Non sembrando possibile revocare in dubbio la valenza di principio fondamentale del principio democratico, evidenziata dalla sua collocazione

<sup>14</sup> G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 20, nella sua approfondita ricostruzione, esclude che quello di sussidiarietà possa essere ritenuto principio sovracostituzionale.

<sup>15</sup> Sul bilanciamento del principio di sussidiarietà orizzontale con gli altri principi costituzionali si veda S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, rivista *on-line*, n. 5, 2006, 1 ss., al quale si rinvia altresì per l'ampia ricostruzione delle «radici culturali» del principio.

in apertura della Costituzione repubblicana, che vale a esaltarne il ruolo di cardine dell'attuale forma di stato, e, in quanto tale, resistente alla revisione costituzionale (e non solo in virtù della garanzia risultante dall'art. 139 Cost.) e incomprimibile a fronte di altre esigenze pure di carattere costituzionale, perplessità sorgono allorché si ammetta l'ipotesi che, nell'eventuale bilanciamento, il principio di sussidiarietà possa finire per prevalere su quello democratico, con il rischio che la volontà di *alcuni* possa prevalere su quella dei *più*, quale si esprime appunto attraverso gli strumenti della democrazia, *in primis* attraverso il principio di maggioranza.

In altri termini, l'idea, insita nell'enfaticizzazione (eccessiva) del principio di sussidiarietà orizzontale, che alla decisione del rappresentante democratico possa sostituirsi quella assunta dalla c.d. società civile (che altro non è che una varia congerie di interessi privati) reca il rischio che alla decisione dei *più* (risultante dal principio di maggioranza in cui principalmente si esprime il principio democratico) si sostituisca quella di *alcuni*.

Ad ammettere tale esito, si determinerebbe la situazione paradossale per cui un principio, quale quello di sussidiarietà orizzontale, nato per ovviare alla condizione di "debolezza" (nel senso di cui si è detto) dei cittadini, finisca per determinare la "debolezza" della democrazia, che altro non è che il «governo» (in senso lato) degli stessi cittadini.

Occorre dunque una riflessione attenta (e quanto più possibile scevra da pregiudizi ideologici) sul rapporto che può e deve intercorrere tra principio (costituzionale) democratico e principio (costituzionalizzato) di sussidiarietà orizzontale; in particolare, sulla prospettiva di un loro ipotetico eventuale bilanciamento<sup>16</sup>.

Il dubbio riguarda la stessa possibilità che il principio democratico sia soggetto al bilanciamento (termine che indica, all'evidenza, una parziale soddisfazione, ma, altresì, una parziale limitazione dei principi in gioco) con altri principi che non siano, al suo pari, principi costituzionali fondamentali, valori supremi, irrinunciabili, senza i quali si determinerebbe addirittura una rivoluzione in ordine alle attuali forma di stato e di governo.

Se tali caratteri presenta infatti indubbiamente, come si è già avuto modo di rilevare, il principio democratico, non sembra che altrettanto possa dirsi del principio di sussidiarietà, senza cui l'ordinamento costituzionale re-

<sup>16</sup> In proposito N. Mac Cormick, *Democracy and Subsidiarity*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 54 ss. rileva come, nella costruzione del «general will», la concezione di democrazia in gioco sia quella rappresentativa, proprio perché questa vale ad assicurare la partecipazione di *tutti* in condizioni di eguaglianza; diversamente, nell'assunzione di decisioni su scala più limitata o di livello locale, un ruolo può ben essere giocato da individui e varie collettività.

pubblicano, quale si esprime nelle attuali forme di stato e di governo, risultava già caratterizzato anche prima della riforma che nel 2001 ha portato alla costituzionalizzazione del principio.

In sintesi, come ogni operazione di bilanciamento tra diritti, e in specie tra diritti fondamentali, richiede di essere guidata con estrema prudenza dal canone di ragionevolezza, con particolare cautela e rigore questa deve essere condotta laddove siano in gioco principi fondamentali dell'ordinamento e principi per i quali il carattere della fundamentalità sembri non sussistere, o almeno non pacificamente.

Un'attenta riflessione deve dunque necessariamente accompagnare l'affermazione di quella che si è definita come prima "faccia" del principio di sussidiarietà orizzontale, ovvero come sussidiarietà "decisionale", dato il rischio insito nella eventualità di un suo contrasto con il principio democratico<sup>17</sup>.

Le incertezze relative alla precettività o meno del principio di sussidiarietà riportano anch'esse ad una riflessione sul principio democratico.

Difficilmente sembra possa sostenersi che il principio di sussidiarietà sia immediatamente precettivo; il suo funzionamento in concreto non sembra, infatti, che possa prescindere da una qualche forma di organizzazione.

Ma una struttura organizzativa che valga a consentire ai cittadini di partecipare in concreto all'elaborazione delle decisioni, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, già esiste: è quella che, sulla scorta del principio di legalità, discende, in ultima analisi, dal principio democratico.

Si tratta, dunque, di riflettere se la struttura organizzativa dei pubblici poteri esistente possa utilmente servire a dotare di effettività il principio di sussidiarietà o se invece sia preferibile, o addirittura necessario, strutturare diversamente la c.d. società civile, con il rischio, però, che questa nuova organizzazione, sovrapponendosi a quella esistente, finisca per costituire un mero duplicato di questa, fors'anche senza le garanzie che a questa assicura la sua costruzione che trae fondamento dal principio democratico, e che fi-

<sup>17</sup> *Contra* T.E. Frosini, *Sussidiarietà*, cit., 1140 ss., il quale sembra non intravedere possibilità di contrasto tra i due principi, ritenendo che «i cittadini i quali danno attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale concorrono alla realizzazione delle forme di esercizio della sovranità popolare ai fini della realizzazione di una maggiore democrazia» e, soprattutto, che il principio di sussidiarietà orizzontale «indica il confine entro il quale la legge si può spingere, opponendosi così allo stesso principio di legalità e sottraendo alla disciplina normativa certe aree per assegnarle alla libertà delle formazioni sociali o a quelle dei singoli». Sul legame tra sussidiarietà e democrazia si veda *Sussidiarietà e democrazia*, a cura di G.C. De Martin, Padova, Cedam, 2008; nonché L. Antonini, *Sussidiarietà, libertà e democrazia*, in *Federalismi.it*, rivista on-line, n.7, 2003.

nisca perciò, in definitiva, per originare delicati problemi di coordinamento<sup>18</sup>.

Ma il principio di sussidiarietà orizzontale presenta, altresì, come anticipato, una seconda “faccia”.

La seconda “faccia” è quella che potrebbe essere espressa nella definizione del principio come sussidiarietà orizzontale “azionale” (o “gestionale” o “operativa”).

In questa seconda accezione il principio pone in relazione la sussidiarietà non alla formazione delle decisioni, ma piuttosto allo svolgersi dell’azione amministrativa.

In questo secondo aspetto la sussidiarietà pare porsi soprattutto in correlazione con l’art. 3, secondo comma, Cost., valendo entrambi i principi ad inverare l’eguaglianza sostanziale.

Tra i due principi sembra difficile ipotizzare possibilità di contrasto, e quindi esigenze di composizione mediante bilanciamento; anzi, sembra potersi dire che il principio di sussidiarietà, valendo, proprio come l’art. 3, secondo comma, Cost., a rafforzare lo stato sociale e i diritti sociali, possa servire a inverare quell’imperativo di eguaglianza sostanziale posto da tale fondamentale disposizione<sup>19</sup>.

Tra i due principi costituzionali vi è più possibilità di collaborazione, di reciproco rafforzamento, che di contrasto.

Così, sembra potersi affermare che, mentre nel suo aspetto “decisionale” la sussidiarietà, come si è detto, può far intravedere dei rischi (contrasto con l’art. 1 Cost.), nel suo aspetto “azionale” può, all’opposto, costituire un importante contributo al fine di ovviare alla “debolezza” dei cittadini (coordinamento con l’art. 3, secondo comma, Cost.).

<sup>18</sup> Si pensi, nell’esperienza concreta, alle difficoltà poste dall’istituzione della c.d. società della salute (introdotta nel sistema sanitario toscano con la modifica della l. rg. Tosc. 24 febbraio 2005, n. 40, «Disciplina del servizio sanitario regionale» ad opera della l. rg. Tosc. 10 novembre 2008, n. 60), una «soluzione organizzativa inedita dell’assistenza territoriale che sviluppa l’integrazione del sistema sanitario con quello socio assistenziale, persegue la salute e il benessere sociale garantendo la presa in carico integrata del bisogno e la continuità del percorso assistenziale e favorisce la partecipazione dei cittadini prevedendo forme di partecipazione con rappresentanze istituzionali e associative» (così nel sito *internet* della regione Toscana), che ha suscitato, invero, un acceso dibattito politico.

Sul modello toscano si vedano E. Rossi e E. Stradella, *La politica regionale in materia di assistenza sociale e sanitaria*, in *Il tempo della Regione. La Toscana*, II, a cura di P. Bagnoli, M. Carli e A. Pizzorusso, Firenze, Ed. Assemblea, 2012, anche nel sito *internet* del *Gruppo di Pisa*.

<sup>19</sup> Sul tema della connessione tra sussidiarietà e effettività dei diritti sociali si vedano G. Lombardi e L. Antonini, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale*, in *Dir. soc.*, 2003, 155 ss.

## vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche

La sussidiarietà orizzontale “azionale” potrebbe recare il rischio di conflitto con altri principi costituzionali solo nell’ipotesi-limite in cui l’ordinamento decidesse di «abdicare» al compito che l’art. 3, secondo comma, Cost. pone in capo alla Repubblica per affidarlo interamente ed esclusivamente alla società civile.

Lo Stato è, infatti, tenuto, in virtù del disposto di cui all’art. 3, secondo comma, Cost., a garantire un’azione di sostegno alle diverse categorie di soggetti «deboli» (quelle, cioè, come detto, «non eguali» con riferimento al godimento di diritti rispetto alle altre) perseguendo l’eguaglianza sostanziale, anche favorendo l’iniziativa dei cittadini volta al medesimo obiettivo. Non è però ammissibile che lo Stato finisca per favorire quest’ultima al punto di sottrarsi ai propri compiti: l’art. 3, secondo comma, Cost., infatti, riferendosi alla «Repubblica» intende di sicuro indicare i pubblici poteri, con facoltà di includervi altri soggetti, anche non pubblici; ma, mentre la presenza di tali altri soggetti è eventuale, quella dei pubblici poteri è irrinunciabile.

Volendo ricapitolare, nella sua prima “faccia” (sussidiarietà orizzontale “decisionale”), quella che vale a consentire la partecipazione (della società civile, dei cittadini, o meglio di *alcuni* cittadini) alle decisioni dell’amministrazione, il nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione trova un limite nel principio democratico.

Se con favore sono da guardare gli strumenti, quali quelli introdotti dalla legge sul procedimento amministrativo, che valgono ad assicurare l’apporto dei cittadini e delle loro istanze alla formazione delle decisioni, non si può, invece, condividere l’idea che la decisione dei soggetti privati che assumono un’iniziativa debba essere *tout court* recepita dall’amministrazione. Non si può condividere, in altri termini, l’affermazione secondo cui «solo attraverso un processo di reale condivisione, quando non di accettazione pura e semplice della parte pubblica, delle istanze provenienti dalla società civile potrà dirsi realizzato il paradigma dell’amministrazione sussidiaria di cui all’art. 118 Cost.»<sup>20</sup>.

Siffatte affermazioni sembrano voler far prevalere le istanze provenienti dalla (non ben identificata) società civile su quelle che, attraverso la pubblica amministrazione, provengono dai cittadini secondo i canali (ben identificati) della rappresentanza democratica; sembrano, in altri termini, voler far prevalere le istanze di *alcuni* sulle istanze dei *più*.

Il delinarsi di una tale situazione sembra assolutamente da scongiurare; il circuito della rappresentanza democratica, nell’attuale ordinamento costituzionale, non può divenire recessivo a fronte di diverse forme di par-

<sup>20</sup> S. Fiorenzano, *Principio di sussidiarietà*, cit., 7.

tecipazione, anche per un altro ordine di motivi. Il circuito democratico, infatti, vale, altresì, ad assicurare quella responsabilità, politica e non solo, che sempre deve fare da contraltare all'esercizio del potere. Per questo l'amministrazione non può «abdicare» *tout simplement* all'esercizio del potere decisionale che le è affidato dalla legge e che in questa trova il suo fondamento, «cedendolo», rimettendolo ai cittadini, alla società civile, in quanto è la stessa pubblica amministrazione che ne porta la responsabilità.

Nella sua seconda “faccia” (sussidiarietà orizzontale “azionale”), quella che vale a consentire la partecipazione dei cittadini e della società civile non alle decisioni, ma all'*azione* dell'amministrazione, invece, il nuovo paradigma, favorendo la sinergia cittadini/pubblici poteri, può risultare estremamente utile e proficuo nel combattere le situazioni di “debolezza”, aggiungendosi e sommandosi le iniziative della società civile agli interventi dei pubblici poteri<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Si veda *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, a cura di G. Arena e G. Cotturri, Roma, Carocci, 2010. A Gregorio Arena, oltre ai numerosi contributi scientifici sul tema, si deve anche la fondazione di un Laboratorio per la sussidiarietà, *Labsus*, il cui obiettivo, come risulta dal sito *internet* dedicato [www.labsus.org](http://www.labsus.org) è ben preciso, fondato su una certezza. «La certezza è che le persone sono portatrici non solo di bisogni ma anche di capacità e che è possibile che queste capacità siano messe a disposizione della comunità per contribuire a dare soluzione, insieme con le amministrazioni pubbliche, ai problemi di interesse generale. Questa certezza ha trovato conferma nella legge di revisione costituzionale che nel 2001 ha introdotto nella Costituzione il principio di sussidiarietà orizzontale, con questa formulazione: “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà” (art. 118, ultimo comma). La nuova norma, riconoscendo che i cittadini sono in grado di attivarsi autonomamente nell'interesse generale e disponendo che le istituzioni debbano sostenerne gli sforzi in tal senso, conferma appunto sia che le persone hanno delle capacità, sia che possono essere disposte ad utilizzare queste capacità per risolvere non solo i propri problemi individuali, ma anche quelli che riguardano la collettività. Se questa è la certezza di fondo che ci ispira, allora è chiaro anche il nostro obiettivo: far sapere al maggior numero possibile di persone che nella nostra Costituzione c'è questa grande novità rappresentata dal principio di sussidiarietà e che questa novità può cambiare il loro modo di stare, come cittadini, in questa società. Pochi, infatti, si sono accorti delle enormi potenzialità di questo nuovo principio. E, fra quei pochi, ce ne sono alcuni che ne danno un'interpretazione riduttiva, in negativo, secondo la quale se i privati si attivano il pubblico deve ritirarsi, come se la presenza dei soggetti pubblici in certi settori fosse un male da sopportare in mancanza di meglio. Non è questa la nostra idea di sussidiarietà. Non solo perché, sia pure con tutti gli aggiustamenti necessari, il ruolo dei soggetti pubblici nel garantire i diritti civili e sociali riconosciuti dalla Costituzione rimane essenziale. Ma soprattutto perché la vera essenza della sussidiarietà non sta tanto nel fungere da principio regolatore dei confini fra una sfera pubblica ed una privata considerate fra loro ineluttabilmente confliggenti, quanto nell'essere la piattaforma costituzionale su cui costruire un nuovo modello di società caratterizzato dalla presenza diffusa di cittadini attivi, cioè cittadini autonomi, solidali e re-

## vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche

Perché possa essere utile e proficuo occorre, però, che l'iniziativa dei privati (ai sensi dell'art. 118, ultimo comma, Cost.) si aggiunga, si affianchi, e non si sostituisca a quella pubblica. Se lo Stato e, in genere, i pubblici poteri, abdicassero al perseguimento dei propri fini (che sono imposti dalla legge, cioè, in ultima analisi, dagli stessi cittadini che si esprimono attraverso i canali della rappresentanza democratica) a favore della società civile, ben potrebbe accadere che tali fini possano non essere raggiunti, che possano nemmeno essere perseguiti, o che possano essere perseguiti solo secondariamente rispetto al perseguimento di altri fini e interessi, egoistici e di una parte soltanto dei cittadini. Questo, evidentemente, renderebbe i soggetti "deboli" ancora più deboli.

In conclusione, il nuovo paradigma si presenta ricco di potenzialità; la sua affermazione è in grado di contribuire a rendere il cittadino meno debole.

Ogni cittadino, infatti, grazie alla sussidiarietà orizzontale, si presenta meno debole nei confronti della P.A., ponendosi sullo stesso piano, non più subordinato, rispetto a questa, acquisendo così la possibilità di essere partecipe dell'azione amministrativa.

I soggetti "deboli", perché "non eguali" quanto al godimento di diritti rispetto ad altre categorie, in particolare, diventano meno deboli in quanto possono giovare delle risorse messe a disposizione dagli altri cittadini, dalla c.d. società civile, in aggiunta a quelle già assicurate dai pubblici poteri.

L'affermazione del nuovo paradigma deve però, in ogni caso, essere accompagnata da cautela. Gli eccessivi entusiasmi nei confronti del nuovo possono, infatti, come su evidenziato, recare dei rischi.

Occorre, quindi, sempre tenere presente che il "nuovo" paradigma, fondato sulla sussidiarietà orizzontale, specie dopo la sua consacrazione a principio costituzionale, deve misurarsi con gli altri principi costituzionali; in particolare, con il principio democratico, nel quale trova(va) fondamento il "vecchio" paradigma.

L'affermazione del nuovo, dunque, non deve significare negazione del vecchio, ma la composizione di un equilibrio tra i due, tale da consentire la miglior realizzazione dell'interesse pubblico, ovvero dell'interesse di tutti i cittadini.

sponsabili, alleati dell'amministrazione nel prendersi cura dei beni comuni. È un modo di essere cittadini del tutto nuovo e finora irrealizzabile, perché l'ordinamento non consentiva ai cittadini comuni di occuparsi della cosa pubblica pur continuando ad essere semplici cittadini. Anzi, era considerata assurda la sola idea che un cittadino, senza iscriversi ad associazioni di volontariato o similari, potesse in quanto tale avere la voglia e le capacità per prendersi cura dei beni comuni insieme con altri cittadini e con l'amministrazione».

## 5. La crisi e i suoi effetti sui vecchi e nuovi paradigmi

La situazione di crisi economica, quale quella che negli ultimi anni ha investito il nostro Paese, incide in modo essenziale sulla posizione del cittadino, inducendo alla ricerca di nuovi paradigmi per le politiche pubbliche.

La crisi incide, innanzitutto, sulla situazione del cittadino, determinando la moltiplicazione delle situazioni di “debolezza”.

Al tempo stesso, la crisi incide sulla capacità dello Stato di intervenire a sostegno dei cittadini proprio perché, mentre le situazioni di debolezza aumentano, le risorse pubbliche si riducono.

La crisi impone, dunque, all’ordinamento l’elaborazione di nuovi paradigmi o, quantomeno, una verifica sulla “tenuta” dei vecchi.

In tali condizioni, il paradigma fondato sulla sussidiarietà può risultare estremamente utile<sup>22</sup>.

La molteplicità di contenuti del principio impone, però, una riflessione approfondita, al fine di verificare quali delle molte potenzialità in esso insite possano essere utilmente sviluppate per far fronte alla crisi<sup>23</sup>.

Riprendendo la distinzione in due “facce” della sussidiarietà orizzontale, si possono svolgere alcune considerazioni.

Si può, innanzitutto, osservare come la “faccia” della sussidiarietà che si è definita *decisionale* (ovvero quella che consente di associare i cittadini alle decisioni pubbliche) risulti di scarso aiuto, sulla base della semplice considerazione che le decisioni da adottare in tempo di crisi sono inevitabilmente impopolari.

In tempo di crisi le decisioni impongono sacrifici e difficilmente trovano i cittadini disposti a compierli, e tantomeno li trovano consenzienti.

Per contro, la “faccia” della sussidiarietà che si è definita *azionale* (quella, cioè, che consente di associare i cittadini all’azione pubblica), permettendo di attingere a nuove risorse, quelle messe a disposizione dalla società civile, può fornire un relevantissimo aiuto.

In questa prospettiva il contributo del principio di sussidiarietà per far fronte alla situazione di crisi può risultare addirittura determinante, a patto, però, che il nuovo paradigma non si sostituisca ma si affianchi al vecchio; a patto, cioè, che l’azione dei cittadini (*alcuni*, quelli che assumono l’iniziativa) non prenda il posto di quella dei pubblici poteri; come anche, all’inverso,

<sup>22</sup> Sul punto, specificamente, F. Gallo, *L’applicazione del principio di sussidiarietà tra crisi del disegno federalista e tutela del bene comune*, in *Astrid Rassegna*, n. 9, 2014, 19 ss.

<sup>23</sup> Sulle difficoltà e sulle trasformazioni del principio si veda A. Sterpa, *Il principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e nella Costituzione*, in *Federalismi.it*, rivista on-line, n. 15, 2010.

che questi ultimi non «approfittino» dell’iniziativa dei cittadini per abdicare al proprio ruolo, al perseguimento, cioè, dei fini pubblici che la legge assegna loro.

In definitiva, delle due “facce” della sussidiarietà, in tempo di crisi una diventa recessiva: quella della sussidiarietà *decisionale*.

In tempo di crisi si tende, infatti, all’opposto, all’accentramento di ogni decisione, in quanto le decisioni che è necessario assumere risultano, per lo più, impopolari.

A riprova di tale assunto, può osservarsi come l’attuale governo stia appunto operando in questa direzione; particolarmente significativo, in proposito, sembra il progetto, in fase avanzata di approvazione, di riforma costituzionale<sup>24</sup>, che si caratterizza proprio per il venir meno di vari livelli decisionali, espressione dei cittadini<sup>25</sup>. Tra i tratti maggiormente caratterizzanti della riforma si segnalano, infatti, l’abolizione delle province, peraltro già sottratte all’elezione diretta ad opera della l. 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. legge Del Rio); l’abolizione dell’elettività diretta per il Senato; il depotenziamento della potestà legislativa delle regioni; limitazioni di meccanismi volti ad assicurare la sovranità popolare a cui fa da contraltare lo speculare accentramento del processo decisionale in capo al governo.

Il governo, in tale progetto, domina la Camera dei deputati, unico vero ramo legislativo del Parlamento riformato; domina le regioni, spogliate della potestà legislativa concorrente a vantaggio della legislazione esclusiva statale, potendo oltretutto contare su nuovi importanti poteri, come quello di attivare la c.d. clausola di salvaguardia<sup>26</sup>.

Una tale concentrazione di poteri in capo al governo va, evidentemente, nel segno opposto rispetto a quello che vorrebbe il principio di sus-

<sup>24</sup> A.C. n. 2613-B *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*, consultabile sul sito internet della Camera dei deputati.

<sup>25</sup> In proposito sia consentito il rinvio a L. Azzena, *La riforma e il (mancato?) rispetto del «contenuto minimo» dei principi costituzionali fondamentali di sovranità popolare e di valorizzazione delle autonomie territoriali*, in *Osservatorio sulle fonti*, rivista on-line, n. 2, 2014.

Nel corso del suo iter procedimentale, invero, il testo originario del progetto di riforma è stato modificato in vista di un «recupero» in termini di sovranità popolare, L. Azzena, *Il tentativo di riequilibrio del sistema di check and balances nel testo approvato in prima lettura dal Senato rispetto al ddl originario*, *ivi*, n. 3, 2014.

<sup>26</sup> Tale clausola verrebbe inserita nel nuovo art. 117, quarto comma, Cost.: «Su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell’interesse nazionale».

sidiarietà orizzontale (pur ribadito in termini immutati nel nuovo testo costituzionale dell'art. 118).

Per converso, l'altra "faccia" della sussidiarietà (quella c.d. azionale, di sussidio all'azione della P.A.) diventa importante e addirittura essenziale: i pubblici poteri, privi di risorse, cercano di rinvenirle nei cittadini, nella società civile, nel terzo settore<sup>27</sup>.

Significativa in proposito è la valorizzazione, nella produzione legislativa recente, di questa angolazione della sussidiarietà.

Il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati il 9 aprile 2015, recante «Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale», mira specificamente a incentivare il ruolo della società civile, dichiaratamente in attuazione del principio di sussidiarietà. Il fine del disegno di legge, come risulta dall'art. 1 dello stesso, è infatti proprio quello di «[...] sostenere la libera iniziativa dei cittadini che si associano per perseguire il bene comune, di elevare i livelli di cittadinanza attiva, coesione e protezione sociale favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, di valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione [...]»<sup>28</sup>.

È, quindi, questa seconda «faccia» del principio di sussidiarietà che occorre valorizzare, perché è in questa che il principio, specie in tempo di crisi, può esprimere al massimo le sue potenzialità. Particolarmente in tempo di crisi, cioè, quando anche i pubblici poteri, a causa della mancanza di risorse, sono «deboli», occorre valorizzare quei contributi che, attraverso l'esplicazione delle potenzialità del principio, la società civile può offrire a sostegno delle situazioni di "debolezza" dei cittadini.

<sup>27</sup> Sul c.d. terzo settore e sulla sua struttura organizzativa si veda E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio da welfare statale al welfare municipale*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. 153 ss.

<sup>28</sup> A.S. n. 1870. L'art. 1 del disegno di legge fornisce altresì la definizione del c.d. terzo settore, utile al fine di evitare una inopportuna dilatazione dell'ambito dei soggetti che possono esservi ricompresi: «Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche e solidaristiche e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività d'interesse generale anche mediante la produzione e lo scambio di beni e servizi di utilità sociale nonché attraverso forme di mutualità. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati e le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche».

## **vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche**

### *Abstract*

*This essay focuses on the value of subsidiarity principle, within a framework in which the administration has been transformed from an «authoritative» model to a «shared» one.*

*The relationship between citizen and public administration has profoundly changed, especially during the last years, also as a result of the economic crisis that is poured on welfare state.*

*The new paradigms of the public policies seem to replace the traditional ones, but it isn't quite true. The new way of administrative action aims to provide better response to the needs of citizens and economic operators; nevertheless, the foundations of administrative law can't change, remaining immutable, in the values and interests which are intended to protect.*



CARLA BASSU

SICUREZZA ALIMENTARE E RAGIONEVOLEZZA.  
LA TUTELA DEI DIRITTI TRA PRINCIPIO DI PRECAUZIONE  
E PROPORZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I criteri in materia di sicurezza alimentare tra diritto nazionale, europeo e internazionale. – 3. Il circuito WTO. Efficacia e derogabilità dell'Accordo SPS. – 4. Precauzione e ragionevolezza nel diritto europeo e internazionale: due pesi e due misure?

### 1. Premessa

La crescente sensibilità dei consumatori in ordine alla qualità dei cibi, sollecitata dal susseguirsi delle crisi che negli anni hanno messo a repentaglio la salubrità di prodotti animali e vegetali destinati al consumo umano, ha posto la sicurezza alimentare al centro dell'agenda politica nazionale, europea e internazionale. Come dimostra l'impianto normativo formulato dall'Unione europea, il rigore del regime dei controlli sanitari dell'intera filiera alimentare è strumentale alla garanzia del diritto alla salute individuale e collettiva<sup>1</sup>. Il corpus di riferimento per gli Stati membri dell'Ue mette in luce la priorità della salubrità del cittadino, da salvaguardare per mezzo di controlli integrati lungo la catena alimentare; interventi fondati sul criterio dell'analisi del rischio e della trasparenza e piena tracciabilità dei prodotti. Il

<sup>1</sup> Si v. in proposito D. Bevilacqua, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, Giuffrè, 2012; A. Alemanno, S. Gabbi, *Foundations of Eu food law and policy: ten years of the European food safety authority*, Burlington Ashgate, Farnham, 2012; M. Ferrari, U. Izzo, *Diritto Alimentare Comparato: regole del cibo e ruolo della tecnologia*, Bologna, Il Mulino, 2012; F. Volpi, L. Costato, *La dimensione giuridica della politica alimentare europea*, Università di Bologna 2008; E. D. Cosimo, *La sicurezza alimentare come diritto e come scienza (tra Unione europea, Stati e Regioni)*, Bologna, CLUEB, 2007; F. Volpi, L. Costato, *La dimensione giuridica della politica alimentare europea*, Università di Bologna 2008; M. Poto, E. Rolando, C. Rossi, *La sicurezza alimentare tra Unione europea, Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino, Torino, Giappichelli, 2006; T. Babuscio, *Alimenti sicuri e diritto: analisi dei problemi giuridici nei sistemi amministrativi delle autorità per la sicurezza alimentare europee e statunitensi*, Milano, Giuffrè, 2005.

principio di precauzione è uno dei cardini della strategia di sicurezza alimentare e si traduce nell'adozione di misure provvisorie di gestione di un rischio per la salute, in attesa di informazioni di carattere scientifico che provino la sussistenza di un pericolo effettivo<sup>2</sup>. In sostanza, si tratta di una forma di tutela anticipata, finalizzata a neutralizzare un rischio potenziale, che interviene in assenza di dati scientifici idonei a escludere il pericolo per la salute in maniera inequivocabile<sup>3</sup>. Si tratta di un principio che garantisce una protezione forte dell'integrità della persona, ma si presta a interpretazioni discrezionali suscettibili di distorsioni applicative. Il principio di precauzione è presupposto del sistema di allarme che prevede la tempestiva condivisione tra Stati membri, Commissione e Autorità per la Sicurezza Alimentare (EFSA) di un rischio diretto o indiretto per la salute umana dovuto ad alimenti o mangimi. Ebbene, la sensibilità del tema espone al rischio di derive emotive che potrebbero determinare un eccesso di precauzione, che si presta a incidere su prerogative individuali di ordine sociale ed economico (si pensi agli interessi degli operatori commerciali e alla libertà dei consumatori) che – sebbene subordinate alla salvaguardia della salute – godono di piena tutela costituzionale e non possono essere compromesse. La ricostruzione delle caratteristiche del principio di precauzione e l'analisi di casi giurisprudenziali significativi mette in luce alcuni profili di contrasto nella configurazione teorica e nell'applicazione pratica da parte degli ordinamenti nazionali, delle istituzioni europee e del diritto internazionale. Nello specifico, in questa sede si intende focalizzare l'attenzione sulla diversa interpretazione del criterio di precauzione ragionevole assunta nella dimensione dell'Unione europea rispetto al diritto internazionale e, in particolare, al circuito del WTO. Come si vedrà, differenze applicative della dottrina della precauzione comportano conseguenze non trascurabili, interessando la de-

<sup>2</sup> Sulla definizione del principio di precauzione in ambito sovranazionale e internazionale si v. A. Bianchi, M. Gestri (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2006; con particolare riferimento ai profili applicativi al settore della sicurezza alimentare si v. L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario: disciplina degli organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, Cedam, 2012; G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, Giappichelli, 2006; F. Gervasio, *Principio di precauzione e sicurezza alimentare*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti, *Il diritto dei consumi, aspetti e problemi*, Napoli, ESI, 2010, 169 ss.

<sup>3</sup> In generale sul principio di precauzione si v. C. Sunstein, *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, Bologna, Il Mulino, 2010; L. Marini, L. Palazzani, *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, Roma, Studium, 2008; B. Troncarelli, *Scienza e diritto nella complessità sociale: il principio di precauzione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.

licata dinamica di equilibrio tra le posizioni giuridiche soggettive coinvolte nella disciplina della sicurezza alimentare. L'importanza cruciale dei diritti implicati nei processi decisionali attinenti alla sicurezza dei prodotti alimentari rende necessaria una riflessione volta alla individuazione di parametri equi e affidabili che – a prescindere dallo spazio giuridico in cui operano – rendano le misure adottate a scopo precauzionale garantiste delle prerogative di tutti i soggetti destinatari.

## **2. I criteri in materia di sicurezza alimentare tra diritto nazionale, europeo e internazionale**

La disciplina della sicurezza alimentare, in Italia, è stata a lungo esclusivamente considerata nella prospettiva di tutela del diritto alla salute individuale e collettiva, costituzionalmente individuato come obiettivo essenziale nell'assetto delle garanzie fondamentali, e si è sviluppata prioritariamente nell'ottica sanzionatoria<sup>4</sup>. I progressi nell'innovazione nelle tecniche di produzione e commercializzazione alimentare e la crescente sensibilità in ordine alla qualità dei prodotti hanno determinato uno spostamento nell'approccio alla materia, che ha cessato di essere considerata esclusivamente sul piano repressivo di comportamenti illeciti, dannosi per la salute. In particolare, si è verificato un ampliamento della sfera di influenza di natura pubblicistica, attraverso l'introduzione di regole di carattere preventivo mirate a proteggere valori e beni giuridici differenti e potenzialmente contrastanti. Oltre al bene prioritario della salute umana, rientrano infatti nella dinamica della materia alimentare aspetti riguardanti il benessere animale, la tutela dell'ambiente e gli interessi economici in gioco negli scambi commerciali<sup>5</sup>. Lo scopo perseguito dalla attuale normativa di riferimento è, in estrema sintesi, la garanzia del diritto alla salute, l'opportuna, completa conoscenza delle caratteristiche dei prodotti alimentari da realizzarsi attraverso la piena tracciabilità e la tutela delle regole di concorrenza nel processo di commercializzazione<sup>6</sup>. Si tratta di una disciplina complessa, che rende indi-

<sup>4</sup>V. M. Donini, D. Castronovo, *La riforma dei reati contro la salute pubblica: sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007; si v. altresì L. Paoloni (a cura di), *Alimenti, danno e responsabilità*, Milano, Franco Angeli, 2008.

<sup>5</sup> Si v. in proposito E. Rook Basile, S. Carmignani (a cura di), *Sicurezza energetica e sicurezza alimentare nel sistema Ue: profili giuridici e profili economici*, Atti del Convegno, Siena 10-11 maggio 2013, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>6</sup>V. C. Grazia, R. Green, A. Hammoudi (a cura di), *Qualità e sicurezza degli alimenti: una rivoluzione nel cuore del sistema agroalimentare*, Milano, Franco Angeli, 2008.

spensabile un approccio multi direzionale da un punto di vista della regolazione, senza trascurare l'importante elemento della connotazione territoriale, dal momento che la filiera alimentare si presta a una frammentazione in luoghi diversi e anche lontani tra loro. Il concorrere di tutti questi fattori, fondato sull'elemento basilare della percezione ormai consolidata della sicurezza alimentare come valore primario da tutelare nell'interesse privato e comune, degli individui e – in subordine – degli operatori commerciali, si pone a fondamento del pregnante intervento comunitario esercitato in materia, sotto forma di una massiccia opera di attrazione della regolazione settoriale in ambito sovranazionale, volta al conseguimento della piena armonizzazione delle normative nazionali. Oggi, si può affermare con cognizione di causa che l'obiettivo di ultranazionalizzazione raggiunto dalla normativa nel campo della sicurezza alimentare è quasi interamente raggiunto. Gli ordinamenti parte dell'Unione europea sono soggetti a un corpus normativo dettagliato e ramificato, che lascia ben poco spazio di intervento discrezionale al legislatore interno. La vigenza di una disciplina Ue di principio e settoriale inerente l'igiene e la adeguatezza al consumo dei prodotti alimentari, associata alla creazione di soggetti – quali, per esempio, l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA) – rendono condivisibile l'asserzione dell'esistenza di un sistema comune europeo che rappresenta il primo, imprescindibile riferimento in materia<sup>7</sup>. L'intervento normativo europeo aspira a favorire l'individuazione delle fasi del processo alimentare che possono rappresentare un punto critico (raccolta, macellazione, mungitura, preparazione, trasformazione, fabbricazione, confezionamento, deposito, trasporto, distribuzione, manipolazione, vendita o fornitura). Il sistema presenta criticità legate soprattutto alla scarsa flessibilità applicativa, alla penalizzazione dei prodotti tradizionali e alla spiccata disomogeneità tra le normative degli

<sup>7</sup> La tematica del controllo dei requisiti di sicurezza dei prodotti alimentari è considerata in sede comunitaria a partire dagli anni Novanta del Novecento. Con la direttiva CEE 43/93 viene introdotto il sistema HACCP, che prevede l'obbligo di applicazione del protocollo HACCP per tutti gli operatori del settore alimentare. In Italia, la direttiva è recepita con il D.Lgs. n. 155 del 1997 (poi abrogato dal regolamento CE 852/2004) che determina l'introduzione del concetto di prevenzione, comportante l'obbligo di verifica di tutte le fasi del processo produttivo e i momenti successivi quali lo stoccaggio, il trasporto, la conservazione e la vendita del prodotto, in un'ottica di controllo integrato, che contempla il monitoraggio di tutta la filiera del processo di produzione e distribuzione degli alimenti. Si v. F. Capelli, V. Silano, B. Klaus, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006; in particolare, sul ruolo svolto dall'EFSA v. A. Alemanno, S. Gabbi, *Foundations of European Food Safety Authority*, cit.; G. Nicolini, *Immissione in commercio del prodotto agroalimentare: regole comunitarie e competenze dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Gli alimenti e i mangimi geneticamente modificati*, Torino, Giappichelli, 2005.

Stati membri dell'UE. A seguito di alcune gravi emergenze manifestatesi nel continente e non solo con importanti conseguenze, la sicurezza alimentare conquista la ribalta dell'agenda politica europea. Si pensi alla crisi causata dallo sviluppo del cosiddetto morbo «della mucca pazza» (Encefalopatia spongiforme bovina), originato in Gran Bretagna e presto diffuso grazie alla esportazione di prodotti contaminati, che ha dimostrato con amara evidenza l'incapacità dei singoli Stati di affrontare e gestire in maniera efficace una situazione risolvibile solo attraverso un'azione concertata a livello ultranazionale. Risale al 1997 il «Libro Verde sui principi della legislazione alimentare nell'Unione europea» adottato dalla Commissione UE con lo scopo specifico di porre le basi per una piattaforma di discussione tra i paesi membri, finalizzata alla predisposizione di un quadro di obiettivi condivisi. La procedura di consultazione così avviata sfocia in una serie di proposte di azione raccolte nel «Libro Bianco sulla sicurezza alimentare», che indica nel contempo gli strumenti utili alla realizzazione delle misure predisposte. Il passo successivo – all'inizio degli anni Duemila – è l'approvazione del Regolamento CE numero 178/2002, che stabilisce i principi e le regole sulla sicurezza alimentare e fornisce un parametro normativo uniforme per tutti gli Stati membri Ue. Nello specifico, il Regolamento 178/2002 ricalca i precetti del Libro Bianco, improntandosi al perseguimento di obiettivi di sicurezza, qualità e tipicità. Il provvedimento definisce una strategia globale dei prodotti alimentari, sintetizzabile nella formula «dai campi alla tavola»; la piena rintracciabilità dei prodotti; la responsabilità dei soggetti coinvolti nelle diverse fasi di produzione e post produzione; la gestione efficiente delle crisi tramite l'analisi del rischio; procedure di dialogo con i consumatori e ritaglia un ruolo importante per l'EFSA. Nella cornice delineata dal Regolamento 178/2002 si sviluppano gli interventi normativi settoriali integranti il cosiddetto «pacchetto igiene» (Regolamenti (CE) 852, 853, 854, 882/2004, e Direttiva 2002/99), che approfondiscono e specificano le tematiche della sicurezza alimentare oltre alle modalità di applicazione del sistema HACCP<sup>8</sup>. Particolarmente interessante ai fini del presente lavoro, risulta la procedura di analisi del rischio, sancita dal regolamento 178/2002 come approccio metodologico da seguire con riguardo alle questioni di sanità pubblica, che prevede la separazione tra chi valuta l'entità del rischio e chi lo gestisce. Requisiti del metodo sono la trasparenza nelle valutazioni e nelle decisioni – che devono essere sempre formulate su fondamento scientifico – e l'interazione con i consumatori e le parti interessate. Il processo di

<sup>8</sup> Per una ricognizione analitica degli interventi normativi europei in tema di diritto alimentare si v. S. Masini, *Diritto alimentare: una mappa delle funzioni*, Milano, Giuffrè, 2014.

analisi del rischio è costituito da tre componenti tra loro collegate: la valutazione del rischio è il processo scientifico distinto nelle fasi di individuazione, caratterizzazione del pericolo e ponderazione dell'esposizione al rischio; la gestione del rischio è la fase che prevede l'esame delle alternative di intervento (consultazione delle parti, esito della valutazione, fattori pertinenti), sulla base di obiettivi di prevenzione e controllo. Durante la procedura deve persistere lo scambio interattivo di informazioni e pareri riguardanti la situazione<sup>9</sup>.

Come già sottolineato, la sicurezza alimentare è una materia che si caratterizza per un impatto extra-territoriale. Oltre alla dimensione normativa europea, che ormai rappresenta il riferimento più pregnante in materia, si deve dare atto dell'importanza della prospettiva di diritto internazionale, che emerge con riferimento a settori specifici attraverso l'azione di alcune organizzazioni di settore quali l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), nell'ambito della quale è attivo il Dipartimento per la sicurezza alimentare e le zoonosi; l'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) e – soprattutto – l'Organizzazione mondiale per il commercio (WTO)<sup>10</sup>.

### **3. Il circuito WTO. Efficacia e derogabilità dell'Accordo SPS**

In sede di WTO opera l'Accordo SPS (Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie – *Sanitary and Phytosanitary Agreement*) con l'obiettivo di mantenere il diritto sovrano di ogni ordinamento di assicurare il livello di protezione sanitaria che ritiene appropriato, evitando che le misure prese vengano utilizzate a scopo protezionistico. L'Accordo SPS fornisce le regole base che i Paesi Membri del WTO devono seguire nell'applicare le proprie misure (standard e regolamenti) in materia di sicurezza alimentare, sanità animale e protezione delle piante, nell'ambito del commercio internazio-

<sup>9</sup> La procedura di analisi del rischio deve fondarsi sul criterio microbiologico, che determina l'accettabilità o meno di una partita di prodotti alimentari in ragione dell'assenza, della presenza o della entità numerica di microrganismi, ovvero in base alla quantità delle relative tossine/metaboliti, per unità di massa, volume, area o partita. Il criterio di igiene del processo stabilisce invece il funzionamento accettabile del processo di produzione; non si applica ai prodotti immessi sul mercato, fissa un valore indicativo di contaminazione al di sopra del quale sono necessarie misure correttive volte a mantenere l'igiene del processo di produzione in ottemperanza alla legislazione.

<sup>10</sup> Per un'analisi critica della disciplina della sicurezza alimentare in ambito ultranazionale si v. nello specifico D. Bevilacqua, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, Giuffrè, 2012.

nale<sup>11</sup>. È consentito agli aderenti al WTO dettare i propri standard ma a condizione che siano supportati da evidenze scientifiche e che siano strumentali al fine di proteggere la salute umana, degli animali e delle piante e non gli interessi nazionali. Nel caso in cui un ordinamento parte del WTO adotti una misura di carattere sanitario non conforme a quanto prescritto dall'accordo SPS, potenzialmente lesiva del commercio internazionale, dovrà renderne conto all'organo responsabile della risoluzione delle controversie, ovvero il *Dispute Settlement Body* (DSB). Nell'ipotesi in cui la misura sia giudicata illegittima in prima istanza e in secondo grado (di fronte all'*Appellate Body* – AB), l'ordinamento condannato sarà tenuto a rimuoverla e a risarcire il soggetto dei danni subiti a causa dell'applicazione del provvedimento ritenuto indebito.

Attenzione, preme ribadire che i membri aderenti all'Accordo SPS sono autorizzati a utilizzare misure superiori agli standard di riferimento ma solo ove sussistano giustificazioni di carattere scientifico e agendo in ragione di una operazione di valutazione del rischio che però deve essere ritenuta appropriata e rispondente a un criterio ragionevole e non arbitrario. Ed ecco che entra in campo il principio *liquido* e prudenziale della precauzione ragionevole<sup>12</sup>.

#### **4. Precauzione e ragionevolezza nel diritto europeo e internazionale: due pesi e due misure?**

I limiti che l'accordo SPS pone in capo agli ordinamenti nazionali sono di carattere procedurale ma incidono significativamente sulla capacità delle autorità interne di esercitare le prerogative di cui sono titolari in termini di discrezionalità<sup>13</sup>. La possibilità di derogare all'accordo si gioca insomma sul filo della ragionevolezza che, per definizione, si articola secondo una dinamica fluida e non standardizzabile. È vero che i Paesi parte del WTO possono determinare il grado di tutela della salute che ritengono

<sup>11</sup> Per un'analisi dei contenuti e delle prescrizioni dell'Accordo SPS si v. J. Scott, *The WTO agreement on sanitary and phytosanitary measures: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>12</sup> Sulla configurazione del principio di precauzione in ambito ultranazionale si v. A. Bianchi, M. Gestri (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>13</sup> V. D. Bevilacqua, *I limiti della scienza e le virtù della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in G. della Cananea (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

idoneo nell'ambito del sistema interno, ma non si tratta di una libertà assoluta, bensì subordinata al vaglio del giudizio di ragionevolezza applicato dall'organo internazionale. Non è possibile agire arbitrariamente, ma occorre uniformarsi a principi e procedure uniformi, eque e prestabilite in sede di accordo SPS.

In questo contesto si inserisce la concezione del principio di precauzione che incide sulle scelte dei singoli ordinamenti perché si presta a moderare in un certo senso la carica vincolante delle attestazioni scientifiche, inserendo nel circuito decisionale il parametro della ragionevolezza che agisce affiancato al principio di proporzionalità, concorrendo a misurare e marcare l'accettabilità delle deroghe apportabili agli standard predisposti in ambito internazionale<sup>14</sup>.

Il rischio che si corre, nel momento in cui criteri non oggettivi, quali appunto ragionevolezza e proporzionalità, assumono un ruolo chiave nelle scelte strategiche istituzionali è di eccedere – per fini cautelativi – nell'atteggiamento prudenziale, ottenendo indesiderati risultati protezionistici. Posta, infatti, la prevalenza della tutela della salute da parte di un ordinamento costituzionale, non si può trascurare l'esigenza di garantire i diritti di chi, in ambito interno e ultra-nazionale, fa affidamento sulle regole del libero mercato accettate e sottoscritte formalmente. La possibilità di ottenere – come conseguenza di un eccesso di precauzione – una incrinatura delle regole del libero mercato, a scapito di chi opera nel settore, non è una eventualità remota. È dunque particolarmente importante dosare con cura gli elementi di carattere precauzionale su cui si decide di fondare misure derogatorie degli accordi economici internazionali, al fine di bilanciare gli interessi coinvolti<sup>15</sup>.

Le caratteristiche assunte dal principio di precauzione, così come disciplinato formalmente in sede di normativa europea, richiamano le esigenze imperative sancite per la prima volta dalla Corte di giustizia UE nella celebre sentenza *Cassis de Dijon* proprio allo scopo di legittimare provvedimenti limitativi della libera circolazione delle merci. Secondo la dottrina delle esigenze imperative (*rule of reason*), ragioni legate alla salvaguardia della

<sup>14</sup> V. B. Troncarelli, *Scienza e diritto nella complessità sociale: il principio di precauzione*, cit.; C.E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in international courts and tribunals, expert evidence, burden of proof and finality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

<sup>15</sup> Rileva in questo senso il dibattito relativo all'applicazione del principio di precauzione in merito alla diffusione degli Organismi geneticamente modificati, si v. sul punto G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, Giappichelli, 2006; L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario: disciplina del commercio di organismi genericamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, Cedam, 2004.

salute pubblica, alla difesa dei consumatori, all'efficacia dei controlli fiscali e alla tutela delle regole di concorrenza nelle attività commerciali, possono giustificare la deroga alle norme del libero mercato, solo ove risultino proporzionate rispetto al fine perseguito<sup>16</sup>. Per quanto riguarda il parametro internazionale e, in particolare le regole SPS, è possibile valutare la legittimità delle misure adottate in deroga all'Accordo, verificando la rispondenza di tali provvedimenti ai principi di idoneità e necessità<sup>17</sup> ed effettuando un test di proporzionalità. Le circostanze che impongono l'adozione delle misure precauzionali devono essere tali da non consentire il ricorso a strumenti alternativi (meno invasivi della libertà commerciale) e provate sulla base di dati scientifici<sup>18</sup>. Il controllo di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità deve essere effettuato attraverso una procedura di analisi del rischio che permette agli organi competenti di verificare la sussistenza di requisiti tali da giustificare la deviazione da parte degli Stati dai parametri internazionali<sup>19</sup>. Questo ancoraggio del test di ragionevolezza a indicazioni tecniche ha suscitato contestazioni da parte degli attori nazionali perché ritenuto lesivo della discrezionalità dei singoli ordinamenti che – per derogare alle regole SPS – sono tenuti a fornire un supporto scientifico delle misure intraprese, anche ove queste rispondano a fondate esigenze precauzionali e non risultino discriminatorie<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> In particolare sul principio di proporzionalità si v. T.I. Harbo, *The function of proportionality analysis in European Law*, Brill, Leiden, 2015; G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber, *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014; P. Hulsroj, *The proportionality principle*, Dordrecht, Springer, 2013; M. Klatt, M. Meister, *The constitutional structure and proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2013; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, E. Cannizzaro, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000; M.C. Ciciello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; N. Emiliou, *The principle of proportionality in European Law: a comparative study*, London, Kluwer Law International, 1996.

<sup>17</sup> V. art. 2 dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS).

<sup>18</sup> V. art. 2.2. SPS.

<sup>19</sup> V. M.A. Echols, *Sanitary and phytosanitary measures*, in Aa.Vv., *The World Trade Organization: the multilateral trade framework for the 21st century and U.S. implementation legislation*, American Bar Association, Washington, D.C., 1996, 192 ss.

<sup>20</sup> È stato osservato che l'accordo SPS è l'unico a prevedere l'indicazione di valutazioni scientifiche a sostegno dei provvedimenti nazionali, R. Howse, P. Mavroidis, *Europe's evolving regulatory strategy for GMOs – The issue of consistency with WTO Law: of Kine and Brine*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 4, «The SPS Agreement imposes on WTO Members the obligation to base their measures on scientific evidence, regardless of whether the measures are discriminatory or violations of other basic provisions of GATT. This extra obligation

Per spiegare come, nel concreto, i dati scientifici influenzano le decisioni degli Stati, determinandone l'ammissibilità alla luce dell'Accordo SPS si rivela utile esporre un caso di misure restrittive al commercio internazionale tra partner WTO. Nella prima metà degli anni Novanta, il Canada e gli Stati Uniti lamentarono la preclusione del mercato australiano al salmone proveniente dall'estero. Effettivamente, in Australia vigeva dal 1975 una normativa che imponeva limiti alla importazione di salmone crudo con il fine dichiarato di tutelare la fauna ittica locale<sup>21</sup>. In risposta alle contestazioni ricevute, nel 1996, l'Australia avviò una procedura di analisi del rischio, ai sensi dell'art. 5 SPS, che si concluse con una pronuncia da parte dell'Autorità federale di quarantena che confermava la preclusione ai mercati interni del salmone crudo. Nel salmone proveniente da Canada e Stati Uniti vennero individuati numerosi batteri assenti in Australia che – dal momento che i paesi esportatori non prevedevano un sistema capace di annientarli – risultavano pericolosi per l'integrità dell'ecosistema locale<sup>22</sup>. In risposta a tale rapporto, il Canada contestò in seno al WTO la violazione da parte dell'Australia dell'SPS e ottenne riscontro positivo dal collegio arbitrale, che ritenne il divieto di importazione di salmone non supportato da basi scientifiche, eccessivo rispetto agli standard internazionali e, pertanto, ingiusta-

in fact imposes a higher justificatory burden on all WTO Member States wishing to protect themselves (...) and at the same time makes it easier for potential complaining parties to challenge them», nello stesso senso si v. N. Bernasconi, Osterwalder (a cura di), *Environment and Trade. A Guide to WTO Jurisprudence*, London, Earthscan, 2006, 153, «Differently from the other agreements, the necessity test must be based on sciences»; J. Peel, *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?*, Jean Monnet Working Paper no. 02/04, NYU School of Law, New York, June 2004, 57, in [www.jeanmonnetprogramme.org](http://www.jeanmonnetprogramme.org); e ancora FAO, *FAO Expert Consultation on Food Safety: Science and Ethics*, Rome, Italy, FAO, 3 – 5 September, 2002, p.VI, «International food safety organizations must make clear that science, while an important tool, is not sufficient in itself for food risk analysis and that it needs to operate within an ethical framework». Sul ruolo della scienza nell'ambito delle dinamiche decisionali degli ordinamenti si v. M. Tallachini, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, Introduzione a S. Javenoff, *La scienza davanti ai giudici. L'incontro tra scienza e diritto in America*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>21</sup> In particolare, era previsto il divieto di accesso su territorio australiano di salmone che non avesse subito un trattamento idoneo ad assicurare la riproduzione di batteri potenzialmente idonei a veicolare infezioni pericolose per persone, animali o piante.

<sup>22</sup> La normativa australiana prevedeva il divieto delle importazioni di salmone fresco o surgelato, allo scopo di impedire la diffusione di ventiquattro epidemie di origine animale che si sarebbero potute manifestare esercitando un effetto potenzialmente dannoso per molti settori strategici dell'economia australiana. I batteri patogeni individuati nel salmone di importazione infatti, secondo le autorità australiane, avrebbero potuto contagiare le trote che nel Paese rappresentano una risorsa per la pesca sportiva e per l'industria dell'acqua cultura.

mente discriminatorio. Ma l'Australia non si adeguò e ricorse in appello, affermando che la procedura di analisi del rischio avesse evidenziato la possibilità di contagio conseguente alla importazione del salmone crudo, consentendo – ai sensi dell'art. 2 SPS – alle autorità nazionali di adottare misure idonee a proteggere, nel caso specifico, l'incolumità delle risorse ittiche interne, stabilendo autonomamente il grado di rischio giudicato accettabile. L'AB respinse il ricorso, ritenendo inadeguata l'analisi del rischio effettuata dall'Australia poiché non aveva tenuto conto del grado di probabilità di introduzione e diffusione della malattia. Si dispose dunque il ritiro della misura perché, si legge nella pronuncia dell'AB, «non è sufficiente che una valutazione di rischio stabilisca che esiste una possibilità di introduzione, insediamento o diffusione (...) ma deve considerare la probabilità, ossia la verosimiglianza dell'introduzione, dell'insediamento e della diffusione della stessa»<sup>23</sup>. Dunque non basta che l'operazione di valutazione riscontri la presenza di un rischio ma è necessario che tale pericolo sia quantificato<sup>24</sup>. L'importanza del caso *Australia Salmon* nella configurazione dei limiti in cui incorrono gli Stati nell'applicazione del principio di precauzione è rappresentato dal chiarimento del principio in ragione del quale, nell'ambito del circuito WTO, la deroga agli standard SPS è consentita per ragioni cautelative solo se il rischio per persone, animali o piante non sia soltanto dimostrato bensì anche quantificato e la probabilità del danno possa essere determinata con rigore scientifico.

La concezione rigida e restrittiva del principio di precauzione e lo stretto margine lasciato alla ragionevolezza in sede WTO mettono in luce le contraddizioni di un modello che – pur rappresentando il meccanismo di riferimento nella disciplina della sicurezza alimentare – si presta a interpretazioni molto diverse e a possibilità di strumentalizzazione. Può accadere, infatti, che la formula applicata in relazione all'accordo SPS che – come si è visto – comporta oneri notevoli per chi voglia derogare agli standard stabi-

<sup>23</sup> V. il rapporto dell'Appellate Body WTO, *Australia, Measures Affecting Importation of Salmon*, WTO Doc. WT/DS18/AB/R, 20 October 1998, «the risk evaluated in a risk assessment must be an ascertainable risk (...) theoretical uncertainty is not the kind of risk which, under Article 5.1, is to be assessed».

<sup>24</sup> La vertenza prosegue perché l'Australia, chiamata a eliminare il divieto di importazione entro il 1999, non provvede tempestivamente e incorre in una nuova denuncia da parte del Canada, cui si affianca una contestazione da parte degli Stati Uniti che, a loro volta, rivendicano l'accesso al mercato australiano del salmone crudo americano. Il rapporto finale conferma la condanna dell'Australia e ribadisce l'imposizione di rimuovere il divieto di importazione, v. WTO, *Australia, measures affecting importation of salmon, recourse to article 21.1*, Report of the panel, WT/DS18/RW, 18 February 2000.

liti per scopi cautelativi, sia sfruttata dagli attori economicamente più forti a scapito dei più deboli. Si pensi, in questo senso, alla pressione esercitata dagli Stati Uniti sulla Corea del Sud in relazione alla procedura di controllo della frutta di importazione prevista nel Paese asiatico, giudicata dagli americani troppo lunga e complicata. Agli americani è stato sufficiente minacciare l'avvio di una contestazione di fronte al DBS per ottenere un sostanziale ridimensionamento della disciplina coreana. Questo perché la prospettiva della difficoltà concreta di provvedere a dimostrazioni scientifiche e le spese ingenti da sostenere per istruire la causa hanno fatto percorrere ai coreani la strada del patteggiamento. Si è preferito, in sostanza, abbassare gli standard di sicurezza alimentare piuttosto che confrontarsi con il gigante statunitense in un campo in cui, dati i precedenti del DSB, la diversa disponibilità dei mezzi può fare la differenza<sup>25</sup>.

Il rischio, non improbabile, è che la concezione del principio di precauzione, in ambito internazionale e – soprattutto – nella sfera WTO – determini una netta prevalenza degli interessi economici degli Stati e degli operatori commerciali coinvolti, a scapito della sicurezza delle persone, degli animali e delle piante<sup>26</sup>.

Diversa è l'interpretazione del principio di precauzione elaborata nel tempo dalla normativa e dalla giurisprudenza europea e applicata negli Stati dell'Ue. Qui i margini della precauzione legittima sono regolati in virtù del principio di proporzionalità, che assume un ruolo chiave. L'art. 7, Regolamento n. 178/2002, stabilisce infatti che, in circostanze specifiche, ove a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, «possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della

<sup>25</sup> Nel 2007, Stati Uniti e Corea del Sud hanno stipulato un accordo bilaterale, (United States Korea Free Trade Agreement-KORUS FTA), modificato e rafforzato nel 2010 e nel 2011. Nel marzo 2012 è entrata in vigore la versione aggiornata dell'accordo commerciale, consultabile all'url [ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta](http://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta). Tra i provvedimenti adottati, la Corea del Sud ha ridotto i tempi delle procedure di controllo sulla frutta da venticinque a cinque giorni e ha accettato di autorizzare la distribuzione della frutta ai consumatori prima della fine delle analisi dei campioni. Anche le procedure coreane per l'importazione delle carni – giudicate dagli Stati Uniti eccessivamente restrittive – sono state semplificate fino a giungere al prolungamento del termine di scadenza delle carni da trenta a novanta giorni.

<sup>26</sup> Sulla concezione del principio di precauzione in seno al WTO si v. L. Gradoni, *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, in *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2006, 147-219.

salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio. Le misure adottate devono essere proporzionate e possono prevedere le sole restrizioni al commercio necessarie per ottenere il livello di tutela della salute perseguito nella Comunità. Tali misure vengono riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza ed effettuare una valutazione del rischio più esauriente». Dunque, una misura anche di carattere provvisorio, di natura precauzionale, non può considerarsi legittima se non rispetta i requisiti del principio di proporzionalità che rappresenta il canone di valutazione, da parte della Corte di giustizia, sia delle azioni riconducibili alla Ue che dei provvedimenti interni adottati al fine di realizzare le prescrizioni comunitarie<sup>27</sup>.

Alla luce della elaborazione giurisprudenziale<sup>28</sup>, il principio di proporzionalità assume caratteristiche precise che consentono l'elaborazione di un test a struttura tripartita<sup>29</sup>, applicabile alle misure adottate in virtù del principio di precauzione. In primo luogo, il provvedimento deve soddisfare il requisito della appropriatezza, cioè deve risultare idoneo a conseguire l'obiettivo stabilito. La misura deve poi risultare necessaria, ovvero non devono esistere possibilità alternative capaci di ottenere gli stessi risultati con una minore carica derogatoria delle regole standard. Ciò significa, per esempio, che – quando possibile – il provvedimento precauzionale dovrà segnalare l'eventuale possibilità di sostituire il prodotto alimentare considerato a rischio con surrogati più sicuri. Da ultimo, la misura deve rispettare un equo

<sup>27</sup> Così M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, 78, «il principio di proporzionalità si situa al di sopra del diritto comunitario derivato o secondario e opera in due diverse direzioni: da un lato esso è “misura” degli atti di diritto comunitario derivato e, dall'altro, limita finanche l'efficacia degli atti degli Stati membri che, per qualsiasi ragione, rilevino anche indirettamente, sul piano del diritto comunitario» e ancora, 79 «nell'ottica di uno scenario precauzionale, il principio di proporzionalità deve porsi quale vero e proprio garante della libertà di circolazione delle merci, vigilando affinché le restrizioni al commercio non vadano oltre quanto è necessario per conseguire il preminente obiettivo di garantire la tutela di un livello elevato di protezione sanitaria».

<sup>28</sup> Si v. in proposito le sentenze della C. giust. 11 luglio 1989, *Schräder*, causa C-265/87, in particolare il punto 24; 13 novembre 1990, *Fedesa*, causa C-331/1988, punto 13; si v. anche la pronuncia del Trib. prima istanza 28 giugno 2005, *Industrias Químicas del Vallés/Commissione*, causa T-158/03.

<sup>29</sup> V. L. Gradoni, *Commento all'art. 7 del Regolamento 178/2002/Ce sulla Sicurezza alimentare nell'Unione europea*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, 204-217.

grado di bilanciamento tra il fine perseguito e il sacrificio a carico del destinatario della stessa, così da realizzare il criterio della adeguatezza.

La necessità di addurre prove scientifiche a sostegno delle misure cautelative, derogatorie alle regole del libero mercato, così come previsto dall'Accordo SPS, può considerarsi non sempre rispondente ai criteri di proporzionalità, perché concretamente incompatibile con le circostanze di urgenza alla base di una misura precauzionale ai sensi della vigente normativa UE. Tradizionalmente, le istituzioni UE hanno riservato attenzione particolare al perseguimento di un grado elevato di protezione sanitaria, considerata tra le finalità prioritarie del processo di integrazione. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sostenuto e rafforzato questo approccio, giustificando – riferendosi anche indirettamente al principio di precauzione – anche deviazioni da obiettivi strategici quali la realizzazione di un mercato interno pienamente concorrenziale. Si pensi a quanto sostenuto nella pronuncia sul caso *Sandoz*<sup>30</sup>, nella quale si affermò la legittimità di un divieto, previsto dai Paesi Bassi, alla introduzione nel mercato di prodotti arricchiti con vitamine. In questa sede la Corte di giustizia si soffermò sul concetto di incertezza scientifica, ritenendo la legittimità del divieto di commercializzazione di prodotti alimentari nel caso in cui non fosse possibile, ragionevolmente, escludere effetti nocivi per la salute (in questo caso il riferimento era alle possibili implicazioni dannose dovute all'assunzione di prodotti arricchiti con vitamine). I giudici, nell'ipotesi particolare della causa olandese, hanno subordinato la possibilità di autorizzare il commercio dei prodotti arricchiti, alla dimostrazione (non facile) che l'aggiunta di vitamine fosse rispondente a una esigenza reale di natura tecnica o alimentare. Ma questo orientamento è superato dalla giurisprudenza che pare avere preso atto della pericolosità di consentire ai decisori pubblici nazionali la discrezionalità nella predisposizione di misure derogatorie dei principi della libera circolazione delle merci formulate in modo generico e fuorviante, come accaduto con riferimento alle esigenze di ordine alimentare di cui al caso *Sandoz*<sup>31</sup>. La possibilità che gli ordinamenti ricorrano a ragioni pretestuose, fi-

<sup>30</sup> V. C. giust., *Sandoz Prodotti farmaceutici/Commissione*, 11 gennaio 1990, C-41/69.

<sup>31</sup> Rileva, in questo senso, la sentenza del caso *Commissione/Francia*, C-24/00, in particolare i punti 60 e 64, nella quale si afferma che un divieto assoluto di commercializzazione di prodotti arricchiti con vitamine non può fondarsi sulla pur accertata mancanza di un reale bisogno nutrizionale della popolazione. La Corte stabilisce insomma che il divieto non può essere determinato in negativo, fondandosi sulle proprietà di cui un determinato alimento risulta carente, bensì è necessario indicare in positivo gli effetti nocivi derivanti da determinate caratteristiche del prodotto. Questa argomentazione si adatta particolarmente al caso delle vitamine, sostanze considerate genericamente innocue e cioè, a parte casi spe-

nalizzate a produrre normativa protezionistica più che a una effettiva tutela della sicurezza alimentare e dei diritti dei singoli ha spinto progressivamente la Corte di giustizia a riconsiderare la propria posizione, ridimensionando lo spazio discrezionale riconosciuto agli Stati.

Anche in Europa le cose si stanno evolvendo secondo una tendenza più attenta alle esigenze degli operatori economici i cui interessi sono tutelati soprattutto dalla possibilità che gli Stati utilizzino il potere derogatorio legittimato dal principio di precauzione per fini altri rispetto alla tutela della salute individuale e pubblica.

Restano i problemi dovuti alla assenza di un parametro definitorio uniforme del principio di precauzione, che consenta una applicazione affidabile e coerente sia in ambito interno che sovranazionale e internazionale. La determinazione di parametri meno fluidi e ambigui in relazione all'adozione di misure precauzionali in deroga agli standard ordinari è necessaria per l'eliminazione di margini di strumentalizzazione a vantaggio di soggetti capaci di sfruttare al meglio le lacune del sistema. La previsione, per esempio, di limiti di tempo per i provvedimenti cautelativi disposti in regime di eccezione rispetto alle regole concorrenziali, sia in ambito europeo che internazionale, potrebbe favorire un maggiore controllo del grado di necessità effettiva di tali misure che – se rese indispensabili da una situazione di emergenza e realmente proporzionate alle esigenze del caso concreto – dovrebbero avere effetti limitati nel tempo.

In conclusione, ciò che si ritiene utile e opportuno per ottimizzare la disciplina della sicurezza alimentare, improntandola su un equo bilanciamento dei diversi diritti e interessi coinvolti, è una attività di armonizzazione, che vada oltre gli apprezzabili sforzi già compiuti in questo senso. Le considerazioni effettuate in questa sede e gli esempi addotti a supporto delle argomentazioni esposte avvalorano l'opportunità di un'azione uniformante di una dottrina della precauzione incentrata sui principi di proporzionalità e ragionevolezza. Occorre intervenire a livello normativo e interpretativo, procedendo altresì – in ambito nazionale e ultranazionale – all'indicazione di criteri di proceduralizzazione uniformi<sup>32</sup>, che regolino le operazioni

cifici, né utili né dannose. Nell'ipotesi in cui la nocività di un prodotto non sia provata, o comunque altamente probabile, non è ammissibile vietarne la commercializzazione solo perché non si ritengono particolarmente benefiche. Altro è il discorso da fare in merito alle cosiddette esigenze tecniche o tecnologiche. A parere della Corte di giustizia, in mancanza di una esigenza tecnologica che giustifichi l'utilizzo di un additivo, non vi è ragione di correre il potenziale rischio sanitario derivante dall'autorizzazione di utilizzare tale additivo, v. C. giust., *Danimarca/Commissione*, nella causa C-3/00, in particolare punto 82.

<sup>32</sup> Sulla difficile identificazione delle norme regolatrici del procedimento di adozione

di analisi e valutazione del rischio. Una simile operazione gioverebbe alla coerenza del sistema ed eviterebbe inconvenienti e potenziali effetti discriminatori dovuti a una disciplina frammentaria non del tutto congruente.

*Abstract*

*The increasing consumers' awareness concerning food quality makes food security to be one of the priorities in national, European and international political agenda. The strictness of sanitary checks on products all through the food chain helps protecting individual and collective health rights. The precautionary principle is one of the key points of the food security strategy and it entails the adoption of temporary measures to manage the risk for health, on hold to scientific data demonstrating the existence of a real danger. The precautionary principle guarantees a strong protection of personal integrity but it can be interpreted in different, discretionary ways. The theoretical analysis of precautionary principle and the mention of some significant jurisprudential cases highlights contrasts in interpreting and implementing the precautionary principle at national, European and international level.*

delle misure precauzionali si v. M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, cit., 88.

## NOTE A SENTENZA

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 25 MAGGIO 2015, N. 2660

*Il Consorzio Interuniversitario Cineca non è riconducibile all'in house providing, non possedendo i requisiti richiesti dalla giurisprudenza europea.*

*La mancanza della partecipazione pubblica totalitaria vale, di per sé, alla luce del diritto vigente, ad escludere la configurabilità del rapporto in house. Deve escludersi, infatti, la possibilità di equiparare all'ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati.*

*Inoltre, la sussistenza in concreto di un controllo analogo da parte delle Università consorziate è escluso dalla posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR nell'ambito dell'organizzazione e del funzionamento del CINECA.*

*Lo svolgimento di attività imprenditoriale verso l'esterno, infine, attribuisce al Cineca una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto in house, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate.*

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

### UNIVERSITÀ E DISCIPLINA DEGLI APPALTI. CONCORRENZA, SERVIZI "IN HOUSE" E PROSPETTIVE EVOLUTIVE

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. La posizione del Cineca. – 3. Servizi in consorzio. – 4. Profili di monopolio naturale. – 5. L'anomalo ruolo del Cineca. – 6. Una diversa lettura. – 7. *Post scriptum* alla maniera di J.H. von Kirchmann.

#### 1. Oggetto dell'indagine

La sentenza in oggetto tratta un tema ben noto alla giurisprudenza sia italiana che europea (la quale ne ha disegnato i contorni): quello della esclusione degli affidamenti con procedura ad evidenza pubblica qualora l'affidatario sia una impresa c.d. *in-house*.

Nella presente nota ci si soffermerà su alcuni profili collaterali alla decisione del Consiglio di Stato, e cioè, partendo dalla vicenda Cineca, toc-

cherà la posizione degli atenei italiani con riguardo alla disciplina degli appalti.

## 2. La posizione del Cineca

Per negare la possibilità di un affidamento diretto da parte dell'Università di Reggio Calabria al Cineca la sentenza poggia molto sulla circostanza che della compagine consortile farebbero parte anche atenei non statali. Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio la natura giuridica degli atenei non statali, i quali in maniera del tutto erronea vengono spesso dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa qualificati come enti pubblici (mentre assai più semplicemente si tratta di enti privati i quali svolgono servizi di interesse pubblico). Tuttavia l'approccio della sentenza appare poco appagante perchè omette di considerare che il Cineca è un consorzio di diritto privato con una ambigua posizione. Per un verso esso fornisce servizi *lato sensu* informatici ai consorziati; per altro verso appare, *de facto*, destinatario di una concessione, esclusiva, di taluni servizi da parte del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca (Miur); infine opera sul mercato come una normale impresa. Le plurime vesti indossate fanno sorgere fondati dubbi sotto il profilo del diritto della concorrenza, di cui si dirà oltre.

## 3. Servizi in consorzio

Per sgombrare il campo da alcuni dubbi è opportuno evidenziare che, secondo la Corte di Giustizia, è ben possibile che vari soggetti pubblici possano dare vita ad una entità terza – non importa la forma giuridica – alla quale affidare direttamente l'espletamento di servizi comuni, essendo evidente la finalità di risparmio di spesa come effetto delle economie di scala. Il caso era stato affrontato dall'CGUE nel caso *Commissione c. Germania* (C-480/06) avente ad oggetto un consorzio di quattro comuni tedeschi per lo smaltimento dei rifiuti, e la Corte ha rigettato la richiesta della Commissione di ritenere tale affidamento in contrasto con la disciplina degli appalti pubblici<sup>1</sup>. Se il riferimento alla disciplina settoriale dello smaltimento dei ri-

<sup>1</sup> «Il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. Dall'altra, una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici,

fiuti può apparire un po' lontano dal caso deciso dal Consiglio di Stato, conviene cercare di avvicinarsi esaminando quanto affermato nel parere dell'A.G. Trstenjak nel caso *Università del Salento* (C-159/11) in cui era stata, vittoriosamente, contestata l'attribuzione da parte della Asl locale all'ateneo leccese di una attività di monitoraggio antisismico degli edifici ospedalieri. Espandendo in termini più generali il principio enunciato in *Commissione c. Germania*, l'A.G. ha sostenuto che «la Corte sottrae la cooperazione intercomunale all'ambito di applicazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti in base ai criteri seguenti:

- svolgimento di una funzione comune di interesse pubblico ovvero di funzioni connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico;
- da parte di sole autorità pubbliche senza la partecipazione di una parte privata;
- sulla base di un contratto oppure di una forma giuridica istituzionalizzata, come ad esempio un'associazione di scopo;
- con riguardo alla conclusione del contratto, nessuna impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti;
- il contratto non è diretto ad eludere la normativa in materia di aggiudicazione di appalti»<sup>2</sup>.

Trasponendo tali concetti al caso di specie i punti sui quali è opportuno soffermarsi sono i seguenti:

a) Se i servizi affidati senza gara rientrassero fra le «funzioni connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico». Sembra difficile negare che i sistemi U-GOV e ESSE3 (il primo relativo alla gestione del rapporto di pubblico impiego fra i dipendenti dell'università e l'ateneo, il secondo riguardante la carriera degli studenti) presentino tali requisiti. Come parimenti non è difficile individuare funzioni (informatiche) generiche che appaiono meno prossime dal soddisfare tale requisito, come ad esempio la tenuta della contabilità o la gestione del sito di ateneo.

b) Appare obiettivamente – e dunque giuridicamente – irrilevante la circostanza che nel Consorzio siano presenti soggetti privati (alcuni atenei non statali) perché non si tratta di soggetti che normalmente forniscono tali servizi sul mercato, bensì di beneficiari (di qui la logica consortile) di tali

vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti» (§ 47).

<sup>2</sup> § 66.

servizi. Peraltro, proprio per la loro natura privatistica e non concorrenziale, gli atenei non statali sono liberi di rivolgersi a chicchesia per la prestazione di tali servizi senza dover sottostare a procedure ad evidenza pubblica, sicchè la loro presenza è ininfluente. Ovviamente diverso sarebbe il discorso ove aderente al consorzio fosse una impresa privata di servizi informatici, perchè in tal caso essa sarebbe avvantaggiata da una attribuzione diretta.

c) Il profilo più spinoso è quello della potenziale “elusione” della disciplina degli appalti. È intrinseco nella costituzione di un soggetto consortile l'intento di non applicare tale normativa. Ma si tratta di una elusione? La risposta dovrebbe essere data guardando sia al primo quesito (le “funzioni connesse”) sia alle finalità di risparmio di spesa/qualità e continuità del servizio. Si ipotizzi per un istante che una serie di atenei che insistono su un territorio comune decidano di consorziarsi costituendo una propria struttura che fornisce servizi di mensa, oppure di trasporto per studenti e dipendenti, oppure di alloggio: la internalizzazione di tali servizi – che indubbiamente sottrae quote al mercato – è di per sè vietata? Applicando la decisione *Commissione c. Germania*, sopra citata, non sembrerebbe.

#### 4. Profili di monopolio naturale

Si deve peraltro considerare che taluni servizi del genere di quelli di cui tratta la sentenza possono presentare la caratteristica di un “monopolio naturale” tecnologico, nel senso che necessariamente, per ragioni sia di efficienza che normative<sup>3</sup>, non possono che essere forniti da un solo soggetto. Si pensi all'anagrafe degli studenti che deve consentire in qualsiasi momento e da qualsiasi ateneo di conoscere la situazione effettiva di uno studente, sia ai fini di una richiesta di trasferimento, sia al fine di evitare iscrizioni multiple. In questo caso la previsione di un fornitore unico del servizio è quasi obbligata. Il problema – cui già si accennato – è se questo soggetto debba (e possa) essere scelto dal Miur senza alcuna procedura con l'attribuzione di un diritto di esclusiva incerto nei contenuti ed opaco nella assegnazione. Ma sicuramente la risposta non è quella della indizione da parte degli atenei di una sessantina di gare locali.

<sup>3</sup> Peraltro basterebbe fare riferimento alla esigenza di utilizzo un unico programma informatico. Anche mantenendo salva la preferenza che l'art. 68 CAD riserva ai software c.d. open source è necessario che l'applicativo sia comune a tutti gli atenei.

## 5. L'anomalo ruolo del Cineca

La questione non risolta dalla sentenza appare dunque non tanto il fatto che un ateneo decida di rivolgersi ad un consorzio interuniversitario per la fornitura di taluni servizi informatici che, all'apparenza, appaiono necessariamente comuni a tutti gli atenei, quanto piuttosto al fatto che tali servizi siano stati *de facto* affidati dal Miur in regime di esclusiva al Cineca. La questione non è sfuggita all'autorità antitrust che in un parere del 2013 ha risposto ad un quesito formulato dal Miur (su impulso del Consiglio di Stato in sede consultiva) sulla possibilità di affidamento diretto da parte del Miur al Cineca di servizi informatici nel campo dell'istruzione, dell'università e della ricerca secondo il modello *in house*<sup>4</sup>. Il parere ripercorre i requisiti, fissati dalla giurisprudenza comunitaria ed interna, per la sussistenza della qualifica *in house* dell'ente affidatario diretto, ovvero sia il controllo pubblico totalitario, l'influenza determinante, la natura prevalente dell'attività svolta a favore dei soggetti pubblici. L'Agcm pertanto concludeva nel senso che, poichè fra i consorziati vi erano atenei non statali, ciò era ostativo all'affidamento *in house*. Una tesi ribadita nella sentenza annotata. Si deve nuovamente osservare che si tratta di una eccezione errata in quanto non guarda – come necessariamente guarda e deve guardare il diritto comunitario, fondato sulla effettività e non sul formalismo – alla natura di partner privato. È infatti evidente la profonda differenza fra l'ingresso nella compagine di un operatore privato attivo nel settore specifico dei servizi erogandi (non a caso l'Agcm cita il precedente della CGUE *Carbotermo*), altro conto è che all'interno di un consorzio, con spiccate finalità interne, vi sia un soggetto che intende fruire, secondo una corretta logica di economia di costi, dei servizi erogandi (e dunque non prestatore di servizi, ma beneficiario degli stessi).

I punti critici, non trattati dall'Agcm (e neanche dalla sentenza annotata) sono da un lato la forte vocazione di mercato del Cineca che fa dubitare della natura prevalentemente pubblica della sua attività, e conseguentemente, in una logica concorrenziale singolarmente trascurata dall'Antitrust, del forte rischio di sussidi incrociati fra commesse pubbliche e prestazioni a terzi non consorziati. Dall'altro, e in maniera dirimente, la circostanza che le università non sono, e non possono ex art. 33 Cost. essere considerate, una articolazione amministrativa del Miur, il quale, pur disponendo di penetranti strumenti di controllo, certamente non ha voce in capitolo in ordine alla

<sup>4</sup> AS 1075 del 27.8.2013.

nomina dei suoi organi di vertice ( Rettore, Senato accademico, Consiglio di amministrazione, Direttore generale).

Sono queste le reali ragioni per cui l'affidamento diretto da parte del Miur al Cineca di una serie di servizi appare di assai dubbia legittimità. Salvo prospettare una lettura profondamente diversa dell'attuale quadro normativo, il quale è, a dir poco, lacunoso ed in ogni caso fondato su presupposti profondamente errati.

## 6. Una diversa lettura<sup>5</sup>

Si parta da un dato storico (senza il quale si rischia di capire ben poco): le università pre-esistono, da secoli, all'Unione Europea. Bologna, Padova, Sorbona, Salamanca, Oxford, Heidelberg e le tante consorelle coeve non solo risalgono al Medioevo, ma soprattutto sono l'Europa: fra le loro mura cresce, si forma, si diffonde lo spirito europeo. L' "Erasmus" secoli prima di essere un programma comunitario era una realtà viva e vivificante, come pure la "mobilità dei docenti". La caratteristica di tutti questi Atenei, anche quando la loro nascita è stata promossa da un sovrano e sono risultati destinatari di risorse provenienti dall'erario, è stata la autonomia, chiaramente variegata nei tempi e negli spazi, ma comunque un principio cardine, che distingue l'università dalla scuola, l'ente pubblico di ricerca dalla università. L'università, pur essendo storicamente "pubblica" (per via del finanziamento, e della funzione fidefacente dei titoli che rilascia) è altro dallo Stato, nella sua accezione moderna che va consolidandosi nel Settecento e diventa istituzionalizzato e costituzionalizzato nell'Ottocento. Solo una assai rozza dicotomia può dividere la società contemporanea in "Stato" e "privato", senza cogliere le molteplici diversità, sfumature e ibridazioni: soggetti privati che svolgono funzioni di interesse pubblico (ad es. il c.d. terzo settore), imprese di Stato, società miste, partiti politici e confessioni religiose, ecc. ecc.

Di fronte a questa complessità, di cui le università costituiscono uno dei fattori di maggiore evidenza e storia, colpisce la totale assenza di previsioni specifiche nei Trattati europei. Il TUE si limita ad un riferimento generico all'accesso all'istruzione (art. 6) e ad un "elevato livello di istruzione" (art. 9). Il TFUE cita le università *en passant* nel suo Titolo XIX dedicato alla ricerca e allo sviluppo tecnologico facendo riferimento (art. 179) alle "im-

<sup>5</sup> Ho cercato di esporre questi argomenti in forma più ampia in *The Status of Universities in EU Law*, in 4 *Comparative Law Review* 2013 e disponibile anche su SSRN alla pagina [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2488652](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2488652).

prese, ai centri di ricerca e alle università” (l’ordine è significativo) e (art. 180) alla promozione della cooperazione fra gli stessi enti (nel medesimo ordine). E basta. Il minimo che si può dire è che l’università è completamente al di fuori dell’angolo visuale del legislatore comunitario<sup>6</sup>.

Non lo è però da quello della Corte di giustizia la quale, in tre decisioni, ha fissato taluni principi. Occorre cominciare con il dire che i tre casi hanno a che fare con la disciplina comunitaria degli appalti pubblici e dunque se gli atenei possano risultare affidatari diretti di commesse (e dunque la questione è simile a quella di cui alla sentenza annotata) ovvero se debbano attenersi, nell’affidamento di incarichi esterni, alla medesima disciplina.

Proprio in tale prospettiva le decisioni della Corte di giustizia appaiono a dir poco miopi e carenti di una considerazione sulla natura e la funzione delle università.

Infatti, mentre è comprensibile che le università, in ragione del loro prevalente finanziamento pubblico, siano qualificabili come organismi di diritto pubblico e dunque tenuti ad espletare procedure ad evidenza pubblica (è il succo del caso *University of Cambridge*<sup>7</sup>), appare errato escludere (come

<sup>6</sup> Né si può dire che la dottrina giuridica abbia dedicato grande attenzione al tema. L’unico scritto (a parte quello citato alla nota precedente) risulta di un funzionario della Commissione: B. von Wendland, *State Aid and Public Funding for Universities and other Research Organisations* (pubblicato on-line at the EU Commission web page [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010\\_2\\_10.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_2_10.pdf)). Più di recente v. M. Passalacqua, *Forme autonome di finanziamento dell’Università reperibili sul mercato*, in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell’Università*, vol. III, *Criticità dl sistema e incertezze per il futuro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 111.

<sup>7</sup> I principi enunciati in *The Queen c. H.M. Treasury ex parte The University of Cambridge* (C-380/98), sono:

«1) L’espressione “finanziata (...) da [una o più amministrazioni aggiudicatrici]”, contenuta nell’art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino, delle direttive del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, e 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretata nel senso che essa comprende le sovvenzioni ed i finanziamenti concessi da una o più amministrazioni aggiudicatrici al fine di promuovere i lavori di ricerca, come pure i contributi per borse di studio destinate a studenti, corrisposti alle università dalle autorità locali competenti in materia di pubblica istruzione e finalizzati alla copertura delle spese di istruzione di studenti nominativamente designati. Non costituiscono invece finanziamento pubblico ai sensi delle dette direttive le somme versate da una o più amministrazioni aggiudicatrici nell’ambito di un contratto di prestazione di servizi comprendente lavori di ricerca, ovvero a titolo di corrispettivo per la prestazione di altri servizi, quali perizie od organizzazione di conferenze.

2) L’espressione “in modo maggioritario”, contenuta nell’art. 1, lett. b), secondo com-

fa la Corte nel caso *Università del Salento*<sup>8</sup>) che gli atenei o loro enti esponenziali possano risultare affidatari diretti di commesse.

E costituisce una “pillola avvelenata” affermare (come fa la Corte nel caso *Conisma*<sup>9</sup>) che gli atenei o loro enti esponenziali possono partecipare a gare pubbliche.

Quel che è sfuggito alla Corte è che le università svolgono, storicamente ed attualmente, una primaria funzione di interesse pubblico che non consente di qualificarli come “operatori privati” che operano sul mercato come qualsiasi altra impresa. La circostanza che i servizi di istruzione universitaria non siano sottratti al mercato (tant’è che esistono atenei “privati”) non trasforma gli atenei “statali” in operatori di mercato<sup>10</sup>.

ma, terzo trattino, delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, deve essere intesa nel senso di “più della metà”.

3) Per giungere ad una corretta valutazione della percentuale di finanziamento pubblico di un dato organismo, occorre tener conto dell’insieme delle entrate delle quali tale organismo si avvale, ivi comprese quelle derivanti da una attività commerciale.

4) L’attribuzione della qualifica di “amministrazione aggiudicatrice” ad un organismo quale l’Università di Cambridge deve essere effettuata su base annuale e l’esercizio finanziario nel corso del quale viene avviato il procedimento di gara d’appalto deve essere considerato il periodo più appropriato ai fini del calcolo del modo di finanziamento di tale organismo, fermo restando che tale calcolo deve essere effettuato sulla scorta delle cifre disponibili all’inizio dell’esercizio finanziario, ancorché queste abbiano natura previsionale. Un organismo che, alla data in cui viene avviato un procedimento di gara d’appalto, sia qualificabile come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37, rimane – in relazione a tale appalto – soggetto alle prescrizioni delle dette direttive fino alla conclusione della procedura in questione».

<sup>8</sup> *Ordine Ingegneri Lecce c. ASL Lecce, Università del Salento* (C-159/11): «Il diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l’adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti».

<sup>9</sup> *Conisma c. Regione Marche* (C-305/08): «Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di “operatore economico”, devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un’impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi».

<sup>10</sup> «Vi è una ampia area grigia»: M. Kleis, P. Nicolaidis, *The Concept of Undertaking in*

E parimenti la circostanza che tutti – anche senza particolari qualifiche, richieste invece per l’attività di istruzione – possano svolgere ricerca, non consente di amputare dall’università la sua seconda “gamba”, quella appunto della ricerca che la distingue chiaramente dalle istituzioni scolastiche e che consente un costante aggiornamento dei docenti, delle conoscenze e dei programmi formativi. Senza ricerca non v’è università; senza attività formativa non v’è università. Si coglie qui un grave equivoco presente nelle posizioni della Corte secondo cui si dovrebbe limitare la partecipazione delle università alle gare pubbliche perchè essa potrebbe godere del sussidio incrociato attribuito all’università per la sua funzione didattica. La situazione reale, invece, è totalmente rovesciata: non è il finanziamento pubblico alla didattica che consente un “sotto costo” nella ricerca, ma al contrario sono le entrate derivanti dai servizi di ricerca forniti a terzi che sussidiano la prestazione di servizi didattici di elevata qualità o, comunque, insufficientemente finanziati da risorse pubbliche. Senza contare che l’attività di ricerca svolta dall’ateneo, nella misura in cui i risultati e il *know-how* acquisiti vengono interiorizzati dai ricercatori e filtrati nell’attività formativa, determina indubbe esternalità positive che chiaramente sono assenti qualora tali attività vengano svolte da un soggetto esclusivamente vocato alla ricerca.

Beninteso occorre ben distinguere fra settori e servizi che tradizionalmente fanno capo alle università; occorre tenere conto della effettiva presenza sul mercato privato delle università; occorre monitorare settori scientifici in forte evoluzione. E tuttavia, pur con le dovute cautele e tenendo presente che le università creano e certificano forza lavoro altamente specializzata destinati ad operare in settori privati (e dunque non vi è alcun interesse a deprimere la domanda di laureati), non si comprende proprio perchè, soprattutto in tempi di forti restrizioni di bilancio, lo Stato (o le sue articolazioni territoriali e settoriali) non possa contribuire all’attività degli atenei non semplicemente con trasferimenti generalizzati, bensì con specifici incarichi mirati negli obiettivi e nei tempi. In questa prospettiva la impostazione “*in-house*” appare drammaticamente povera giacchè essa è pensata per taluni settori dove è ormai prevalente la presenza privata, e dove l’affidamento diretto rischia di generare o inefficienze (tipicamente, il clientelismo ed i costi stratosferici di molte aziende pubbliche di servizi essenziali) o discriminazioni. Essa però si dimostra inadeguata con riferimento al

*Education and Public Health Systems*, (9.6.2006), on line sul sito dell’*European Institute of Public Administration* alla pagina [http://www.eipa.eu/files/File/state\\_aid/The\\_concept\\_of\\_undertakings\\_in\\_education\\_and\\_public\\_health\\_systems.pdf](http://www.eipa.eu/files/File/state_aid/The_concept_of_undertakings_in_education_and_public_health_systems.pdf).

mondo dell'università che presenta particolarità che continuano a sfuggire ai legislatori e ai giudici europei e nazionali.

### **7. *Post scriptum* alla maniera di J.H. von Kirchmann**

Nella sua conferenza del 1847, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (La fallacia del diritto come scienza), Julius Hermann von Kirchmann ammoniva i gius-positivisti che con tre parole del legislatore intere biblioteche sarebbero andate al macero. Centosettant'anni più tardi l'avviso rimane valido, anche se destinata alla distruzione è solo la premessa di questa breve nota.

Infatti, successivamente alla stesura del commento, è stata promulgata la l. 6 agosto 2015, n. 125, di conversione del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, con la quale il legislatore ha introdotto, all'art.9, i c. 11-*bis*, 11-*ter* e 11-*quater*, del seguente tenore:

«11-*bis*. Fanno parte del Consorzio interuniversitario Cineca, che opera senza scopo di lucro ed è sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, persone giuridiche pubbliche o private che svolgono attività nel settore dell'istruzione, dell'università e della ricerca, secondo quanto previsto dallo statuto del Consorzio medesimo.

11-*ter*. Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate esercitano, congiuntamente, sul Consorzio interuniversitario Cineca un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, previo adeguamento, ove necessario, dello statuto del Consorzio medesimo.

11-*quater*. I servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a) oltre l'80 per cento delle attività dell'ente è effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa;

b) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;

c) le amministrazioni partecipanti esercitano su tali enti, anche in maniera congiunta, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi».

Con il che, *ope legis*, il Cineca è stato trasformato, nelle intenzioni del legislatore, in organismo *in-house*. Resta da vedere, in concreto, se, in questo modo, taluni servizi siano stati (legittimamente) sottratti al mercato e se la norma possa ritenersi attributiva di diritti speciali ed esclusivi compatibili con il diritto comunitario.

*Abstract*

*The article regards a ruling by the Council of State that denies the possibility for a university to award – through in-house providing – some public service contracts to Cineca. The author highlights some critical issues of the judgment which, however, were later solved with a law, which explicitly defined Cineca as a body governed by public law.*



ANTONELLA SAU

DUBBI E CERTEZZE SULLA NATURA  
IN HOUSE PROVIDING DEL CINECA

SOMMARIO: 1. La natura giuridica del Cineca tra arresti giurisprudenziali e interventi legislativi d'urgenza. – 2. Le certezze: l'apertura del modello *in house* alla partecipazione dei privati. – 3. I dubbi: il controllo analogo congiunto. – 4. (*segue*) Il requisito dell'attività prevalente. – 5. E le possibili conseguenze.

**1. La natura giuridica del Cineca tra arresti giurisprudenziali e interventi legislativi d'urgenza**

Le contrastanti conclusioni sulla natura *in house providing* del consorzio interuniversitario Cineca cui sono approdate a distanza di quattro mesi la sesta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato e la seconda sezione, richiesta sul tema di un parere dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Miur), ben testimoniano il “grado” di incertezza che continua a caratterizzare l'accertamento in concreto dei requisiti indicati dalla Corte di giustizia con la sentenza *Teckal*.

I dubbi sulla natura giuridica del Cineca – costituito il 14 luglio 1967 su iniziativa dell'Istituto Universitario di Economia e Commercio e di Lingue e Letterature Straniere di Venezia e delle Università di Bologna, Firenze e Padova<sup>1</sup> – sono tutt'altro che recenti.

Già nel 2010 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) aveva sollevato alcune perplessità circa le modifiche statutarie approvate con d.m. 14 maggio 2010 che consentivano al Cineca lo svolgimento di attività «anche con carattere di impresa» e, più in generale, «con riguardo alle diverse problematiche concorrenziali esistenti nel mercato dell'elaborazione e della fornitura di *software* per la gestione informatizzata delle segreterie studenti nelle Università italiane». In particolare, l'Autorità «segnalava la contrarietà ai principi di tutela della concorrenza e del libero mercato della prassi, adottata da un sempre crescente numero di Università,

<sup>1</sup> Il Cineca è stato riconosciuto quale consorzio universitario ai sensi degli artt. 60 e 61 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, con d.P.R. 13 ottobre 1969, n. 1106.

consorziate e non consorziate, di acquisire da Cineca e, per tramite di questa, dalla società interamente controllata Kion, la fornitura dei *software* gestionali e dei relativi servizi di assistenza, in assenza di una qualsivoglia forma di confronto concorrenziale»<sup>2</sup>. In assenza, evidentemente, dei requisiti di legittimità richiesti per un affidamento diretto: primo tra tutti, la partecipazione delle amministrazioni aggiudicatrici al consorzio.

È proprio in questi anni, a conferma senz'altro della *leadership* maturata nel settore dell'*ICT* al servizio della ricerca tecnologica e scientifica, che il numero dei consorziati è progressivamente aumentato, al punto da ricomprendere il 90% delle università statali, oltre a quattro importanti enti di ricerca nazionali (CNR, OGS, Indire, Invalsi).

Se l'adesione al Cineca di quelle università che già affidavano al consorzio la gestione dei propri servizi informatici consentiva di superare i dubbi sollevati dall'Agcm, anche con riferimento alle attività svolte da Kion s.r.l. in quanto società partecipata al 100 % dal Cineca<sup>3</sup>, l'ingresso nella compagine consortile di alcune università non statali (tra cui IULM e Università Commerciale Luigi Bocconi), avvenuto nel luglio 2013, seguito al processo di fusione per incorporazione del Cineca con i consorzi Cilea e Caspur<sup>4</sup>, ha nuovamente alimentato i dubbi sulla configurazione di un'ipotesi di delegazione interorganica tra enti consorziati e consorzio per il difetto del requisito della partecipazione pubblica totalitaria.

Investita della questione dal Miur nel luglio del 2013, la seconda sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno acquisire chiarimenti circa l'esatta natura e la portata dei servizi informatici forniti dal Cineca, acquisendo i pareri del Ministero dell'economia e delle finanze, del Garante per la protezione dei dati personali, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dell'Agenzia per l'Italia Digitale e dell'Agcm (l'unica, invero, ad aver rilevato la problematicità della nuova

<sup>2</sup> AS755 – *Segnalazione sulla gestione informatizzata degli atenei universitari* (10 settembre 2010).

<sup>3</sup> La relazione *in house* tra un organismo (Kion s.r.l.) ed il proprio soggetto controllante al 100% (Cineca) vale anche tra il medesimo organismo ed i soggetti che non sono terzi rispetto al suo soggetto controllante (enti consorziati) in quanto la partecipazione indiretta tramite *holding* è astrattamente compatibile con l'esistenza di un controllo analogo. La Corte di Giustizia, nella pronuncia *Carbotermo*, 11 maggio 2006, C-340/04, ha però precisato che il controllo analogo esercitato da un'amministrazione aggiudicatrice su una società attraverso una mera partecipazione indiretta al suo capitale, anche se totalitaria, può risulterne affievolito. Di qui la necessità di un attento accertamento in concreto del requisito.

<sup>4</sup> Imposto per esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica dall'art. 7, c. 42-bis, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

## dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca

configurazione consortile, ritenendola ostativa alla sussistenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria e quindi alla legittimità di un affidamento senza gara da parte del Ministero<sup>5</sup>).

Il Consiglio di Stato, con un'argomentazione non del tutto esente da critiche<sup>6</sup>, ha invece ritenuto di "valorizzare" quanto disposto dal legislatore europeo con la Direttiva appalti (2014/24/UE)<sup>7</sup> in ordine all'apertura della società *in house* «a forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata» (art. 12, par. 1, lett. d).

Per il collegio, sebbene non siano scaduti i termini per il recepimento della Direttiva 2014/24, essa «appare di carattere sufficientemente dettagliato, tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione», per cui, «se non vi è addirittura un'applicazione immediata del tipo *self-executing*, non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevisimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'U.E.».

Ritenendo la posizione del Cineca nei confronti del Miur, delle Università e degli enti consorziati «perfettamente» in linea con «la fattispecie cui

<sup>5</sup> AS1075 – *Affidamento in via diretta al Cineca di servizi nel campo dell'informatica relativi al sistema universitario, della ricerca e scolastico* (27 agosto 2013).

<sup>6</sup> G. Veltri, *In house e anticipata efficacia della Direttiva 2014/24/UE – Il commento*, in *Urb. App.*, 2015, 6, 667 ss., 675, osserva che, sebbene sia possibile sostenere, sul fronte del rapporto tra fonti interne dell'ordinamento comunitario, «che le statuizioni della Corte di giustizia tese a definire istituti non espressamente disciplinati dal legislatore comunitario (e solo quelle), perdono, sin dall'entrata in vigore delle nuove norme comunitarie precise e dettagliate che quegli istituti innovativamente disciplinano, efficacia vincolante per il giudice nazionale, il quale potrebbe considerare la nuova Direttiva, pendente il termine per il recepimento, quale pregnante criterio esegetico», nel caso di specie non si può trascurare il fatto che il legislatore nazionale ha scelto di disciplinare espressamente l'istituto dell'*in house providing*. Ne consegue che «non sono le sentenze della Corte di giustizia a costituire il parametro ed il limite [per il giudice], quanto le stesse norme nazionali che quei principi hanno colti, facendoli propri e sviluppandoli in chiave pro concorrenziale», imponendo nel caso di specie la partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale. Nessun dubbio, quindi, sul fatto che le norme interne siano «vigenti ed efficaci» e non possano essere disapplicate in favore di una Direttiva non scaduta.

<sup>7</sup> Al momento in cui si scrive, la legge delega per il recepimento delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE è all'esame della VIII Commissione permanente del senato (lavori pubblici, comunicazione) in sede referente.

la Direttiva citata ricollega l'esclusione della propria disciplina» e ritenuti sussistenti i due ulteriori requisiti del controllo analogo<sup>8</sup> e dell'attività prevalente, il Consiglio di Stato, con parere 30 gennaio 2015, n. 298, aveva quindi ritenuto l'affidamento diretto al consorzio di servizi informativi concernenti il sistema universitario, della ricerca e dell'istruzione conforme al modello della cooperazione pubblico-istituzionalizzata di tipo verticale, ossia l'*in house providing*, creato dalla giurisprudenza comunitaria e oggi codificato nelle nuove direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni.

A complicare ulteriormente il quadro, poco prima della pubblicazione del suddetto parere, è stato il Tar Calabria, che, rinviando a quanto osservato dall'Agcm proprio nel parere dell'agosto 2013, ha annullato l'affidamento diretto di servizi informatici effettuato dall'Università della Calabria in favore del Cineca, ritenendo insoddisfatti i requisiti tipici dell'*in house*<sup>9</sup>.

Sentenza confermata dalla pronuncia del Consiglio di Stato e oggetto del presente commento.

La sesta sezione, contestando l'interpretazione proposta dal parere n. 298/2015, ha infatti escluso che la Direttiva 2014/24 possa assumere rilevanza nel giudizio, in quanto, assenti i presupposti per un'applicazione *self-executing*<sup>10</sup>, sussisterebbe al più «un obbligo negativo che si sostanzia nel dovere di astenersi dall'interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la Direttiva intende conseguire». In realtà, precisa il giudice, «la fattispecie in esame si colloca al di fuori dell'ambito di questa limitata rilevanza giuridica “negativa” che eccezionalmente può essere rico-

<sup>8</sup> Di questo avviso anche il Mef, di segno opposto invece i pareri dell'Agcm e dell'Avcp.

<sup>9</sup> Tar Calabria, 4 aprile 2014, n. 559, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>10</sup> Non sono non è ancora scaduto il termine per il recepimento da parte dello Stato italiano della direttiva ma la stessa lascia un margine di scelta agli Stati membri in ordine all'applicazione dell'art. 12.

In termini molto critici sulla tesi dell'immediata rilevanza della direttiva 2014/24 si pone R. Capuzza, *Dualismi ermeneutici del Consiglio di Stato a valle dei recenti sviluppi europei sugli affidamenti in house providing*, in *giustamm.it*, nell'analisi della sentenza del Cons. St., III, 7 maggio 2015, n. 2291, che sulla scia del parere n. 298/2015 sposa la tesi dell'applicazione automatica della Direttiva appalti salvo poi negarne in concreto l'applicabilità in quanto una norma nazionale (l'art. 4, c. 7, d.l. n. 95/2012) avrebbe ancor prima del marzo 2014 (data di entrata in vigore della Direttiva stessa) esercitato la facoltà riconosciuta dal legislatore comunitario di limitare gli affidamenti diretti. L'A. ha buon gioco ad osservare come il giudice, in tal caso, abbia addirittura ammesso una sorta di «scelta *ante tempus*» con riferimento tra l'altro ad una norma che è stata successivamente censurata in larga parte dalla Corte costituzionale.

## **dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca**

nosciuta alla direttiva prima della scadenza del termine di recepimento: le regole sull'*in house*, di cui si fa applicazione nel presente giudizio, che potenzialmente potrebbero contrastare con le previsioni della nuova Direttiva, sono, infatti, regole già esistenti nell'ordinamento nazionale (non introdotte *ex novo* dal legislatore nazionale in violazione del dovere di *standstill*) e sono, inoltre, regole che trovano la loro fonte proprio nell'ordinamento dell'Unione Europea, avendo esse origine dalla sopra richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia che nel corso degli anni ha fissato rigorosi limiti alla operatività dell'*in house*».

Ne consegue che «non appare corretto ritenere immediatamente operativa la possibilità di partecipazione di capitali privati [all'*in*]house richiamando il c.d. obbligo di interpretazione conforme da parte del giudice nazionale [...]. A venire in rilievo non è, infatti, una norma nazionale “ambigua” o “plurivoca”, suscettibile di più interpretazioni, di cui almeno una conforme al contenuto di una direttiva comunitaria sopravvenuta. Viene al contrario in rilievo una nozione di *in house* di matrice comunitaria (elaborata da una giurisprudenza pietrificata, tanto da costituire diritto vivente) che è univoca nell'escludere la compatibilità dell'istituto con la partecipazione di soggetti privati».

Per quanto l'assenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria fosse di per sé sufficiente ad escludere la natura *in house providing* del consorzio, il Consiglio di Stato, come vedremo, si è espresso anche sull'assenza dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente, smantellando il “sistema Cineca” e mettendo in profonda “crisi” un segmento strategico dell'attività del Ministero, che, come noto, si avvale da tempo in via “esclusiva” del consorzio per la realizzazione di sistemi gestionali e servizi a sostegno del sistema universitario e dell'istruzione scolastica.

Di qui le ragioni dell'immediato soccorso prestato dal legislatore, che, con il d.l. Enti locali<sup>11</sup>, ha di fatto anticipato il recepimento dell'art. 12, par. 1, lett. *c*) e *b*), della Direttiva appalti, ammettendo la partecipazione al Cineca di «persone giuridiche private che svolgono attività nel settore dell'istruzione, dell'università e della ricerca» e la possibilità per il soggetto *in house* di svolgere all'esterno una quota pari al 20% della propria attività.

Sanato automaticamente il difetto del primo dei tre requisiti strutturali della delegazione interorganica e poste le basi per un più agevole accertamento del requisito dell'attività prevalente, il legislatore si è poi limitato a

<sup>11</sup> Cfr. art. 9, c. 11-*bis*/11-*quater*, d.l. 19 giugno 2015, n. 78, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 125.

“supporre”, con riferimento al terzo (e più controverso) requisito, l’esistenza di un controllo analogo “congiunto” da parte dei soggetti pubblici e privati consorziati, «previo adeguamento, ove necessario, dello statuto del consorzio medesimo».

Nessun dubbio quindi sulla natura giuridica del Cineca?

In realtà, nonostante l’intervento del legislatore, la sentenza n. 2660/2015 mette a nudo i limiti del “modello” Cineca, lasciando aperti alcuni interrogativi sulla natura del consorzio.

## **2. Le certezze: l’apertura del modello *in house* alla partecipazione dei privati**

In merito al primo dei requisiti strutturali dell’*in house providing* l’intervento del legislatore è stato chiaramente risolutivo.

La norma con la quale il d.l. Enti locali ha prescritto l’ingresso nel consorzio di «persone giuridiche private che svolgono attività nel settore dell’istruzione, dell’università e della ricerca» (art. 9, c. 11-*bis*) ha infatti neutralizzato le obiezioni in ordine all’efficacia anticipata della Direttiva appalti sollevate dalla sentenza n. 2660/2015, rispettando peraltro i due requisiti<sup>12</sup> richiesti dall’art. 12, par. 1, lett. c), Direttiva 2014/24, secondo cui le forme di partecipazione di capitali privati devono essere «prescritte da disposizioni legislative nazionali» che siano «in conformità dei trattati».

L’intento del legislatore comunitario sembra essere quello di evitare possibili confusioni tra società miste e società *in house* con una minima partecipazione privata, scongiurando che attraverso previsioni nazionali che impongano tale partecipazione possano legittimarsi affidamenti diretti in favore delle prime, con evidente violazione dei Trattati e del principio di concorrenza<sup>13</sup>.

Ciò premesso non si possono nascondere le perplessità suscitate dalla sentenza in esame proprio nella parte in cui ascrive le università non statali aderenti al consorzio al novero dei “soggetti privati”, discostandosi dal pre-

<sup>12</sup> Limiti del tutto “trascurati” dal parere n. 298/2015 come osservato da G. Carullo, *Luci ed ombre sulla legittimità dell’affidamento in house al CINECA*, in *giustamm.it* e S. Foà, D. Greco, *L’in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell’interpretazione conforme*, in *federalismi.it*, 29 luglio 2015, 16 ss.

<sup>13</sup> Così S. Foà, D. Greco, *L’in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell’interpretazione conforme*, cit., 10, 17-18. Sul rischio di uno scolorimento della differenza tra società miste e *in house* vedasi G. Volpe, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l’in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *giustamm.it*, 9.

valente orientamento dottrinale<sup>14</sup> e giurisprudenziale<sup>15</sup> che le ascrive al *genus* delle persone giuridiche pubbliche, quali enti pubblici non economici e strumentali, dotati di autonomia funzionale.

Ad avviso del collegio, infatti, la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può ritenersi «fissa ed immutabile».

A contrario l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione “funzionale”<sup>16</sup> e “cangiante” di ente pubblico, secondo la quale «il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a sé stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime nor-

<sup>14</sup> Cfr. C. Barbatì, *La natura e il regime giuridico delle università e degli enti pubblici di ricerca*, in *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca: vincoli e opportunità*, (a cura di) G. Catalano, Bologna, 2013, 15 ss., 25-30; R. Finocchi, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1349 ss, 1364-1366; M. Dugato, G. Piperata, *Università degli studi. Diritto pubblico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 2009, 1 ss., 4-5, F. Merloni, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990, 214; O. Sepe, *Note sulla natura giuridica delle università statali*, in *Riv. amm.*, 1960, 236 ss., 242. Per una ricostruzione della natura giuridica delle libere università in chiave privatistica vedasi invece L. Ferrara, *Le università “libere”: enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, (a cura di) V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, 1994, 276 ss.

<sup>15</sup> La maggiore giurisprudenza civile, amministrativa e contabile qualifica le libere università in termini di enti pubblici non economici in ragione dell'esistenza dei seguenti indici sintomatici: il perseguimento di fini pubblici; l'assoggettamento a controlli; il potere di certificazione (ossia il rilascio di titoli di studio); la presenza di finanziamenti pubblici. In questi termini, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 21 giugno 1961, n. 570, in *Cons. St.*, 1961, 1300; Cons. St., 3 ottobre, 1990, n. 862, in *Cons. St.*, 1990, 1246; Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 841; Tar Lombardia, Milano, 6 settembre 2011, n. 2158; Tar Lazio, Roma, 4 gennaio 2012, n. 59 e 60; Tar Pescara, 8 maggio 2015, n. 195, Tar Lazio, Roma, 17 luglio 2012, n. 6537, tutte in *giustizia-amministrativa.it*; Cass., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5759, in *Foro it.*, 1998, 5759; Cass., sez. un., 4 gennaio 2007, n. 18, in *giustamm.it*; Cass., sez. un., 11 aprile 2004, n. 5054, in *Foro amm. - C.d.s.*, 2004, 662; C. Conti, sez. giur., 3 marzo 2010, n. 477, in *corteconti.it*; C. Conti, sez. controllo, 11 novembre 1999, n. 90, in *Giust. civ.*, 2000, 1889; C. Conti, sez. controllo, 13 febbraio 1995, n. 23, in *Riv. Corte conti*, 1995, 11 ss.

Di segno opposto, invece, Cass., sez. lav., 15 dicembre 1999, n. 14129, in *Giust. civ.*, 2000, 1710; Tar Lazio, Roma, 18 gennaio 2005, n. 351, in *giustizia-amministrativa.it*, annotata da M. Calabrò, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2005, 5, 1769 ss., che ritenuta “inattuale” la qualificazione pubblicistica delle libere università esclude che la Libera Università Maria Ss. Assunta possa qualificarsi come organismo di diritto pubblico per l'assenza dell'influenza pubblica dominante richiesta dall'ordinamento comunitario; Tar Lazio, Roma, 15 giugno 2015, n. 8374, 8375 e 8376, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>16</sup> Sulla nozione funzionale di pubblica amministrazione, per tutti: S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 3 ss.; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 171 ss.; Id., *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 2223 ss., 2229-2230; L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 25 ss.

mativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime “amministrativo” previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l’inclusione di quell’ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica».

Con riferimento all’istituto dell’*in house providing*, ricorda il collegio, la Corte di giustizia ha motivato l’incompatibilità di qualsiasi partecipazione persino minoritaria di un’impresa privata al capitale di un soggetto destinatario di un affidamento diretto sul presupposto che «qualsiasi investimento di capitale privato in un’impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli di interesse pubblico» e che «l’attribuzione diretta di un appalto pubblico ad un soggetto partecipato anche in minima parte da privati pregiudicherebbe l’obiettivo di una concorrenza libera nella misura in cui offrirebbe ad un’impresa privata presente nel capitale dell’ente beneficiario dell’affidamento un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti» (*cf.* C. giust., sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*).

In ragione di ciò, deve «ritenersi che la nozione di ente pubblico che viene in rilievo ai fini della verifica del requisito del controllo analogo nell’ambito dell’istituto dell’*in house* sia particolarmente rigorosa e restrittiva, dovendosi escludere la possibilità di equiparare all’ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati. E questo è certamente il caso delle Università private».

Al di là del grado di oggettiva incertezza insita nella nozione funzionale di pubblica amministrazione<sup>17</sup>, un corretto approccio ai termini della questione<sup>18</sup> imporrebbe allora di verificare se l’esercizio di un controllo ana-

<sup>17</sup> Sono state proprio esigenze di certezza ad indurre il Tar Lazio, nelle citate pronunce n. 8374, 8375 e 8376 del 2015, a contestarne l’attendibilità privilegiando una nozione statica di pubblica amministrazione e quindi il dato formalistico, che nel caso di specie deriverebbe dall’art. 33 Cost. e dall’art. 4, l. n. 70/1975 per il quale «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge». Per il Tar, in assenza di un quadro «chiaro ed univoco che parta prima dai dati oggettivi che ne facciano desumere la natura e, solo successivamente, vada ad indagare sulla funzione che la norma da applicare intende perseguire», non si può che optare per una qualificazione delle università non statali come soggetti di diritto privato, escludendo l’applicazione delle norme in materia di trasparenza di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

<sup>18</sup> Come sottolinea G. Napolitano, *Enti pubblici*, cit., «in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali [...], non si

logo da parte degli enti consorziati sia ostacolato dall'esistenza nella compagine consortile di soggetti finanziati (peraltro, solo in parte) con capitali privati, che è cosa diversa da prendere atto dell'esistenza di tali capitali e concludere che ciò (ossia una partecipazione indiretta di capitali privati nelle amministrazioni aggiudicatrici) perturbi a tal punto l'organizzazione consortile da impedire agli enti di configurare correttamente le proprie determinazioni<sup>19</sup>.

Le coordinate del ragionamento sono indicate dalla citata sentenza *Stadt Halle*<sup>20</sup>: il presunto perseguimento da parte dei capitali privati di obiettivi diversi (nel senso di disomogenei) da quelli pubblici e la circostanza che l'affidamento diretto offra al titolare di quei capitali «un vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti».

Se a pregiudicare l'esercizio di un controllo analogo è il perseguimento da parte dei capitali privati di interessi diversi da quelli pubblici, non sembra sia questo il caso, essendo incontestabili le finalità di interesse pubblico perseguite dalle università non statali<sup>21</sup>. Finalità del tutto omogenee a quelle degli altri enti consorziati in linea con la sentenza *Stadt Halle*.

Del resto anche le pronunce che ne escludono la qualificazione pubblicistica in favore di quella privatistica non mettono mai in dubbio il perseguimento di un interesse pubblico, ritenendolo solo non determinante per sussumere le stesse nell'ambito degli enti pubblici e renderle integralmente assoggettate alla disciplina pubblicistica.

Quanto poi al vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti, non si capisce di quale vantaggio possa trattarsi, visto che i *competitor* potenziali sono le università statali e le telematiche, (quasi) tutte consorziate.

Il fatto che la presenza di capitali privati non sia *ex se* sufficiente per concludere che la condizione del controllo analogo dell'autorità pubblica

tratta di scoprire la “vera” natura di tali figure, al fine di individuarne in modo automatico un presunto regime giuridico di fatto inesistente, ma di verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità e degli interessi tutelati» (2230) e quali, di conseguenza, non lo siano.

<sup>19</sup> Come argomentava con riferimento alla partecipazione diretta di capitali privati alla società affidataria diretta del servizio C.E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 327 ss., 348.

<sup>20</sup> Che riguardava, è bene ricordarlo, l'affidamento diretto di un servizio da parte della città di Halle ad una sub controllata, ossia a una società controllata dalla città di Halle al 75,1% (tramite una società c.d. nipote controllata al 100% da una società c.d. figlia a sua volta controllata al 100% dalla città di Halle) e al 24.9% da un'impresa privata scelta senza previo svolgimento di una gara pubblica.

<sup>21</sup> A cui si aggiunge l'assenza di fini di lucro.

non sia soddisfatta la Corte di giustizia l'aveva peraltro già affermato nella sentenza del 17 luglio 2008, C-371/05, *ASI-Comune di Mantova*<sup>22</sup>.

Nel caso di specie, trattandosi di un ricorso per infrazione, la Corte era arrivata a tale conclusione per il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte della Commissione che avrebbe dovuto dimostrare l'assenza in concreto del controllo analogo<sup>23</sup>.

Ciò non toglie che in tale pronuncia, l'unica che a quanto consti abbia scalfito il monolitico orientamento del giudice comunitario in materia<sup>24</sup>, vengano superati i paletti posti nelle pronunce precedenti<sup>25</sup>, ritenendo che l'intenzione di aprire al capitale privato palesata al momento dell'affidamento, e poi realizzata, non infici la legittimità dell'affidamento, salvo che chi ne denunci la legittimità (nel caso la Commissione) non provi l'esistenza di «circostanze particolari» che dovrebbero limitare l'amministrazione nelle proprie scelte<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Commentata da D. Piazzoni, In house providing, *partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, II, 8 ss.; De Falco V., *Affidamenti in house, requisito del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati, ma rischia di destabilizzare il sistema interno*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 4, 2016 ss.

<sup>23</sup> Circostanza che per G. Carullo, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, cit., ridimensionerebbe la portata della sentenza, giustificando altresì la scarsa attenzione della dottrina.

<sup>24</sup> Cfr. C. giust., 21 luglio 2005, C-231/93 (*Coname*); C. giust., 10 novembre 2005, C-29/2004 (*Mödling*); C. giust., 18 gennaio 2007, C-22/2005 (*Aurooux*); C. giust., 6 aprile 2006, C-410/04 (*Anav*); C. giust., 10 settembre 2009, C-573/07 (*Sea*).

<sup>25</sup> Sul presupposto dell'assoluta necessità della partecipazione pubblica totalitaria per l'esercizio del controllo analogo, la Corte, richiamando il principio della certezza del diritto, aveva inizialmente escluso l'esistenza di un controllo analogo per il solo fatto che si fosse verificata un'immediata apertura al capitale privato successivamente all'affidamento (causa *Mödling*), salvo poi escludere la rilevanza della mera intenzione statutaria di aprire al privato nel caso in cui non ci fosse stato un suo effettivo ingresso nel capitale sociale (causa *Anav*).

Nella sentenza *Sea* la Corte, pur ribadendo che la partecipazione del privato va di regola verificata al momento dell'affidamento, fa salva la possibilità che al momento dell'affidamento la legge applicabile preveda l'apertura obbligatoria della società (a breve termine) a capitali privati e che, in via del tutto eccezionale, ricorrano circostanze particolari da indurre a prendere in considerazione eventi successivi all'aggiudicazione (ad es., cessioni di quote a privati dopo l'aggiudicazione). Con una precisazione: nel caso in cui "il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta».

<sup>26</sup> Determinando, come osserva D. Piazzoni, In house providing, *partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, cit., «un diametrale capovolgimento il cui significato va oltre la disciplina processuale: dalla ricerca di un

## **dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca**

Sebbene la Corte non si pronunci sul contenuto di tali circostanze particolari né sulle modalità di ingresso del privato nel capitale sociale non sembra azzardato individuare in tale sentenza le tracce di quella tesi che sarà pienamente accolta nella nuova direttiva appalti, tesi secondo la quale, per l'appunto, la partecipazione di capitali privati alla società *in house* non incide "automaticamente" in termini negativi sulla concorrenza tra operatori economici privati.

Sicuramente non quella "indiretta", almeno a leggere il Considerando 32 della direttiva 2014/24/UE, nella parte cui chiarisce che «l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati»<sup>27</sup>.

Ma nemmeno quella diretta, se non altro non più in termini assoluti.

Certamente, si legge sempre nel Considerando 32, a fronte di «situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata [...] l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata».

equilibrio tra principio di auto-organizzazione della Pubblica amministrazione e necessità di tutela degli operatori presenti nel mercato, tramite l'imposizione di un obbligo di procedere a gara ogniqualvolta che la P.A. non riesca a provare che intende affidare l'esecuzione di una prestazione ad una struttura sostanzialmente interna; verso un sistema in cui l'Amministrazione è in principio libera, e spetterebbe a chi ne contesti le modalità di azione provare l'esistenza di "circostanze particolari" che la limitino» (22-23).

<sup>27</sup> Molto critici nei confronti di questa distinzione S. Foà, D. Greco, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., 11.

Quale è quella delle università non statali aderenti al Cineca, come si avrà modo di rilevare nell'analisi dello statuto consortile.

### 3. I dubbi: il controllo analogo congiunto

L'apertura del Cineca alla partecipazione di «persone giuridiche private che svolgono attività nel settore dell'istruzione, dell'università e della ricerca» rende i termini dell'accertamento del controllo analogo, vero e proprio *punctum dolens* della disciplina dell'*in house providing*, decisivi ai fini della configurazione del modello della delegazione interorganica.

Sul punto il Consiglio di Stato, come già accennato, ha ritenuto che la posizione di supremazia riconosciuta dallo statuto consortile al Miur sia nell'ambito dell'organizzazione che in quello del funzionamento del Cineca impedisca all'Università della Calabria e in generale agli enti consorziati l'esercizio del controllo analogo, anche nelle forme del controllo analogo congiunto elaborato nella giurisprudenza comunitaria a partire dalla sentenza del 13 novembre 2008, in C- 324/07<sup>28</sup> (*Coditel Brabant*).

Sebbene la Corte si fosse già confrontata con il problema del controllo analogo congiunto nella sentenza *Asemfo* del 19 aprile 2007, in C-295/05<sup>29</sup>, è nella sentenza *Coditel Brabant* che i giudici comunitari hanno affermato in termini generali il principio generale secondo cui «nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente», sottolineando l'irrilevanza della procedura utilizzata per adottare la decisione e quindi, eventualmente, il ricorso alla maggioranza<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> In *Urb. app.*, 2009, 3, 285 ss., con nota di F. Leggiadro, *Affidamento in house nella concessione per la gestione di una rete di distribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*.

<sup>29</sup> In *Urb. app.*, 2008, 5, 549 ss., con nota di M. Comba, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*. Il caso era quello di una società spagnola (*Tragsa*) partecipata al 99% dallo Stato spagnolo e per l'1% da quattro comunità autonome, ciascuna con diritto di voto. Nella sentenza i giudici comunitari ritennero sussistente il requisito del controllo analogo per la particolare natura di quella società, titolare di "doveri speciali" e quindi "servente" *ex lege* nei confronti di tutte le amministrazioni pubbliche spagnole in quanto "ente strumentale e di servizio tecnico per le p.a." .

<sup>30</sup> Tra le diverse sentenze che aderiscono alla tesi secondo cui il controllo congiunto può essere esercitato anche con delibere adottate a maggioranza purché sia effettivo, vedasi: Cons. St., V, 9 marzo 2009, n. 1365, in *Foro amm.* – *Cds*, 2009, 3, 730 e Cons. St., V, 8 marzo 2011, n. 1447, in *giustizia-amministrativa.it*. È del tutto evidente che la regola della maggioranza, in presenza di un voto in capo ad ogni ente socio indipendentemente dalla quota so-

## dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca

Come si legge nella motivazione: «la giurisprudenza impone che il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia *analogo* a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, *ma non identico ad esso in ogni elemento*. L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia *effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale*». «D'altro canto», precisa la Corte, «allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale».

Nella sentenza *Econord* del 29 novembre 2012, in C-183/2011, facendo un passo ulteriore nella ricostruzione di tale requisito, la Corte ha precisato che il controllo congiunto può ritenersi soddisfatto quando ciascuna delle autorità «partecipi sia al capitale sociale sia agli organi direttivi» della società *in house*<sup>31</sup>.

Per quanto la sentenza non abbia chiarito se, al netto della partecipazione al capitale sociale degli enti partecipanti<sup>32</sup>, la partecipazione agli or-

cietaria detenuta, impedisce la formazione di maggioranze precostituite che consegnino il controllo societario ai soci titolari della maggioranza del capitale.

<sup>31</sup> Come ben evidenziato da S. Mento, *Il controllo analogo sulle società in house partecipate dagli enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 5, 495 ss., la sentenza *Econord* rappresenta il punto più avanzato della giurisprudenza comunitaria sull'*in house providing* pluripartecipato che partita dall'analisi degli «effetti della partecipazione del privato ad un organismo pluri-soggettivo», ha poi riguardato «il rapporto tra controllo analogo e “peso” delle quote (o azioni) in titolarità dei singoli enti», spostandosi infine sulla «dinamica dei rapporti tra partecipanti agli organismi *in house*».

<sup>32</sup> Anche questo requisito sembrerebbe però non più ineludibile. Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 5080 del 14 ottobre 2014, in *giustizia-amministrativa.it* (con nota di F. Mangano, *In house e sistema idrico integrato – Un caso di controllo analogo anche senza maggioranza azionaria pubblica*, in *Giur. it.*, 2015, 1, 187 ss.) ha infatti ritenuto che per quanto non tutte le amministrazioni comunali ricomprese nell'ambito ottimale del servizio idrico integrato partecipassero al capitale della società affidataria diretta del servizio, il controllo analogo congiunto fosse in tal caso «assicurato dall'esterno della società, attraverso la conferenza dei sindaci e del presidente della Provincia prevista dalla convenzione, alla quale tutti gli enti pubblici sono ammessi ad aderire». Tale convenzione, in altri termini, consentirebbe agli enti territoriali di avere un controllo «strategico e sui singoli atti di gestione societaria».

gani direttivi debba comportare la presenza di un rappresentante di ciascun ente negli organi direttivi (secondo il criterio c.d. atomistico) oppure se sia sufficiente che ai soci di minoranza siano riservati dei seggi negli organi direttivi (secondo il criterio c.d. sintetico)<sup>33</sup>, la giurisprudenza amministrativa ha aderito ad una concezione “funzionale” e “non dominicale” del controllo analogo<sup>34</sup>, richiedendo che la verifica di effettività del controllo analogo congiunto tenga conto della tipologia e degli effetti dei poteri<sup>35</sup> riconosciuti agli enti soci dallo statuto o attraverso strumenti di carattere parasociale e sociale<sup>36</sup>.

In tale prospettiva, ad esempio, il Tar Lombardia ha di recente riconosciuto il requisito del controllo analogo anche nel caso di un socio pubblico minoritario privo di una formale rappresentanza in seno al consiglio di amministrazione e agli organi apicali della società affidataria *in house* di un servizio, ritenendo che fosse comunque in possesso «di poteri di indirizzo e coordinamento idonei ad influire sulla *governance* societaria» e capace di esercitare un «pieno controllo delle attività svolte nell’ambito del contratto di servizio»<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema si rinvia a V. Donativi, I “*confini*” (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di *in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014, 5, 765 ss. e, in particolare, 779-781.

<sup>34</sup> Come si legge in Cons. St., sez.V, 29 dicembre 2009, n. 8970, in *giustizia-amministrativa.it*: «Affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un “controllo” della *governance* societaria. In definitiva, il requisito del “controllo analogo” postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l’ente pubblico affidante, in modo che quest’ultimo sia in grado, con strumenti pubblicitici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare “tutta” l’attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall’ordinamento; risulta quindi indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, della totalità degli enti pubblici soci».

<sup>35</sup> Poteri di controllo sul bilancio della società e sugli atti strategico-aziendali, poteri di proposta, ispettivi e di verifica, potere di revoca degli amministratori, diritto di accesso agli atti societari ecc. Nella citata sentenza *ASI-Comune di Mantova*, ad esempio, i giudici comunitari hanno ritenuto che i poteri dell’ente locale di designare gli organi direttivi della società, di stabilirne con delibera consiliare le spese di funzionamento, di compiere una serie di verifiche puntuali (anche attraverso la nomina *ad hoc* di un funzionario incaricato di relazionarsi con la società per stimolarne e controllarne l’operato) come il potere di controllarne direttamente la contabilità, fossero indicativi dell’esercizio da parte del comune di Mantova di un controllo analogo “strutturale e funzionale” sulla partecipata ASI.

<sup>36</sup> Il controllo analogo è spesso esercitato attraverso organi societari di varia denominazione (assemblee di coordinamento, comitati di controllo, consigli di partecipazione, ecc.).

<sup>37</sup> Così Tar Lombardia, Milano, 21 novembre 2013, n. 2588, in *Giur. it.*, 2014, 7, 1708 ss., con nota di A. Cassatella, *Partecipazione “simbolica” alle società in house e requisito del con-*

## dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca

In questo filone si inserisce certamente la sentenza in commento, nella parte in cui rileva l'ampiezza delle prerogative riconosciute dallo statuto del Cineca al Miur rispetto a quelle spettanti agli altri enti consorziati, ossia: la presenza di un rappresentante del Miur in tutti gli organi direttivi del Cineca (il consiglio consortile *ex art. 7, c. 1, lett. b*); il consiglio di amministrazione *ex art. 11, c. 1, lett. d*), ed il collegio dei revisori dei conti *ex art. 13, c. 1*); la possibilità di assumere le più importanti deliberazioni del consiglio consortile solo con il voto favorevole del rappresentante del Miur, che, pertanto, dispone di una sorta di diritto di veto (art. 7, c. 5; art. 8, c. 1, lett. *l*); art. 18); il potere attribuito al Miur di disporre lo scioglimento degli organi consortili per gravi inadempienze o perdite (art. 20); cui va aggiunto il potere riservato al Miur dall'art. 61, r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, di approvare lo statuto del Cineca o sue modifiche.

Tale "posizione di primazia", si precisa nel proseguo, «porta ad escludere che la partecipazione paritaria, ancorché con diritto di voto, da parte delle Università consorziate al Consiglio consortile del Cineca sia sufficiente ad assicurare il controllo analogo in forma congiunta. Ciò anche in considerazione del fatto che, per un verso, partecipando in posizione paritaria, ciascuna università conta per una quota pari a circa 1/72 (e dunque per poco più dell'1%) e che, comunque, le delibere di maggiore importanza, non possono essere assunte, nell'ambito dello stesso Consiglio consortile, senza il consenso del Miur».

I rilievi del Consiglio di Stato sul diritto di veto riconosciuto al Miur con riferimento ad alcune delle deliberazioni del consiglio consortile che «esercita le funzioni di indirizzo strategico e di controllo nei confronti degli organi consortili, anche ai fini del controllo analogo congiunto» (art. 7, c. 1) sembrano difficilmente confutabili.

Il c. 5 dell'art. 7 dello Statuto prevede infatti che le deliberazioni del consiglio consortile relative all'elezione del presidente e del vicepresidente (art. 8, c. 1, lett. *a*); alla nomina del direttore del consorzio (art. 8, c. 1, lett. *d*); all'approvazione del bilancio (art. 8, c. 1, lett. *e*); alla definizione, valutazione e approvazione annuale della programmazione delle attività richieste al consorzio dagli enti consorziati e degli altri incarichi demandati al consorzio (art. 8, c. 1, lett. *f*); all'approvazione dei regolamenti di attuazione dello statuto e di funzionamento degli organi e dei servizi (art. 8, c. 1, lett. *h*); alle richieste di adesione al consorzio (art. 8, c. 1, lett. *l*), debbano essere appro-

*trollo analogo*, che parla a proposito di un controllo «solo parzialmente congiunto, in cui è necessario considerare sia i poteri congiunti dell'azionista in rapporto a tutte le attività di impresa sia gli specifici poteri conferiti disgiuntamente a singoli segmenti di attività».

vate dalla maggioranza dei consorziati<sup>38</sup>, «ivi compreso il rappresentante del Miur».

Il diritto di veto riconosciuto al Ministero, soprattutto nell'adozione delle delibere di cui all'art. 8, c. 1, lett. *e*), *f*), *h*), sembrerebbe impedire agli altri enti consorziati l'esercizio di quel potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività societaria con riferimento a tutti gli atti di gestione ordinaria e straordinaria dell'ente che la giurisprudenza comunitaria e nazionale<sup>39</sup> richiedono per la configurazione di un controllo analogo, anche esercitato in forma congiunta.

Come precisato a tal proposito dalla sentenza *Econord* se è vero che «nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse» occorre ricordare che «il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto» (punti 28 e 30).

In realtà, uno spazio che consenta alle università e agli enti di ricerca consorziati<sup>40</sup> di “influenzare” gli obiettivi strategici e le decisioni importanti del consorzio non è del tutto assente nello statuto del Cineca.

Il riferimento è alla consulta del consiglio consortile cui compete la cura dell'«istruttoria degli atti e delle delibere del consiglio consortile, con particolare riferimento ai servizi oggetto di affidamento diretto da parte degli enti consorziati, ai bilanci e alla programmazione triennale» (art. 9, c. 1)<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Per approvare la richiesta di nuove adesioni è richiesta invece la maggioranza qualificata dei due terzi dei membri del collegio consortile.

<sup>39</sup> Tale da creare una «dipendenza strutturale e funzionale» tra controllante e controllato, sul punto *ex multis*: Tar Lazio, Roma, 13 giugno 2007, n. 5408; Cons. giust. amm. sic., 4 settembre 2007, n. 719; Cons. St., ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1; Tar Lombardia, Milano, 22 marzo 2012, n. 892, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>40</sup> Di qui, tornando a quando accennato alla fine del precedente paragrafo, è possibile fugare ogni dubbio in ordine al rispetto dei limiti indicati nell'art. 12, par. 1, lett. *c*), della direttiva appalti e recepiti dall'art. 9, c. 11-*quater*, lett. *b*), d.l. Enti Locali per la partecipazione di soggetti privati al soggetto *in house*. È evidente che le libere università non esercitano alcun «controllo o potere di veto» né «un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

<sup>41</sup> Del tutto trascurabile è invece il ruolo del c.d.a. del consorzio cui spettano i compiti di ordinaria amministrazione per la realizzazione degli obiettivi fissati in sede di pro-

## dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca

La posizione paritaria degli enti consorziati all'interno della Consulta<sup>42</sup> e le attribuzioni ad essa riconosciute nell'istruttoria delle delibere consiliari, «con particolare attenzione a quanto necessario per il controllo analogo», come si legge nell'art. 8, c. 3, lett. c), dello Statuto, inducono a ritenere che sia proprio questa la sede nella quale gli enti consorziati potrebbero esercitare quell'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti richiesta dalla giurisprudenza comunitaria ai fini del controllo analogo (v. sentenza *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, C-458/03).

Il condizionale è tuttavia d'obbligo, perché il diritto di veto riconosciuto al Ministero nell'adozione delle delibere consiliari “spoglia” il potere di influenza esercitato in seno alla Consulta di quella “determinatezza” richiesta dalla giurisprudenza sull'*in house*.

Ne risultano così depotenziati, nella ricostruzione del controllo analogo congiunto, anche i poteri di verifica dello stato di attuazione degli obiettivi consortili e dei servizi affidati al consorzio dagli enti consorziati come i connessi poteri di controllo, di ispezione e di accesso agli atti e alle informazioni attribuiti al consiglio consortile dall'art. 8, c. 1, lett. k), che sul punto delibera a maggioranza senza il necessario consenso del Miur.

Quanto al potere di controllo che ogni singolo ente esercita sul servizio che direttamente lo riguarda, è necessario ricordare che il controllo analogo implica un controllo sulla *governance* e sull'attività complessiva del soggetto *in house*.

Ne consegue che il controllo dell'ente non può limitarsi alla gestione del servizio affidato<sup>43</sup> ma dovrà quantomeno estendersi al segmento dell'attività societaria relativa a quel servizio. In altri termini al potere di controllo e verifica operativa sulle attività demandate al soggetto *in house*, che può tradursi nel potere di emettere veri e propri ordini sulle modalità concrete di

grammazione dal consiglio consortile. Il c.d.a., peraltro, è composto da 5 membri di cui uno è il rappresentante del Miur in seno al consiglio consortile e due (il presidente ed il vice presidente del consorzio) sono eletti dal consiglio con voto favorevole del Ministero; gli altri membri sono componenti del consiglio eletti dallo stesso a maggioranza senza alcun veto ministeriale.

<sup>42</sup> La consulta è composta da sette membri eletti dal consiglio consortile tra i suoi componenti «garantendo adeguata rappresentatività»; dal presidente del consorzio, dal vice presidente, dal rappresentante del Miur e dal direttore del consorzio (art. 9, c. 2). Mentre il presidente, il suo vice ed il direttore sono eletti dal consiglio consortile con voto favorevole del rappresentante del Miur, gli altri sette membri sono eletti dal consiglio consortile a maggioranza senza alcun diritto di veto del Miur.

<sup>43</sup> Sull'insufficienza del contratto di servizio a consentire l'esercizio del controllo analogo in assenza di ulteriori prerogative vedasi: Tar Lazio, 16 ottobre 2007, n. 9988; Tar Puglia, Bari, 8 febbraio 2007, n. 362, in *giustizia-amministrativa.it*.

svolgimento, deve però aggiungersi il potere di determinare, congiuntamente agli altri enti soci, gli indirizzi strategici della società.

Che nel caso di specie, non sembra esserci.

Non a caso il d.l. Enti locali rimette al Cineca (o meglio, al Miur<sup>44</sup>) ogni valutazione in ordine al «necessario adeguamento» dello statuto. In tale occasione il legislatore non ha fatto alcun cenno alle condizioni del controllo analogo congiunto richieste dall'art. 12 della Direttiva appalti, ossia (a) la partecipazione agli organi decisionali della persona giuridica controllata di rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, ciascuno dei quali può rappresentare «varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti»<sup>45</sup>, (b) l'esercizio congiunto da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica ed (c) il mancato perseguimento da parte della persona giuridica controllata di interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti (art. 12, par. 3, 2° cpv.)<sup>46</sup>.

A prescindere dal recepimento completo della disciplina, che relativamente al controllo analogo congiunto si pone in linea di sostanziale continuità con la precedente giurisprudenza comunitaria<sup>47</sup>, appare comunque indispensabile una riforma dello statuto consortile che doti gli enti consorziati di poteri non solo “idonei”, ma altresì “proporzionati” all'esercizio di un controllo analogo.

<sup>44</sup> In ragione delle prerogative assegnategli dall'art. 61, c. 3, R.d. n. 1592/1933 e ribadite dall'art. 18 dello statuto del Cineca.

<sup>45</sup> Secondo un criterio sintetico o funzionale della rappresentanza già accolto dalla giurisprudenza nazionale.

<sup>46</sup> In realtà, come sottolinea C. Contessa, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in *giustizia-amministrativa.it*, 17 ss., l'art. 12 della direttiva appalti non configura il controllo analogo congiunto come «una forma di *in house* in senso proprio» ma come «un'ipotesi di *cooperazione verticale* fra amministrazioni aggiudicatrici, realizzata attraverso la costituzione di un organismo *ad hoc*... con conseguente *possibilità* di non applicare la normativa comune in tema di obbligo di messa a gara (non a caso, la direttiva prevede che le disposizioni in tema di controllo analogo congiunto trovino applicazione solo laddove l'amministrazione conferente “non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o di diritto pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1” [ossia il controllo analogo in senso proprio])».

<sup>47</sup> Salvo quanto detto alla nota precedente, l'omogeneità tra interessi evocata dal requisito della lett. c) è *in nuce* nella sentenza *Stadt Halle* mentre il requisito indicato nella lett. a), in parte anticipato nella causa *Coditel Brabant*, è del tutto coerente con la successiva giurisprudenza della Corte sul controllo analogo (in questi termini V. Donativi, *I “confini” (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, cit., 780-781).

#### 4. (segue) Il requisito dell'attività prevalente

Passando infine al requisito dell'attività prevalente, il Consiglio di Stato rileva come il Cineca svolga «direttamente, o tramite società controllate, una parte rilevante della propria attività a favore di soggetti non consorziati, pubblici e privati, sia in Italia che all'estero», assumendo così «una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto *in house*, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate».

Come noto nell'accertamento di tale requisito non ci si può limitare ad un'analisi del dato meramente "quantitativo" (ossia l'entità del fatturato realizzato con l'ente locale controllante o realizzato nel territorio di detto ente) ma occorre compiere una valutazione in termini "qualitativi" della natura dei servizi resi all'esterno onde verificare che abbiano natura marginale e strumentale rispetto alle prestazioni svolte in via principale dalla società (cfr. sentenza *Carbotermo* del 11 maggio 2006, in C-340/04).

Di qui la necessaria attenzione per quelle previsioni statutarie<sup>48</sup> che sembrano suggerire una vocazione commerciale del Cineca, incompatibile con la sua natura di *longa manus* dell'amministrazione.

Il riferimento è anzitutto all'art. 3 dello statuto nella parte in cui stabilisce che «per conseguire i propri fini istituzionali il consorzio, nei limiti consentiti dall'ordinamento, può acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi» (c. 3)<sup>49</sup> ed in cui ammette lo svolgimento delle prestazioni consortili «nei confronti di soggetti diversi dagli Enti consorziati» (c. 4, 1° cpv.) consentendo lo svolgimento di «attività ulteriori [...] purché con carattere di marginalità, qualora funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili» (c. 4, 2° cpv.).

Partendo dall'analisi del comma 4 dell'art. 3 dello statuto ed in particolare dalla possibilità che le prestazioni consortili siano rese nei confronti di soggetti diversi dagli enti consorziati occorre intenderci sulla natura di questi soggetti terzi.

Se, come sembra emergere dalla lettura complessiva della norma, per

<sup>48</sup> Nella sentenza commentata manca in realtà un'analisi dettagliata delle disposizioni statutarie che suggerirebbero la natura commerciale del Cineca, analisi che troviamo invece nel parere n. 298/2015.

<sup>49</sup> La connessa previsione secondo cui «per perseguire i propri fini istituzionali, il Consorzio (...) può (...) demandare a soggetti terzi l'esercizio di parte delle attività affidategli pur mantenendone la titolarità nei confronti dei committenti» non sembra rilevare ai fini dell'accertamento del requisito dell'attività prevalente in quanto rinvia all'ipotesi in cui il consorzio "appalti" a terzi lo svolgimento anche parziale di quei servizi che saranno poi resi agli enti consorziati e di cui rimane l'unico titolare.

soggetti terzi si intendono gli utenti delle amministrazioni controllanti *nulla quaestio*, dato che l'«attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione [ai fini della verifica della prevalenza] sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che *il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni* risultando parimenti *ininfluente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni* [corsi aggiunti]» (cfr. *Carbotermo*)<sup>50</sup>.

Come precisato nello stesso art. 3 dello statuto, si tratta infatti di prestazioni rese «nell'interesse degli enti consorziati» (c. 1), dando «esecuzione alle decisioni di affidamento o di incarico proveniente dagli Enti consorziati» (c. 2): detto altrimenti, il Cineca opera in tal caso in nome e per conto degli enti consorziati per soddisfare i relativi fini istituzionali<sup>51</sup>.

Il secondo capoverso del c. 4, facendo cenno alla possibilità per il consorzio di svolgere «attività ulteriori» (ascrivibili comunque all'ambito materiale dell'*ICT*), rinvia viceversa allo svolgimento di un'attività accessoria (a quella statutaria), libera e rivolta al mercato<sup>52</sup>.

Attività, è bene ricordarlo, consentita dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. *Carbotermo*) solo se «marginale». Non a caso il carattere della marginalità è espressamente indicato dallo statuto, accanto alla precisazione (superflua nell'ottica comunitaria) che trattasi di attività «funzionale al miglior perseguimento dello scopo consortile».

Il rispetto del requisito dell'attività prevalente sembra quindi ruotare attorno alla verifica di tale marginalità, la quale non potrà che essere valutata alla luce della partecipazione del Cineca «a società di capitali o altri consorzi»<sup>53</sup> che operino nel mercato alla stregua di un qualsiasi operatore

<sup>50</sup> Certamente nel caso del Cineca ci sarebbe l'ulteriore complicazione che tra gli enti controllanti ce n'è uno di dimensione nazionale (il Miur), ma fino ad un certo punto perché in questo caso varrà sempre e comunque il limite della competenza materiale dell'ente. Di questo avviso anche G. Carullo, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al Cineca*, cit.

<sup>51</sup> In questi termini si era espressa la seconda sezione del Consiglio di Stato nel parere n. 298/2015, riconoscendo la sussistenza del requisito dell'attività prevalente.

<sup>52</sup> Che alcune delle attività eseguite dal Cineca abbiano «carattere di impresa» lo riconosce lo stesso statuto (art. 1, c. 2), pur precisando che il consorzio non ha scopo di lucro (art. 1, c. 3).

<sup>53</sup> Per Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *iservizipubblici.it*, la vocazione commerciale del soggetto *in house* potrebbe desumersi proprio «dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali o dall'espansione territoriale dell'attività della società: l'affermarsi di una vocazione strategica basata sul rischio di impresa finisce infatti per condizionare le scelte strategiche dell'ente asseritamene in house, distogliendolo dalla cura primaria dell'interesse

## dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca

economico. Ragione per cui mentre non appare problematica la partecipazione del Cineca a Kion s.r.l.<sup>54</sup>, non altrettanto può dirsi per la partecipazione del consorzio alle società miste *mEDRA* s.r.l. e *SCS-SuperComputing-Solutions* s.r.l.

Sebbene tale partecipazione sia subordinata al conseguimento dei fini istituzionali indicati nell'art. 3, c. 1, dello statuto e all'esclusivo perseguimento dell'interesse proprio degli enti consorziati<sup>55</sup>, è solo da un'attenta analisi concreta di tutte le «circostanze del caso di specie» sia «quantitative che qualitative» che può escludersi una propensione del consorzio ad effettuare «investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente»<sup>56</sup>.

Con tutta evidenza molte delle difficoltà insite nell'accertamento del requisito in esame saranno superate per effetto del recepimento dell'art. 12 della Direttiva appalti che, facendo seguito alle pressanti richieste degli Stati membri, ha optato per una quantificazione della soglia dell'attività prevalente<sup>57</sup> indicando quali parametri debbano essere presi in considerazione per il calcolo<sup>58</sup>.

Per effetto del recepimento operato dal d.l. Enti Locali, l'ente costituito per lo svolgimento di servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca (leggasi Cineca) dovrà effettuare «oltre l'80% delle [proprie] attività [...] nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione

pubblico di riferimento e, quindi, facendo impallidire la natura di costola organica, pur se entificata, dell'ente o degli enti istituenti».

<sup>54</sup> In quanto società *in house* del consorzio Cineca (cfr. par. 1).

<sup>55</sup> Per usare le parole della seconda sezione del Consiglio di Stato nel parere n. 298/2015 che diversamente da quanto si sostiene nel testo ritiene questo dato testuale sufficiente per integrare il requisito dell'attività prevalente.

<sup>56</sup> In questi termini Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in *cortecostituzionale.it*, con nota di G. Piperata, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, in *Reg.*, 2009, 3-4, 651 ss.

<sup>57</sup> Ai sensi dell'art. 12, par. 1, lett. b). «Oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata [devono essere] effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi».

<sup>58</sup> Ai sensi dell'art. 12, par. 5. «Per determinare la percentuale delle attività [prevalentemente svolta in favore dell'ente o degli enti controllanti] [...] si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto».

controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa» (art. 9, c. 11-*quater*, lett. a), dove per «compiti [...] affidati dall'amministrazione» si intendono i «compiti istituzionali dei soggetti affidanti»<sup>59</sup>, «nei confronti» o «per conto» dei quali opera l'ente controllato<sup>60</sup>.

Il che ci riporta a quanto osservato in ordine alla tipologia di “terzi” con i quali il soggetto *in house* può operare e alle condizioni cui soggiace l'attività *extra moenia*, valutazione a cui il Cineca non potrà comunque sfuggire.

## 5. E le possibili conseguenze

I molti dubbi che ancora permangono sulla natura *in house providing* del Cineca in ordine all'esercizio congiunto del controllo analogo e al requisito dell'attività prevalente, preoccupano non poco in ragione del ruolo svolto dal consorzio nella produzione di servizi informatici e tecnologici per il sistema nazionale dell'istruzione superiore e della ricerca.

Sebbene il d.l. Enti Locali abbia neutralizzato gli effetti della sentenza n. 2660/2015 del Consiglio di Stato con riferimento al primo dei tre requisiti dell'*in house providing*, l'intervento legislativo non può affatto assicurare il rispetto del requisito del controllo analogo dal parte del consorzio che ben difficilmente, in assenza di un'attenta riforma della *governance*, uscirebbe indenne da una verifica di legittimità del secondo e del terzo requisito *Teckal*.

Con esiti invero non del tutto prevedibili dato che la conseguente apertura al mercato dell'*e-business* al servizio dell'amministrazione dovrebbe fare i conti con un sistema universitario completamente integrato al modello U-Gov e con l'utilizzo da parte del Ministero, delle Università e degli enti di ricerca consorziati di *software* di proprietà esclusiva del consorzio.

Sul punto è appena sufficiente ricordare come il Cineca oltre a gestire il sistema informativo integrato per la *governance* degli Atenei e degli enti di ricerca (c.d. U-GOV), fornisca all'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca vigilata dal Miur<sup>61</sup> il supporto tecnico-

<sup>59</sup> Così G. Carullo, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al Cineca*, cit.

<sup>60</sup> Per C. Contessa, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., la nuova formulazione del requisito dell'attività prevalente è di ampiezza tale da ricomprendere entrambi i profili, in linea peraltro con quanto già affermato dalla sentenza *Carbotermo*.

<sup>61</sup> L'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (Anvur) è stata istituita dall'art. 2, l. 24 novembre 2006, n. 286 «al fine di razionalizzare il sistema di valutazione della qualità delle attività delle università e degli enti di ricerca pubblici e privati

## **dubbi e certezze sulla natura *in house providing* del cineca**

operativo per le procedure di abilitazione nazionale (ASN)<sup>62</sup>, per la valutazione della qualità della ricerca (VQR) e per le procedure di autovalutazione, valutazione periodica e accreditamento delle sedi universitarie e dei corsi di studio (AVA)<sup>63</sup> e all'Istituto Invalsi<sup>64</sup> analogo supporto per le verifiche periodiche sulle conoscenze e abilità degli studenti e sulla qualità complessiva dell'offerta formativa delle istituzioni di istruzione e di istruzione e formazione professionale.

Tale situazione, che nell'immediato potrebbe giustificare la proroga degli affidamenti diretti al Cineca, in seconda battuta potrebbe portare all'indizione di procedure negoziate senza pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 57, c. 2, lett. *b*), del codice degli appalti, con buona pace dell'auspicata apertura al mercato.

A ben vedere quella del Cineca sembra proprio una storia ancora tutta da scrivere.

### *Abstract*

*The decision of the Italian Council of State, no. 2660/2015, about the legal nature of the consortium Cineca, offers the opportunity to analyze the most recent developments of national and European law on the structural requirements of "in house providing", pending the implementation of Directive 2014/24/EU that, under specific conditions, opens the company's capital in house providing to private.*

destinatari di finanziamenti pubblici, nonché dell'efficienza ed efficacia dei programmi statali di finanziamento e di incentivazione delle attività di ricerca e di innovazione». Sulla natura e le funzioni dell'agenzia si rinvia a A. Mari, *L'agenzia nazionale di valutazione del sistema dell'Università e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 4, 384 ss.; G. Vesperini, *La miniriforma dell'Anvur* (art. 22 d.l. n. 104/2013), *ibidem*, 2014, 3, 244 ss.

<sup>62</sup> Il Cineca «raccolge per conto del Miur le informazioni sulle attività di ricerca e le pubblicazioni dei docenti e ricercatori delle università italiane» (v. delibera Anvur n. 50 del 21 giugno 2012). Tale archivio (c.d. sito docente), gestito dal Cineca, è utilizzato dall'Anvur per il calcolo delle mediane sulle quali si basa l'attuale procedura di abilitazione scientifica nazionale.

<sup>63</sup> I dati necessari alla compilazione delle Schede Uniche Annuali della Ricerca dei Dipartimenti (SUA-RD) e delle Schede Uniche Annuali relative ai Corsi di Studio (SUA-CDS), come quelli per la VQR sono acquisiti tramite il sito docente gestito dal Cineca che gestisce anche le relative piattaforme digitali. Sul tema si rinvia a C. Barbati, *L'assicurazione della qualità" nel sistema universitario, al tempo di ANVUR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, 701 ss.

<sup>64</sup> L'istituto nazionale per la valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione istituito con d.lgs. 19 novembre 2004, n. 286, è un ente di diritto pubblico vigilato dal Miur.

*The Italian legislator has anticipated the implementation of Directive 2014/24/EU by allowing the participation of private capitals in companies that manage IT services for universities and other educational and research centers.*

*This intervention, bypassing the effects of the decision analyzed in this article, confirms the importance of Cineca in the provision and management of information technology services for the Ministry of Education.*

*Without considering the above mentioned legislative measure, many doubts remain on the nature of Cineca for what concerns the fulfillment of the requirements of “in house providing”: “similar control” and “activity prevalent”.*

GIANLUCA ZARRO

## IL CONSIGLIO DI STATO E LE “MOBILI FRONTIERE” DELL’ENTE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 maggio 2015, n. 2660. – 2. La giurisprudenza di riferimento. – 3. L’art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, l’art. 28 della direttiva 2014/25/UE (settori speciali) e l’art. 17 della direttiva 2014/23/UE (concessioni). – 4. Le società strumentali *in house*: alcune considerazioni. – 5. Il Consiglio di Stato tra *misunderstanding* e *overruling*.

### **1. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 maggio 2015, n. 2660**

La sentenza in commento si segnala all’attenzione degli interpreti, innanzitutto, per la recezione di una rinnovata nozione di ente pubblico, che nell’attuale assetto ordinamentale non può più considerarsi fissa ed immutabile.

Non può ritenersi, scrive il Consiglio di Stato, che il riconoscimento, ad un determinato soggetto, della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente ed in maniera, per così dire, statica l’integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Si è evidenziato che la nozione di pubblica amministrazione ha in definitiva abbandonato il paradigma rappresentato dalla forma ministeriale cavourriana, per abbracciare non solo autonome forme pubblicistiche, ma anche forme privatistiche.

Forma pubblicistica ha tradizionalmente l’organizzazione pubblica, termine con il quale viene individuato l’insieme delle strutture predisposte per la realizzazione di fini pubblici, cioè gli apparati pubblici.

Tali organizzazioni pubbliche possono definirsi in primo luogo come organizzazioni necessarie, considerato che esse devono esistere e funzionare per la cura di interessi generali della collettività. Ciò spiega l’indisponibilità delle organizzazioni, se non per legge (art. 97 Cost.), atteso che, a differenza delle organizzazioni private, esse sono costituite dalla legge per il perseguimento di interessi e fini collettivi.

In ragione di quanto affermato nella sentenza 26 maggio 2015, n. 2660, deve ritenersi che il Consiglio di Stato, ha definitivamente superato l’impostazione cd. classica, di marca ca-

Al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico, per cui si ammette, che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e, quindi, rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, richiedendo, rispetto ad altre fattispecie, regimi normativi di natura privatistica.

Si è parlato, in proposito, di una sorta di «logica delle geometrie variabili<sup>2</sup>» di matrice comunitaria<sup>3</sup>, in base alla quale un ente può considerarsi pubblico solo settorialmente, in relazione a determinati ambiti disciplinatori, mentre nella generalità della sua azione deve considerarsi come un soggetto meramente privatistico.

Questa nozione “funzionale” di ente pubblico, che ormai predomina nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ci significa, infatti, che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non

vourriana, secondo la quale la condizione di ente pubblico costituiva uno *status* permanente, in grado di affasciare il campo generale delle sue azioni e dei suoi comportamenti.

A fini di completezza precisiamo che soggetti di diritto sono non soltanto le persone giuridiche, ma anche le organizzazioni che pure l'ordinamento considera centri autonomi di imputazione giuridica, nonché tutti i soggetti che compongono l'apparato organizzativo della p.a. In questo senso, si potrebbe dire che, per autoipoesi, si genera la nozione di “figura soggettiva pubblica”.

Nel diritto romano una forma di persona giuridica pubblica sembra individuabile nei *municipia* e nelle *coloniae*, quali comunità cittadine in posizione di subordinazione alla Repubblica, ma connotate da autonomia interna. In proposito, il Guarino, nel suo classico Manuale, parla di enti parastatali, che in tema di capacità giuridica e di agire, erano equiparati ai soggetti giuridici privati ed a cui era concesso di compiere ogni attività, anche processuale, limitatamente alle relazioni giuridiche di carattere economico.

Più recentemente, F d'Ippolito e F Lucrezi, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane 2012, 77, 225, cui *adde*, per nozioni e bibliografia aggiuntiva, V. Giuffrè, *Il diritto tra mondo globalizzato e realtà locali. L'esperienza del principato adrianeo*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo* 1, a cura di A. Palma, Napoli, Satura, 2009, 471 ss., ora anche in V. Giuffrè, *Divagazioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 2014, 321.

<sup>2</sup> Secondo la fortunata espressione di S. Cassese, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano 1997,9.

In senso contrastivo: F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39; Id., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447; Id., *L'integrazione fra la legalità comunitaria della legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43; e più recentemente: Id., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 52.

<sup>3</sup> Il diritto comunitario, infatti, accoglie una nozione flessibile di ente pubblico, in conformità al cd. effetto utile, previsto all'art. 4, § 3, TFUE, a tenore del quale la migliore soluzione del caso concreto deve essere quella più corrispondente al fine che la norma comunitaria vuole perseguire.

## il consiglio di stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico

è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell’istituto o del regime normativo che deve essere applicato, nonché della *ratio* ad esso sottesa<sup>4</sup>.

Tale apporto giurisprudenziale consegue ad una diversa prospettiva recepita già a livello normativo, per cui la nostra legislazione nazionale, in ossequio al diritto comunitario, si sta aprendo ad una nozione di ente pubblico non più costante, ma, come detto, cangiante, in relazione agli scopi peculiari. In questa visuale: «le norme non sono più strutturate in forma gerarchica, ma eterarchica, e quindi bisogna individuare di volta in volta la disciplina applicabile ai singoli casi, mediante ricostruzioni di competenza su base policentrica (il cd. diritto frammentato)<sup>5</sup>».

Il codice dei contratti pubblici, per esemplificare, sottopone alle regole di evidenza pubblica una serie di soggetti (organismi di diritto pubblico, società per azioni miste, soggetti totalmente privati, ma sovvenzionati da enti pubblici) ai soli fini dell’assoggettabilità alla disciplina degli appalti dettata dallo stesso codice. Alla stessa maniera, l’art. 22, l. n. 241/1990, in combinato disposto con il successivo art. 23, assoggetta alla disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi non solo i soggetti pubblici, ma anche i soggetti privati, gestori di pubblici servizi. In questo stesso senso, anche in sede proces-

<sup>4</sup> Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime “amministrativo” previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l’inclusione di quell’ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica.

La conseguenza che ne deriva è che è del tutto normale, per così dire “fisiologica”, che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all’applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali.

<sup>5</sup> G.P. Cirillo, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it). Questo autore, prendendo a prestito le parole del Rescigno scrive: «[...] già da tempo la dottrina civilistica, nonostante le norme del codice in materia di società impongono ai privati l’adozione di uno dei tipi ivi disciplinati, ha dovuto riconoscere che “la materia è sempre più largamente dominata dal divario tra le forme giuridiche ed i contenuti economici, sino al punto che il sistema ne risulta radicalmente alterato. La facilità con cui gli operatori economici possono passare da un tipo all’altro, con la sola preclusione posta per l’uso della società semplice, che non può servire all’esercizio di attività commerciali, ha fatto sì che oggi essa superi persino i confini della generale categoria delle società. Così che accade di vedere costituite in forma di società organizzazioni che non hanno scopo di profitto e viceversa associazioni, nel senso stretto del termine, impegnate nello svolgimento di attività economiche a scopo di lucro. Lo sviluppo stesso degli istituti e l’impostazione stessa del regime legale delle società hanno portato ad una libertà sconfinata ed insindacabile dei privati nella scelta e, quindi, in definitiva alla “neutralità delle forme”, e quel che è peggio sembra che il sistema normativo abbia preso atto del fenomeno e ne riconosca indirettamente la piena legittimità”».

suale, l'art. 7, c. 2, c.p.a., espressamente prevede, ai fini del riparto della giurisdizione, che «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

Più nel dettaglio, il codice dei contratti pubblici, definisce l'organismo di diritto pubblico all'art. 3, c. 26, e tale definizione risulta essere influenzata dalle direttive comunitarie nn. 17 e 18/2004; pertanto, ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, cd. codice dei contratti pubblici, è organismo di diritto pubblico «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

È bene anche precisare che le strutture pubbliche locali sfuggono sia alla categoria delle società commerciali di diritto privato, sia a quella degli enti pubblici e le formule proposte, come quella di “semi-amministrazione” o di “enti pubblici in forma di società”, rimangono meramente descrittive, fino a che non si individui il contenuto e la funzione unitaria dello strumento, contrattuale e provvedimentale, con il quale si crea la struttura medesima<sup>6</sup>.

La sentenza 26 maggio 2015, n. 2660, in commento, è indotta a misurarsi anche con i confini dell'istituto dell'*in house providing*, che nel *genus* dell'organismo di diritto pubblico, quale disciplinato nel codice dei contratti pubblici, rinviene la sua matrice.

La nozione di ente pubblico che la Corte sembra accogliere, ai fini della verifica del requisito del controllo analogo nell'ambito dell'istituto dell'*in house*, è particolarmente rigorosa e restrittiva, dovendosi escludere la possibilità di equiparare all'ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati. E questo è certamente il caso delle università private.

Premesso che, proprio con particolare riferimento alle università “private”, la giurisprudenza, in alcune occasioni (in particolare, ai fini del riparto della giurisdizione sulle controversie concernenti il rapporto di impiego o della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti per le controversie aventi ad oggetto la responsabilità di amministratori e dipendenti), ha affermato la loro equiparazione agli enti pubblici, dando rilevanza agli scopi, alla struttura organizzativa ed ai poteri amministrativi ritenuti del tutto analoghi a quelli delle università statali (così testualmente, ad esempio,

<sup>6</sup> G.P. Cirillo, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, cit., 12 ss.

## il consiglio di stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico

Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5054, riferita alla LUISS), tuttavia, proprio con riguardo al caso di specie, i giudici di Palazzo Spada, sembrano orientarsi in senso diverso.

Infatti, quando si tratta di verificare la condizione, rilevante per configurare un rapporto *in house*, della partecipazione pubblica totalitaria, la nozione di ente pubblico che viene in rilievo per verificare se sia soddisfatto il requisito del controllo pubblico totalitario deve tener conto della *ratio* sottesa all’istituto dell’*in house* medesimo, tale *ratio* comporta che – continuano i giudici amministrativi – il soggetto *in house*, nonostante la formale distinta personalità giuridica, ha nella sostanza un rapporto di immedesimazione con l’Amministrazione affidante, essendo equiparabile ad un suo organo o ad un suo ufficio interno privo di sostanziale autonomia decisionale.

In ragione di queste considerazioni, mette conto accennare alla nozione giurisprudenziale dei soggetti *in house*.

## 2. La giurisprudenza di riferimento

L’*in house* di derivazione comunitaria rappresenta, in ogni caso, una deroga alla regola della concorrenza<sup>7</sup>. In considerazione di questa natura derogatoria, od eccezionale, che dir si voglia, dell’*in house providing*, se ne deve ammettere una interpretazione restrittiva; questo l’*ubi consistam* della qualificazione giuridica dell’istituto in esame, e dunque, la cartina di tornasole del suo apparato disciplinatorio.

<sup>7</sup> Sul tema ci sia consentito un rinvio anche a G. Zarro, *Dal fallimento delle società a partecipazione pubblica al socio occulto di società in mano pubblica*, in *Munus*, 2015, n. 1. Ivi, sono toccati i punti di maggiore attualità della tematica del fallimento delle cd. società in mano pubblica e degli enti *in house*. In dottrina, cfr: G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranià tra costituzione ed istituzioni comunitarie (Relazione al VI convegno nazionale dell’associazione italiana dei costituzionalisti sul tema: “la Costituzione economica negli anni novanta”*, Ferrara 11-12 ottobre 1991), in *Quad. cost.*, 1992; 1, 21 ss.; Id., *L’impresa come modello organizzativo tipico*, in *Giur. comm* 1978, 2, 196 ss.; Id., *Atto amministrativo, organizzazione e giustizia amministrativa (Relazione al Convegno di studi sul tema “La giustizia amministrativa oggi dopo dieci anni di attività dei Tribunali amministrativi regionali”*, Roma 12 maggio 1984, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1984, 11; V. Cerulli Irelli (a cura di), *Ente pubblico e enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007; G. Gruner, *Enti pubblici a struttura associativa, contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 106; G. Racca, R. Cavallo Perini, G.L. Albano, *Competition in the Execution Phase of Public Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 41, Fall 2011, 89 ss.; G. D’Attorre, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 5, 2014, 499.

Secondo i più recenti orientamenti della giurisprudenza ed, in particolare, della sentenza n. 10229/13 – con la quale le Sezioni Unite della Cassazione hanno di fatto recepito, in termini di principio, le istanze provenienti dalla Corte dei Conti, uniformandosi ai dettami della giurisprudenza della Corte di giustizia europea ed agli orientamenti della Consulta – si ritiene che «(...) è vero infatti che, secondo un orientamento da tempo affermato (benché a fini diversi da quelli della disciplina del riparto tra giurisdizioni) nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, e talora richiamato anche dalla Corte costituzionale (si veda, in particolare, da ultimo, la Sentenza n. 46 del 2013), le società *in house* costituirebbero null'altro che una *longa manus* dell'Amministrazione; ma ciò in quanto vi si ravvisi la contemporanea presenza di 3 condizioni: a) l'essere la Società a totale partecipazione pubblica, b) la sua destinazione statutaria ad operare in via esclusiva o prevalente in favore dell'Amministrazione pubblica partecipante, c) l'esistenza di quello che si è ormai soliti definire come “controllo analogo”, ossia una forma di direzione e controllo sulla gestione societaria, da parte della Pubblica Amministrazione partecipante, analoga a quella che la medesima Amministrazione eserciterebbe su una propria articolazione interna».

Sempre in materia di società *in house*<sup>8</sup> e, più nello specifico dell'azione di responsabilità degli organi per i danni al patrimonio della Società, le Sezioni Unite hanno enunciato il principio di diritto per cui la Corte dei conti conserva la giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta Corte, quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house* – per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi – di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ribadiscono, in sostanza, tale orientamento anche nella sentenza n. 22209/2013, per cui, se la P.A. si avvale dello strumento della “*società di capitali*” per esercitare un “*servizio pubblico locale*”, tale società pubblica è soggetta alle norme privatistiche. Nel contempo riconoscono la giurisdizione della Corte dei Conti e, quindi, la sussistenza di profili di responsabilità per danno erariale a carico degli organi di gestione e controllo della società, nel caso in cui siano riscontrabili

<sup>8</sup> Cass. Sez. Unif. n. 26283/13, Pres. Rovelli, est. Rordorf, in [http://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2013/11/SS.UU\\_-Sentenza-n.-26283-13.pdf](http://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2013/11/SS.UU_-Sentenza-n.-26283-13.pdf).

## il consiglio di stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico

le caratteristiche del modello *in house providing* (100% partecipazione pubblica, esercizio del servizio in favore prevalentemente della pubblica amministrazione e controllo analogo dell’Amministrazione sulla società)<sup>9</sup>.

All’esito di questi ragionamenti<sup>10</sup>, la Suprema Corte ha affermato il principio per cui «ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale non è il tipo di attività esercitata, ma la natura del soggetto: se così non fosse seguendo fino in fondo la tesi si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale sarebbero esentate dal fallimento».

La stessa sentenza precisa che la fallibilità della società in mano pubblica non può essere esclusa sulla base di una valutazione di ‘necessità’ del servizio da essa svolto, atteso che, anche il dl. n. 134 del 2008, che detta norme in materia di ristrutturazione industriale di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, non esclude l’assoggettabilità di queste ultime all’amministrazione straordinaria, per cui non si vede la *ratio* in base alla quale le imprese che non raggiungano le soglie dimensionali per l’applicabilità dell’amministrazione straordinaria non dovrebbero essere assoggettate alla disciplina del fallimento.

La sentenza si conclude con l’affermazione per la quale la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali, per cui è possibile perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena – continua la suprema Corte – la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell’ordinamento<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> L’organo a cui compete il controllo contabile e di legalità degli enti pubblici, ai sensi dell’art.100 della Carta Costituzionale è la Corte dei Conti ed ai fini del controllo contabile e della responsabilità contabile rileva il dato sostanziale della permanenza dell’ente nella sfera delle finanze pubbliche. La qual cosa conseguentemente rende necessari controlli finalizzati a verificare la corrente gestione del danaro pubblico; al contrario risulta irrilevante ai detti fini il dato formale della veste societaria, sotto questo profilo neutra ed irrilevante

<sup>10</sup> Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, Pres. Rordorf, est. Cristiano, in *Il caso.it* 2013.

La sentenza per l’impatto amplissimo delle sue argomentazioni ha ricevuto innumerevoli commenti. *Ex pluris*: F. Fimmanò, *Il fallimento delle società pubbliche*, in <http://www.il-caso.it/articoli/399.pdf>.

<sup>11</sup> Nei fatti, possiamo forse, spingerci a dire che il percorso di modifica del proprio orientamento si è concluso con la sentenza n. 10229/13, alla luce della quale, ai fini dell’individuazione dei profili di responsabilità amministrativo-contabile, relativamente alle società “*in house*”, dovrà essere utilizzato un approccio di “*gruppo*”.

In questo caso, in conformità con l'orientamento espresso con la sentenza n. 26906/2009, la responsabilità ricade sugli organi dell'ente locale socio. Diversamente, se non vi sono carenze nel sistema degli atti regolamentari e delle regole su cui si devono fondare le relazioni interne a cui è preposto l'ente locale stesso e quindi il "controllo analogo" è efficacemente attuato, la responsabilità è accertabile in capo agli Amministratori e agli Organi di controllo della Società.

Trattandosi di istituto "eccezionale", di esso il legislatore nazionale può, ma non deve, avvalersi, risultando, pertanto, certamente legittima la scelta di configurare sul piano del diritto interno la possibilità di ricorrere all'istituto in termini più restrittivi rispetto a quelli consentiti (ma non imposti) dal diritto dell'Unione Europea.

### **3. L'art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, l'art. 28 della direttiva 2014/25/UE (settori speciali) e l'art. 17 della direttiva 2014/23/UE (concessioni)**

Un secondo aspetto di rilevanza della sentenza è costituito dall'analisi dell'operatività delle nuove direttive in materia di appalti ed in particolare la sentenza oggetto del nostro commento si occupa dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, dell'art. 28 della direttiva 2014/25/UE (settori speciali) e dell'art. 17 della direttiva 2014/23/UE (concessioni)<sup>12</sup>.

Ciò impone di verificare di volta in volta, in chiave sostanzialistica se, a fronte di un danno arrecato nell'ambito della gestione delle società "*in house*", il nesso di causalità sia accertabile rispetto ad un comportamento omissivo o commissivo degli organi dell'ente locale socio.

<sup>12</sup> In merito al requisito del controllo analogo, le direttive precisano che tale condizione risulta soddisfatta qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative dell'affidatario *in house* ed è espressamente previsto che il controllo possa essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice – *incidenter tantum* notiamo che si risolvono i dubbi in tema di controllo analogo indiretto.

Ai sensi delle direttive medesime, la condizione della prevalenza dell'attività viene, invece, ritenuta soddisfatta qualora oltre l'80% delle attività del soggetto affidatario *in house* siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante.

La totale partecipazione pubblica è sempre richiesta, ma una relazione *in house* viene egualmente configurata anche in presenza di forme di partecipazione di capitali privati, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, che non comportano

## il consiglio di stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico

Le richiamate direttive, nonostante il loro contenuto in alcune parti dettagliato, non possono, a parere dei giudici di Palazzo Spada, ritenersi *self-executing*, per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per la loro attuazione da parte dello Stato.

È vero, scrivono i giudici della VI sezione, che la giurisprudenza comunitaria riconosce una forma di rilevanza giuridica alla direttiva anche prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento, ma si tratta di una rilevanza giuridica certamente minore rispetto al c.d. effetto diretto (che implica l’immediata applicazione della direttiva dettagliata ai rapporti c.d. verticali), che si traduce semplicemente, in nome del principio di leale collaborazione, in un dovere di *standstill*.

In base a tale dovere, ribadiscono i giudici amministrativi, il legislatore nazionale è tenuto ad astenersi dall’adottare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE ed il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Vallonie*) e per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, *Impact*).

Occorre distinguere, quindi, dal dovere di immediata applicazione o l’obbligo di interpretazione conforme (che operano solo dopo che è scaduto il termine di recepimento), giacché il dovere di *standstill* si configura come un obbligo negativo, che si sostanzia nel contegno di astensione dall’interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire.

Si tratta, in altri termini, di un obbligo attenuato rispetto a quello di interpretazione conforme, in quanto discende da un principio sì fondamentale del diritto dell’Unione, quale è quello di leale cooperazione, ma, pur tuttavia, gerarchicamente sotto ordinato a quello del primato del diritto comunitario, il cui mancato rispetto mina la stessa essenza dell’ordinamento dell’Unione.

Ritenere da subito possibili forme di partecipazione di capitali privati significherebbe disapplicare la fin qui consolidata giurisprudenza comunitaria sui limiti all’*in house*, dando la prevalenza ad una nozione meno restrittiva prevista da una direttiva sopravvenuta, ancora in corso di recepimento.

Non si tratterebbe, quindi, di interpretare il diritto nazionale in ma-

controllo o potere di voto ed attraverso le quali non può essere esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario *in house*.

niera conforme al diritto eurounitario sopravvenuto, ma, al contrario, di disapplicare o correggere l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per assicurarne la conformità alla direttiva sopravvenuta, la quale, però, (non essendo scaduto il termine di recepimento) non è ancora cogente all'interno degli ordinamenti nazionali.

Tuttavia – ed in modo particolare in ciò si apprezzano le conseguenze dell'interpretazione restrittiva che correde le norme afferenti l'istituto – poiché l'*in house* di derivazione comunitaria rappresenta una deroga al regime della concorrenza, il legislatore può, ma non deve, avvalersi del suddetto modello comunitario.

Deve ritenersi, infatti, legittima la scelta di configurare il modello, sul piano del diritto interno come restrittivo, cioè con portata ed ambito applicativo minori rispetto alla *figura iuris* prevista (ma non imposta) dal diritto UE.

In questo senso, la scelta del legislatore italiano di avvalersi di un modello più restrittivo, al fine di attuare un livello di concorrenza ben maggiore, è ritenuto dai giudici della VI sezione ben ammissibile ed, anzi, a supporto di tale interpretazione gli stessi giudici, ritengono di richiamare la giurisprudenza della Consulta (C. cost. 17 novembre 2010, n. 325, nonché C. cost. 20 marzo 2013, n. 46) in cui il giudice delle leggi afferma la legittimità costituzionale della disciplina nazionale in materia di servizi pubblici locali, che prevedeva limiti più elevati rispetto all'omologa giurisprudenza comunitaria, affermando l'ineluttabilità di un «margine di apprezzamento» del legislatore nazionale rispetto ai principi di tutela minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario, con riferimento ad un valore costituzionalmente protetto, cioè la tutela della concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato.

In conclusione, non è precluso al legislatore interno adottare una disciplina che prevede regole concorrenziali di applicazione più ampie rispetto a quelle indicate dal diritto eurounitario.

#### **4. Le società strumentali *in house*: alcune considerazioni**

Un aspetto di rilevanza, che potremmo denominare interdisciplinare, attiene al possibile svolgimento di attività imprenditoriale del consorzio corrente.

Scrivono, infatti, Supremi giudici amministrativi che lo svolgimento di attività imprenditoriale verso l'esterno attribuisce al Cineca una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo un soggetto *in house*, ovvero un mero organo delle amministrazioni consorziate.

## il consiglio di stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico

La questione risulta maggiormente intrigante proprio per la possibilità di esternalizzazione dell’opera da parte della stessa società *in house*.

Infatti, nello statuto della parte ricorrente era scritto – ovviamente tenteremo di parafrasare, ma con l’accortezza di lasciare inalterato il contenuto della norma – che la società oltre a svolgere le attività statutariamente indicate «anche con carattere di impresa», per conseguire i propri fini istituzionali, che, si badi, la stessa carta statutaria definisce non lucrativi, può acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi, ovvero demandare a terzi lo svolgimento di parte dell’attività affidatagli, pur conservandone la titolarità nei confronti dei committenti.

Rispetto a tale importantissima questione, cioè se una società *in house* possa, a sua volta delegare a terzi lo svolgimento di attività anche di impresa, purché ciò non avvenga in contrasto con le preminenti finalità statutarie, il Consiglio di Stato appare rafforzare la sua considerazione secondo cui il consorzio in esame non può obbiettivamente assumere le vesti di società *in house*.

Anzi, i giudici amministrativi entrano nel dettaglio, statuendo che non è concludente il richiamo, svolto dai difensori della parte ricorrente, ai principi recentemente affermati dalla Corte di giustizia, nella sentenza 18 dicembre 2014, causa C-586/13<sup>13</sup>, con la quale i giudici comunitari avevano dichiarato che proprio la qualifica di ente pubblico economico non è di per sé una ragione ostativa alla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Proprio in quest’ultima considerazione la sentenza, ad avviso di chi scrive, presta il fianco alle critiche che possono desumersi dai recenti arresti dei giudici civili ed in particolare di quella sentenza<sup>14</sup> che ha statuito che ai fini dell’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale e specialmente della legge n. 267/1942, ciò che rileva non è il tipo di attività esercitata, ma la natura del soggetto, che da qualunque parte la si guardi è quella di una società, una società commerciale.

<sup>13</sup> Deve però precisarsi che, invece, proprio la sezione consultiva del Consiglio di Stato, con il parere reso il 30 gennaio 2015 e di cui si dirà più diffusamente nella parte conclusiva della presente nota a sentenza, aveva sostenuto la richiamabilità della giurisprudenza eurounitaria per corroborare la qualifica come ente *in house* della parte ricorrente.

<sup>14</sup> Cass., sez. I civ., 27 settembre 2013, n. 2209 – Pres. Rordorf, est. Cristiano, *in ilcaso.it* 2013.

## 5. Il Consiglio di Stato tra *misunderstanding* e *overruling*

Applicando tali principi, deve quindi ritenersi che l'*in house* aperto ai privati, così come previsto dall'art. 12 della nuova direttiva-appalti, facendo salvo quanto detto a proposito del dovere di *standstill*, rappresenti non un obbligo, ma una facoltà della quale il legislatore nazionale potrebbe legittimamente anche decidere di non avvalersi, in omaggio ad una nozione di tutela della concorrenza ben più elevata rispetto a quella prescritta a livello comunitario.

Il consorzio ricorrente, pertanto, non può assumere, secondo i giudici della VI Sezione, la qualifica di ente *in house*, in quanto nel medesimo partecipano soggetti privati, cioè le Università private; infatti, proprio in relazione alla frantumazione della nozione di ente pubblico, non è possibile, a giudizio dei Supremi Giudici amministrativi, equiparare, ad ogni fine, Università private ed enti pubblici, anche se ad altri fini le stesse Università, possono essere qualificate come pubbliche.

Va però chiarito che, con parere reso in data 30 gennaio 2015, n. 298, la seconda Sezione del Consiglio di Stato, aveva reso, dunque in sede consultiva, tutt'altra – *recte* opposta – soluzione, redatta proprio con riguardo allo stesso ente ricorrente della sentenza che ci occupa, per cui viene da chiedersi se siamo dinnanzi ad *overruling* o non ad una sorta di *misunderstanding*, di una giurisprudenza, pretoria sicuramente, ma insomma, pur sempre ondivaga.

Volendo sintetizzare i risultati cui era pervenuta la sezione consultiva del Consiglio di Stato, proprio con riferimento all'art 12, par. 1, della direttiva appalti<sup>15</sup>, possiamo sottolineare che: a) un controllo analogo è quello che si esercita sui propri dipartimenti/servizi; b) che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico devono essere effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; c) che l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dell'amministrazione aggiudicatrice non deve essere controllato dal capitale privato, a meno che non si tratti di partecipazione di controllo o di blocco, secondo le disposizioni nazionali, e che, in ogni caso, tale partecipazione non deve determinare una influenza dominante.

In proposito, il Consiglio di Stato sottolinea che la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per settori speciali, dagli articoli 218, d.lgs. n. 163/2006 e 23, direttiva n. 17/2004.

<sup>15</sup> Cons. St., parere 30 gennaio 2015, n. 298, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

## il consiglio di stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico

In conclusione, si può dire stabilizzata – ed è facile preconizzare che tale rimarrà la situazione anche una volta scaduti i termini della clausola di *standstill*<sup>16</sup>– la nozione ristretta di ente *in house* come società interamente posseduta da capitale pubblico, ma rispetto ad essa, l’adesione degli organi della giustizia amministrativa alla teoria delle geometrie variabili, offre una spiegazione, forse più avveduta, della coesistenza all’interno delle stesse – e vieppiù per la società cd. in mano pubblica – dell’azione di responsabilità di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. e, nel contempo, dell’azione contro gli amministratori per danno erariale<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Nelle more della pubblicazione del presente lavoro è intervenuta la modifica dell’art. 11-*bis*, d.l. Enti locali, il n. 78 del 2015, art 9, il quale recita: «11-*bis*. Fanno parte del Consorzio Interuniversitario CINECA, che opera senza scopo di lucro ed è sottoposto alla vigilanza del Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, persone giuridiche pubbliche o private che svolgono attività nel settore dell’istruzione, dell’università e della ricerca, secondo lo Statuto.

11-*ter*. I servizi informativi strumentali al funzionamento del sistema dell’istruzione, dell’università e della ricerca possono essere svolti dai soggetti di cui al comma l direttamente, o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e sottoposti alla vigilanza delle stesse, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a) oltre l’80 per cento delle attività dell’ente è effettuata nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall’amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa;

b) nell’ente non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di voto e che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Come è evidente il legislatore ha fatto proprie interamente le riflessioni della sezione consultiva del Consiglio di Stato, adeguando, dobbiamo presumere consapevolmente, il disposto normativo a quanto deducibile dalle direttive comunitarie.

In proposito, oltre a sanare un’interpretazione eccessivamente restrittiva qual’era quella offerta dalla sentenza oggetto di commento, si è voluto trasformare in una disposizione di legge dello Stato, il contenuto delle direttive comunitarie dianzi richiamate.

Pertanto, la *ratio* giustificativa di quello che appare un intervento, per così dire, *ad personam* – si potrebbe parlare di una *lex in privos lata* (in gergo, di disposizione di legge fotografica) – risulta riconducibile alla necessità di aderire all’impostazione della sezione consultiva del Consiglio di Stato, la quale a sua volta si era basata sull’art. 12 della direttiva 2014/24/UE, il cui contenuto è stato sunteggiato *retro* alla nota 12.

<sup>17</sup> Cfr. G. Zarro, *Dal fallimento delle società al socio occulto*, cit., 23 ss., ove si sostiene che gli organi amministrativi della *società in house*, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, non possono essere considerati legati ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società; pertanto, la loro relazione con la società alla cui gestione erano preposti assumeva la forma di un rapporto di servizio.

Ancora, si è ritenuto che il patrimonio della società *in house* non potesse porsi in ter-

Possiamo, pertanto, parafrasare una icastica espressione del prof. Giuseppe Abbamonte, utilizzata con riguardo alle privatizzazioni, e dire che le società *in house*, così come le società in mano pubblica «sono una strana vacca, che mangia nella greppia del pubblico e fa il latte nel secchio del privato»<sup>18</sup>.

*Abstract*

*The judgment of the Council of State n. 2660 of 25 May 2015 should be reported to the attention of the interpreters for the reception of a renewed concept of public authority, which in the current set-order structure can no longer be considered fixed and unchanging.*

*In fact starting from this premise, the supreme administrative judges write, that the execution of entrepreneurial activity towards external subjects attributes to Cineca a commercial character which prevents to consider it as a subject in house, or a mere organ of government consortium.*

*It should however be clarified that, in the opinion issued on 30 January 2015, n. 298, in an advisory session, the second section of the Council of State had decided another – recte opposite – solution, referred just to the same recurring institution of the judgment at issue here, so we wonder if we face an overruling or not.*

*In this regard, to resolve such conflicts arrived the amend to art. 11a of the DL. Local authorities, no. 78 of 2015, through article 9.*

mini di separazione patrimoniale con quello dell'ente controllante, giacché parlare, come fanno le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un. 25 novembre 2013, n. 26283), di patrimonio acefalo, è sembrato in contrasto con la considerazione che le predette società soggiacciono allo statuto dell'imprenditore commerciale per il solo fatto di esercitare attività di impresa e, pertanto, sono munite di soggettività giuridica.

Solo in questo senso sarebbe stata condivisibile la tesi della separazione patrimoniale, cioè postulando l'alterità soggettiva tra ente affidante e società (*in house*) aggiudicataria; laddove, la Suprema Corte pareva orientata a parlare di un negozio di destinazione per descrivere la separazione patrimoniale creata.

Vero è che le indagini della procura contabile presso la Corte dei Conti apparivano maggiormente indirizzabili contro il rappresentante legale dell'ente socio, piuttosto che contro la scelta gestionale pregiudizievole dell'amministratore e ciò in virtù del principio per cui le cautele che stanno alla base dell'utilizzo delle risorse pubbliche da parte dell'impresa sociale fossero primariamente dirette contro il socio pubblico.

<sup>18</sup> Cfr. M.M. Fracanzani, *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

LUISA AZZENA è professore associato di istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

CARLA BARBATI è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia, scienze giuridiche e aziendali dell'Università di Milano IULM. È vicepresidente del Consiglio Universitario Nazionale.

CARLA BASSU è professore associato di diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze umanistiche e sociali dell'Università di Sassari.

GIANLUCA GARDINI è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

MARCO MAGRI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

GIULIA MASSARI è dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

GIOVANNI MULAZZANI è dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

FABIO SAITTA è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, storiche, economiche e sociali dell'Università di Catanzaro "Magna Graecia".

ANTONELLA SAU è ricercatore a tempo determinato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia, scienze giuridiche e aziendali dell'Università di Milano IULM.

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH è professore ordinario di diritto comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre.

GIANLUCA ZARRO è dottore di ricerca in Diritto romano e tradizione romanistica presso l'Università di Napoli Federico II. È avvocato del Foro di Benevento.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2015  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli