

SOMMARIO DEL NUMERO I/2011

Editoriale

ALDO SANDULLI	III
---------------------	-----

Saggi

GIUSEPPE MORBIDELLI, <i>Regolazione e concorrenza nel mercato energetico ..</i>	1
GIUSEPPE PIPERATA, <i>Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato</i>	33
SIMONE TORRICELLI, <i>Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere</i>	69

Articoli

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici</i>	103
TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>Il diritto costituzionale di accesso a Internet</i>	121
CARLO MARZUOLI, <i>Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali</i>	143
FRANCESCO MARONE, <i>Società degli enti locali e articolo 41 della Costituzione: il comune è un imprenditore?</i>	159
SERGIO MAROTTA, <i>La depubblicizzazione dei servizi idrici. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione</i>	177

Opinioni

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>La politica della ricerca: le prospettive per l'area giuridica</i>	199
STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, <i>La nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari alla luce della riforma del sistema universitario.....</i>	211
FRANCESCO VOLPE, <i>Profili d'incoerenza della nuova disciplina sul reclutamento dei professori universitari</i>	225

sommario

Commenti

VINCENZO COCOZZA, <i>Una nozione oggettiva di “rilevanza economica” per i servizi pubblici locali</i> , commento a Corte costituzionale, 3 novembre 2010, n. 325	237
ALBERTO MASSERA, <i>La concessione di servizi: una questione di regime sempre aperta</i> , commento a Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2010, n. 4510	245
FULVIO CORTESE, <i>Sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base e sui poteri inibitori dell’ente locale</i> , commento a Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 22 luglio 2010, n. 27906	269
NOTIZIE SUGLI AUTORI	287

EDITORIALE

1. I servizi pubblici appartengono a un'area che è stata definita l'ala marciante del diritto, in particolare del diritto amministrativo. Essa, difatti, costituisce il laboratorio nel quale si sperimentano i nuovi paradigmi del rapporto tra pubblico e privato e il crocevia di un crogiuolo di competenze, non soltanto giuridiche. Nel "nuovo" diritto che va diffondendosi, come un ciclone, in campo europeo, l'attività di prestazione di servizi riveste un ruolo fondamentale¹.

D'altra parte, anche a prescindere dai risvolti di carattere scientifico, è evidente la vastità e l'importanza strategica del settore, costantemente al centro del dibattito scientifico, nonché dell'agenda politica ed economica italiana ed europea. Le principali trasformazioni che hanno investito, negli ultimi due decenni, lo Stato e il mercato passano, in gran parte, per l'attività di prestazione.

Per studiare i rapporti tra pubblico e privato, tra istituzioni e mercato, tra Stato e società, tra globale e locale, tra politica e amministrazione, tra libertà ed eguaglianza, tra individuo e associazione, i servizi pubblici rappresentano, anche in chiave storica, una fondamentale cartina di tornasole.

Se questo è il contesto culturale, colpisce che manchi, attualmente, una rivista giuridica, con ambizioni scientifiche, dedicata, in modo specifico, ai servizi pubblici. L'ultimo valido esperimento, in ordine di tempo, è stato quello di *Servizi pubblici e appalti* (edita per circa un decennio, fino al 2006). Per il resto, si occupano del tema le riviste generaliste del diritto pubblico e del diritto dell'economia. Tra queste ultime, vi sono periodici che dedicano ampio spazio ai servizi pubblici, ma dall'angolazione specifica del mercato e della concorrenza. Vi sono, inoltre, alcuni siti internet dedicati all'argomento, ma essi si limitano a raccogliere sentenze e documenti.

L'intento della rivista è di colmare il vuoto in campo giuridico e, al contempo, di creare un laboratorio scientifico che riesca a mettere insieme e a far dialogare diritto e scienze sociali, scienze umane e scienze esatte, studiosi e operatori: non vi è, oggi, un'area che si presti più di quella dei servizi pubblici a un siffatto tentativo. Anche perché tale area attrae gli interessi di una pluralità di studiosi (economisti, scienziati politici, sociologi, ma anche ingegneri, architetti, medici, ecc.), ciascuno dei quali si avvicina ad

¹ Sulle tendenze e prospettive recenti del diritto pubblico e, in particolare, del diritto amministrativo, S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010.

esso continuando a parlare la propria lingua, con la conseguenza di una babele culturale. L'ambizione è di contribuire a una nuova *koiné* culturale, attraverso il graduale avvicinamento dei saperi e la costruzione di un linguaggio e di un patrimonio concettuale comune.

2. Raramente accade che l'editoriale di avvio di una rivista sia chiamato a fornire spiegazioni sul titolo della stessa. Di solito, il significato è intuitivo oppure costituisce la sintesi verbale di fenomeni conosciuti.

Nel caso di specie, invece, è opportuno provare a fornire qualche elemento in più sulle ragioni che hanno spinto a denominare *Munus* questa rivista.

Il termine latino, come è noto, riveste tre accezioni: incarico, obbligo, dono.

In campo giuridico, conta soprattutto il primo significato: secondo Massimo Severo Giannini, si tratta di «un soggetto (in senso stretto) che in base a norma dell'ordinamento riceve il compito di curare un interesse altrui»². Attraverso il *munus* pubblico, l'incaricato assume la cura di un interesse generale, di un interesse della collettività non entificata, “funzionalizzando”, si direbbe oggi, tale attività con riguardo all'interesse della comunità.

Ma, ai nostri fini, è stato un significato più ampio del termine, derivante dalla combinazione tra accezioni giuridiche (il *munus* come incarico e come obbligo) ed extragiuridiche (il *munus* come dono), ad indirizzare la scelta del nome della rivista.

Come sottolineato da Roberto Esposito³, dal *munus* scaturisce l'idea di un dono che richiede di essere ricambiato, che vincola il ricevente nei confronti del donatore e degli altri membri della collettività, la quale riconosce nel *munus* comune la propria fonte di coesione.

Il lemma è pregno di senso non soltanto isolatamente, ma anche accompagnato da un prefisso. In particolare, *cum-munus* introduce al concetto di *communitas*, anch'esso polimorfo, ma che allude all'unione di individui per il conseguimento di scopi che trascendono le proprie forze. E dalla combinazione tra *munus* e *communitas* si accede all'idea di un servizio reso alla comunità, alla quale il titolare del servizio è chiamato a rispondere.

Insomma, il *munus* incarna alla perfezione il connubio tra privato e

² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, 2 ed., Milano, Giuffrè, 1988, 127.

³ R. Esposito, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, Einaudi, 1998. Si v. anche F. De Sanctis, *Comunità*, in *Enciclopedia del Novecento*, Supplemento al volume A-G, Roma, Treccani, 2004.

pubblico, tra interesse particolare e generale, tra individuo e comunità: un connubio che si rinviene anche nella nozione di servizio pubblico.

3. Il sottotitolo della rivista è più chiaro soltanto in apparenza. La nozione di servizio pubblico, già di difficile qualificazione in passato, è oggi ancor più ambigua: ormai, attraverso tale locuzione, si fatica a tenere insieme attività e settori talvolta profondamente diversi, per cui non esiste più né una nozione unitaria né un approccio comune al tema: il concetto si dilata, snatura e degrada, fino a divenire indefinibile⁴. I servizi a carattere imprenditoriale differiscono da quelli a carattere sociale; quelli a carattere nazionale presentano problemi diversi rispetto a quelli di ambito locale; vi è chi guarda al servizio pubblico in senso oggettivo, chi in senso soggettivo, chi combina l'uno e l'altro criterio.

Sicché, anche in virtù dell'incidenza del diritto europeo, si assiste a un fenomeno di sfrangiamento e di parcellizzazione normativa della nozione di servizio pubblico, in cui molto spazio è lasciato oramai all'interprete e in cui rischia di incorrere in facili fraintendimenti chi si avvicini al tema da una prospettiva ontologica⁵.

Fabio Merusi ha rilevato che tale nozione è come l'universo del matematico e astronomo del Seicento Tycho Brahe, che combinò sistema tolemaico e copernicano. Secondo Merusi, «Nella nozione di servizio pubblico, come nelle tavole di Tycho Brahe, c'è dentro di tutto, il vero e il falso, e ognuno pesca quel che gli fa più comodo. (...) Attraverso un'attenta analisi del linguaggio occorrerebbe espungere i significati non copernicani del concetto. Solo attraverso il recupero di un corretto (e utile) significato giuridico si potrebbero eliminare gli equivoci che circolano attualmente, nelle leggi, nella dottrina e, inevitabilmente, in giurisprudenza»⁶.

L'incertezza e l'ambiguità che accompagnano la nozione, in questo periodo di radicale mutamento dei paradigmi, delineano la missione della rivista, che consiste nella ricostruzione, sulla base di un approccio fattuale e tenuto conto di un articolato processo di evoluzione storica, del quadro concettuale entro cui si iscrivono i servizi resi nell'interesse della comunità.

4. Se questo è lo scopo, qualche parola introduttiva va spesa sulle linee guida attraverso cui si intende perseguire tale finalità.

⁴ F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, Puf, 1995, 417.

⁵ G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5525.

⁶ F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, 86.

Ad un paio di esse si è già fatto cenno in precedenza.

Innanzitutto, si cercherà di partire dai fatti e, dunque, dalla realtà. Si propenderà, per così dire, per l'indicativo, il modo della realtà, piuttosto che per l'ottativo, il modo del desiderio e della potenzialità. Non perché sia pregiudizialmente da escludere il ragionamento *de jure condendo*, ma perché sui servizi pubblici vi è tutta una letteratura che approccia al tema in modo dogmatico, anziché ancorare il ragionamento giuridico su dati e riferimenti concreti.

In secondo luogo, la rivista è giuridica, ma l'ambizione è che essa possa divenire, nel tempo, una sede interdisciplinare di confronto tra esperti di diverse branche del sapere, anche attraverso il coinvolgimento degli operatori. Della necessità di un approccio interdisciplinare agli studi si è parlato spesso con enfasi sul piano teorico; ma gli esperimenti concreti sono stati sinora pochi e soltanto in alcuni casi felici nell'esito.

In terzo luogo, la rivista intende occuparsi di tutti i servizi pubblici, nazionali e locali, di interesse economico e di interesse sociale. E intende farlo in una prospettiva europea e comparata, dando significativo spazio allo studio delle esperienze degli altri paesi. Se usata tenendo conto del *caveat* di Alan Watson⁷, secondo cui per operare un trapianto giuridico occorre tener conto del contesto in cui la nuova regola va ad innestarsi, la comparazione giuridica costituisce uno strumento fondamentale di confronto e di arricchimento culturale.

In quarto luogo, questa iniziativa editoriale nasce su iniziativa di un gruppo di giuspubblicisti, nella cittadella felice dell'Università Suor Orsola di Napoli. Dunque, pur volgendo lo sguardo al vasto orizzonte europeo e nazionale, la *vicinitas* implica una particolare attenzione al Mezzogiorno. D'altra parte, come si ricava con evidenza dalla cronaca degli ultimi anni, l'area dei servizi pubblici è di capitale rilievo per il Meridione.

In quinto luogo, la rivista intende essere un luogo di discussione aperto e plurale, dando cittadinanza a voci e idee diverse, senza preclusioni ideologiche o di scuola e rifuggendo da soluzioni precostituite. D'altra parte, già il primo numero costituisce una concreta testimonianza in tal senso, contenendo contributi di studiosi di diversi orientamenti culturali. Il solo limite sarà qualitativo, mirandosi a dar vita a un prodotto scientificamente elevato.

Aldo Sandulli

⁷ A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

GIUSEPPE MORBIDELLI

REGOLAZIONE E CONCORRENZA NEL MERCATO ENERGETICO

SOMMARIO: 1. Nozione di regolazione. – 2. Le lacune di competitività nel mercato europeo dell'energia. – 3. La disciplina comunitaria pro-competitiva e i vari modelli di *unbundling*. – 4. La normativa in punto di indipendenza delle autorità regolatrici. – 5. La non tassatività e la ridotta "raffrontabilità" dei compiti e dei poteri affidati alle autorità di regolazione nel nostro ordinamento. – 6. Per una puntuale definizione delle competenze delle autorità di regolazione. – 7. Rapporti nei vari ordinamenti europei tra disciplina *antitrust* "pura" e misure regolatorie del mercato energetico. – 8. I criteri di risoluzione delle antinomie tra *antitrust* e regolazione di settore.

1. Nozione di regolazione

Potremmo disquisire sul termine regolazione. Mi limito a dire che il termine ha la sua origine nella *administrative regulation*, che esprime una funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato da una Autorità pubblica neutrale, in ordine ad una attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale, controllo che si esprime sia in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, ecc.), sia in attività successiva di verifica, sia in attività di *moral suasion*, sia in attività propositiva¹. È cioè una definizione che pone l'accento sul dato teleologico (finalità comune) e strutturale, rappresentato dalla somma in un'unica autorità pubblica di estesi e variegati poteri afferenti ad un dato settore: normativi, amministrativi in senso stretto, di "influenza", conciliativi, consultivi, paragiurisdizionali². In

¹ Su quest'ultimo elemento v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro, M. D'Alberty, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 13, il quale aggiunge che la regolazione «si esplica con modalità "process oriented": contraddittorio, partecipazione, trasparenza».

² V. per una analisi della nozione di regolazione, delle sue componenti, della sua origine e dei suoi scopi S. Valentini, *Diritto ed istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005; v. altresì M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità*

altri termini la regolazione assomma in sé tre componenti: l'unitarietà dell'obiettivo (tutela del pluralismo, delle comunicazioni, della concorrenza, della riservatezza, della stabilità); il rivolgersi al futuro (e non al passato, come nell'*adjudication*), sebbene complementare all'attività di direzione e sanzione è quella di vigilanza e controllo; infine la compresenza e convergenza di funzioni a tal fine. Sicché la normazione, l'esecuzione, la vigilanza sono tra loro collegate e funzionali allo stesso obiettivo. Ulteriore caratteristica è, o meglio dovrebbe essere, l'attribuzione di tale funzione ad una autorità dotata di indipendenza, che opera attraverso procedure trasparenti e aperte al contraddittorio³. Non mancano però casi in cui la regolazione è affidata ad autorità prive di indipendenza.

Le varie potestà costituiscono un "sistema": non si tratta di funzioni separate, bensì interconnesse, anche se logicamente distinte fra di loro, e che sono volte a regolare attività future (o a controllare che tale regolazione sia osservata). Con riferimento poi all'area dell'energia elettrica e del gas la regolazione va intesa come strumento per introdurre la concorrenza in mercati caratterizzati da monopoli naturali e, comunque, dalla presenza di forti *incumbents*.

2. Le lacune di competitività nel mercato europeo dell'energia

Che la produzione di energia, la sua trasmissione e in genere tutta la sua filiera abbia valore strategico è scontato. Come pure è acquisito che gli Stati abbiano sempre avuto in materia un ruolo diretto o comunque forte (v. art. 43 Cost.). Basti dire che da noi, anche dopo il Trattato di Roma, e pure in presenza di due comunità dedicate espressamente a fonti energetiche (Cee e Euratom), v'è stata la nazionalizzazione della energia elettrica ossia un'iniziativa del tutto antitetica ad un mercato competitivo. Né diversa, in sostanza, era la situazione per l'attività di produzione e trasporto del gas.

Tuttavia soprattutto per effetto dell'Atto Unico e della spinta verso un mercato davvero unitario vi sono state prima una serie di iniziative verso la realizzazione di un vero mercato dell'energia (v. già il documento della Commissione del maggio 1998, *Energia in Europa*) e un crescendo di atten-

independenti (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino, Giappichelli, 1999, e S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 22.

³V. ancora S. Cassese, *op. ult. cit.*

zione della Comunità verso una competitività in tali settori. Va del resto ricordato che le varie iniziative europee (a partire dalla direttiva 90/377/Cee del Consiglio, 29 giugno 1990, in materia di trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di elettricità e gas al fine di incentivare una più equa determinazione dei prezzi dell'industria; dalla direttiva 90/547/Cee del Consiglio, 29 ottobre 1990, nota come "*common transit directive*" relativa al transito di energia elettrica sulle grandi reti ad alta tensione al fine di ridurre i costi dell'energia elettrica, di assicurare la sicurezza nell'approvvigionamento e la compatibilità della produzione dell'energia elettrica con l'ambiente; dalla direttiva 91/296/Cee del Consiglio, 31 maggio 1991, concernente il transito di gas naturale sulle grandi reti; dalla direttiva 94/49/CE della Commissione, 11 novembre 1994, che aggiorna l'elenco degli enti di cui alla direttiva 91/296/Cee del Consiglio concernente il transito di gas naturale sulle grandi reti, alle direttive di elettricità e gas del 1996-1998, sino alle direttive elettricità e gas del 2003), derivavano non solo dalla esigenza di disciplinare il mercato dell'energia in sé ma anche dal fatto che l'energia intrinsecamente costituisce componente di altri beni e servizi, sicché deve essere regolamentata per assicurare – attraverso la loro normale disponibilità – la libera circolazione⁴.

Del resto questo è ribadito anche al punto 3 delle "posizioni comuni" del Consiglio 9 gennaio 2009, n. 8 e 9, «la libera circolazione delle merci, la libera fornitura dei servizi e la libertà di stabilimento, assicurate ai cittadini dell'Unione del trattato, possono tuttavia essere attuate soltanto in un mercato completamente aperto, che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitura la libera fornitura ai propri clienti».

La situazione attuale è quella rappresentata nei numerosi "considerando" delle direttive del 2009 e prima nelle "posizioni comuni" del Consiglio e prima ancora nella Comunicazione della Commissione del Consiglio e del Parlamento Europeo del 2007 al Consiglio del Parlamento Europeo. In sostanza le direttive del 2003 pure se innovative e foriere di competitività hanno dimostrato notevoli lacune, o comunque vi sono stati notevoli incertezze e ritardi nella loro attuazione. Basti dire che nel giugno 2009 la Commissione europea aveva avviato procedimenti di infrazione contro 25 Stati membri con riferimento all'elettricità e contro 21 Stati membri riguardo al gas. Le principali infrazioni individuate riguardavano la mancanza di trasparenza, gli insufficienti sforzi di coordinamento da parte

⁴ Cfr. G. Caia e N. Aicardi, voce, *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Parte speciale, vol. I, Milano, Giuffrè, 1997, 694.

degli operatori dei sistemi di trasmissione a rendere disponibile la massima capacità di interconnessione, l'assenza di cooperazione a livello regionale, il mancato controllo dell'applicazione della normativa da parte delle autorità competenti degli Stati membri e l'assenza di adeguate procedure per la risoluzione delle controversie. Nell'ottobre 2009 la Commissione ha avviato ulteriori procedimenti d'infrazione nei confronti di due Stati membri in relazione al transito e allo stoccaggio del gas. Aggiungasi che i procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione sono sfociati in sentenze della Corte di giustizia che ha condannato la Svezia e il Belgio per aver applicato in modo scorretto le disposizioni in materia di competenze delle autorità nazionali di regolamentazione rispetto alle tariffe della rete. In un altro caso, il Belgio è stato condannato per non avere designato il gestore nazionale della rete di trasporto del gas⁵.

I punti maggiormente critici, con conseguenze anticompetitive sono stati così individuati:

a) mancata o insufficiente separazione tra i gestori delle reti e i soggetti che operano nel settore della produzione e della fornitura. Le conseguenze di tale stato di cose incidono sull'accesso alle reti, che sovente è discriminato o soggetto a tariffe non trasparenti e discriminatorie;

b) la limitatezza o comunque insufficiente indipendenza dei regolatori, e anche le loro insufficienti competenze a disciplinare la materia;

c) la presenza di strozzature transfrontaliere, congestioni e l'assenza di interconnessioni infrastrutturali nelle reti dell'energia;

d) la tutela non effettiva e piena dei consumatori: ciò anche al fine di promuovere la partecipazione attiva dei consumatori al mercato interno dell'energia, aumentare l'efficienza energetica, favorire un'integrazione su larga scala delle energie rinnovabili, oltre che per ampliare i servizi in campo energetico, migliorare la trasparenza del mercato e facilitare il cambio di operatore.

A questo (e altro) si è ritenuto di porre rimedio, in tutto o in parte, attraverso un robusto pacchetto di atti normativi: la direttiva 2009/72/Ce relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che abroga la direttiva 2003/54/Ce; la direttiva 2009/73/Ce, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, che abroga la direttiva 2003/55/Ce; il regolamento (Ce) n. 713/2009, che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; il regolamento

⁵V. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo 11 marzo 2010.

(Ce) n. 714/2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica, che abroga il regolamento (Ce) n. 1228/2003; il regolamento (Ce) n. 715/2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1775/2005.

3. La disciplina comunitaria pro-competitiva e i vari modelli di *unbundling*

Non è qui possibile dar conto di tale esteso plesso normativo. Preme però mettere in luce, con riferimento alla tematica della separazione tra gestione della rete e attività di produzione e fornitura, le complesse e dettagliate norme in materia di separazione del trasporto rispetto alle altre attività del settore dell'energia elettrica e del gas. Si consideri, infatti, che il punto debole ai fini concorrenziali del "sistema energia" è rappresentato dalle reti e dalla loro gestione, attività tutt'ora svolta in monopolio naturale o, comunque, in forte oligopolio. Di qui la sottrazione alla concorrenza dell'attività di gestione delle reti (trasporto, distribuzione, stoccaggio) e, di riflesso, l'adozione di tutta una serie di correttivi per evitare sovrapposizioni e integrazioni anticompetitive. In materia di energia, la disciplina comunitaria si fonda sul postulato in base al quale non è – in genere – economicamente sostenibile la moltiplicazione delle reti. Conseguentemente, la liberalizzazione non ha inciso sulle situazioni di monopolio esistenti in materia di gestione delle reti. Ha rimediato, invece, alle possibili conseguenze pregiudizievoli derivanti da tali situazioni, imponendo obblighi di (consentire) l'accesso alle reti, fissandone le tariffe e prevedendo obblighi di separazione per i gestori delle reti. A rigore, quindi, la completa apertura alla concorrenza ha riguardato solo le fasi dell'approvvigionamento e della vendita della risorsa energetica. In realtà, quanto alla gestione delle reti energetiche esistono ambiti in cui vige un vero e proprio monopolio legale (gestione della rete di trasmissione elettrica; gestione della rete di distribuzione del gas; gestione della rete di distribuzione elettrica), poiché le relative attività possono essere svolte da un solo soggetto, e ambiti in cui esiste un monopolio (o oligopolio) naturale (gestione delle reti di trasporto e dei terminali di gas naturale liquefatto – Gnl).

La direttiva del 2009, conseguentemente, contiene numerose disposizioni finalizzate a garantire la separazione (*unbundling*) effettiva delle attività di approvvigionamento e produzione dalle operazioni di gestione della rete, che dovranno essere poste in essere dagli Stati a decorrere dal 3 marzo 2012.

In particolare è stabilito (con misure pressoché parallele nelle due direttive) un regime di separazione basato sui seguenti tre modelli alternativi.

Primo modello: separazione proprietaria. La società che commercializza o produce il gas o energia elettrica non deve esercitare direttamente né indirettamente controllo o diritti sul gestore del sistema di trasmissione. La separazione proprietaria, quindi, spezza il legame tra gestore della rete e impresa verticalmente integrata. Nella separazione proprietaria non vi deve essere influenza dominante, da parte dell'impresa verticalmente integrata, sull'impresa gestore del sistema di trasporto e neanche la possibilità di nominare membri del Consiglio di vigilanza e del Consiglio di amministrazione o degli organi che rappresentano l'impresa nell'ambito del gestore dei sistemi di trasmissione. Sono ammesse solo partecipazioni di minoranza.

Secondo modello: gestore di sistema indipendente (Iso). Una società terza (Gestore) – rispetto all'impresa che commercializza/produce e alla società che è proprietaria della rete – effettua la gestione della rete. Le decisioni inerenti alla gestione della rete sono indipendenti (perché effettuate da un soggetto terzo) rispetto alla politica aziendale della società che commercializza/produce energia.

Terzo modello: gestore di trasporto indipendente (Ito). All'interno del gestore del sistema di trasporto si crea un meccanismo in base al quale la società verticalmente integrata (che continua a essere proprietaria della maggioranza delle azioni del gestore) non può influenzare alcune decisioni dello stesso gestore. In altri termini, alcune decisioni del gestore sono “sterilizzate” dall'influenza della controllante. Tale sterilizzazione avviene (soprattutto) rafforzando le garanzie di indipendenza (rispetto all'influenza dell'impresa verticalmente integrata) degli organi di gestione della società di trasporto. La normativa è completata da disposizioni circa la designazione e certificazione dei gestori di sistemi di trasmissione, circa i compiti di tali gestori, circa i requisiti e i compiti del gestore di sistemi indipendenti e circa i criteri per garantire l'indipendenza, tra cui la presenza di un organo di sorveglianza incaricato di assumere decisioni che possono avere un impatto significativo sul valore delle attività degli azionisti (organo composto di: a) soggetti che rappresentano l'impresa verticalmente integrata, b) soggetti che rappresentano azionisti terzi e – se così dispone la pertinente legislazione di uno Stato membro – c) soggetti che rappresentano altri soggetti interessati, come i dipendenti del gestore del sistema di trasmissione).

Da osservare che i modelli Iso e Ito possono essere scelti solo se al momento dell'entrata in vigore della direttiva – 3 settembre 2009 – il sistema di trasporto apparteneva ad un'impresa verticalmente integrata. Per i nuovi

sistemi di trasmissione, non esistenti in tale data, dovrà essere applicato necessariamente il regime di separazione proprietaria.

In caso di investimenti per nuove importanti infrastrutture del sistema del gas (es., interconnettori, impianti di Gnl e impianti di stoccaggio) possono essere concesse deroghe all'adeguamento al regime dell'*unbundling* da parte delle autorità nazionali di settore.

4. La normativa in punto di indipendenza delle autorità regolatrici

Un ruolo centrale, anche perché strumentale all'assetto della separazione, è rappresentato dalle norme sulla indipendenza della Autorità regolatoria.

La determinazione a livello comunitario delle funzioni e il disegno di uno *status* di indipendenza sono di particolare rilievo sia in generale, sia alla luce della evoluzione del nostro ordinamento, in cui il sistema di regolazione è di fatto divenuto dualistico, attesa la messa di funzioni attribuite al Ministero della sviluppo economico (Mse). Il che è tanto più grave, stante il permanere in capo al governo del controllo azionario di talune imprese operanti nel settore, e in particolare di quelle ex monopoliste, determinando così un rilevante problema di conflitto d'interessi in testa al Ministero investito di rilevanti compiti di regolazione, considerato l'ovvio interesse del governo a massimizzare il suo investimento in tali imprese. Ed infatti la Commissione nel caso dell'azienda pubblica francese preposta al servizio postale⁶ ha avuto modo di osservare che la regolazione e il controllo sulle imprese pubbliche e sui rapporti tra le stesse e i loro concorrenti devono essere affidati «ad un'autorità che sia indipendente dall'operatore pubblico o dotato di diritti speciali o esclusivi e da ogni organismo ad esso collegato». Normative che non si attengano a tali canoni di terzietà e neutralità del regolatore sono dunque, alla luce di tali parametri, comunitariamente illegittime.

Le direttive del 2009 sono molto chiare nello stabilire i requisiti di indipendenza tanto più in coerenza con il dettato delle precedenti direttive del 2003 che parlavano di autorità di regolamentazione «pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria», anche se la l. 481/1985, stabilisce che operano «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» (art. 2, comma 5). La legge tuttavia aggiunge che «ai fini del perse-

⁶ Commissione Ce, decisione 23 ottobre 2001, 2002/344/Ce.

guimento degli obiettivi generali di politica energetica del Paese, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive, può definire, sentite le Commissioni parlamentari competenti, indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas». Sulla base di questa disposizione Giuliano Amato ebbe a definire la Aeeg semi-indipendente, perché non raggiungeva la "purezza" di Agcm, dovendo in qualche modo tener conto della politica governativa in materia di energia (v. ora art. 1, c. 11, l. 239/2004). Tale previsione ha sollevato forti critiche. In realtà si tratta di una competenza da intendere in maniera restrittiva: una sorta di chiamata in sussidiarietà per la tutela di preminenti interessi nazionali, così come avviene per la legislazione statale in materie di competenza regionale secondo i criteri di cui alla sentenza della Corte cost. n. 303/2003. Sicché, se confinate in questi limiti, e sempre che le direttive governative non vengano a confliggere con prescrizioni comunitarie (ma in tal caso potrebbero essere disapplicate direttamente dall'autorità o comunque non osservate), non viene meno l'"indipendenza tipica" delle autorità, che non è ovviamente sovranità, ma è una indipendenza funzionalizzata (anche alla attuazione degli indirizzi di politica energetica del governo, per ragioni di interesse nazionale). Non solo: è da ritenere che anche tale previsione ora si trovi in contrasto con quanto prescrivono le direttive 2009, ai sensi delle quali l'autorità deve poter prendere decisioni in maniera autonoma da qualsiasi organo politico. Le direttive infatti inseriscono le Agenzie in un sistema di regolazione di livello comunitario, di talché atti del governo nazionale suscettibili di incidere sulla regolazione di fonte comunitaria non sono ammissibili. A meno che non trovino tutela in interessi preminenti, non affidati alla cura della Comunità, talché si possa affermare che la direttiva governativa costituisca esplicitazione di controlimiti, a tutela di interessi riservati allo Stato (ad es. in tema di sicurezza o di ordine pubblico o di tutela ambientale), che rifluiscono sulla politica energetica.

Del resto lo *status* di indipendenza è rafforzato dalla istituzione della Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (Reg. Ce n. 713/2009). L'Agenzia ha infatti funzioni di indirizzo e di consulenza nei confronti dei regolatori nazionali e dei gestori di sistemi di trasmissione, funzioni di controllo ed anche provvedimentali su questioni tecniche espressamente indicate e in taluni casi per regolamentare le condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere e di sicurezza operativa. È appena il caso di rilevare che l'inserimento in una rete di regolatori, sotto la direzione di un'Agenzia europea (tra i cui organi v'è il comitato dei regolatori, composto dai rappresentanti delle autorità di regolamentazione, il cui parere

deve sempre precedere gli atti dell'agenzia), ne incrementa l'autorità e l'indipendenza. Infatti la istituzione in un organismo comunitario favorisce la coerenza della regolamentazione, consente una più salda integrazione delle Autorità, irrobustisce il loro potere normativo (tanto che, a fronte di una disciplina analoga nelle comunicazioni elettroniche, si è detto che i regolatori nazionali sono divenuti «finalmente agenti comunitari»).

In realtà il *vulnus* all'indipendenza dell'Autorità, con riguardo al nostro ordinamento, non sta tanto nella menzionata disposizione che attribuisce un potere di direttiva al Governo, quanto nella presenza di numerose competenze concorrenti in testa al Mse.

Non è necessario qui ricordare le funzioni attribuite al Mse dalla più recente legislazione che si intersecano o sostituiscono con quelle dell'Aeeg, perché è stato fatto con molta accuratezza da altri⁷. Mi limito a rilevare che una autorevole dottrina ha addirittura ritenuto che Aeeg sia divenuta una agenzia governativa, e dunque uno strumento del governo (forse non docile ma pur sempre uno strumento). La tesi è a mio avviso soprattutto provocatoria, nel senso che mette in luce le crepe al mito dell'indipendenza e della autonomia. Tuttavia le competenze ministeriali devono ritenersi venute meno per incompatibilità sopravvenuta con la normativa comunitaria in punto di autonomia e di competenza riservata all'Aeeg.

È significativo in proposito ricordare la recente sentenza della CGUE, sentenza 3 dicembre 2009 (causa C-424/07 *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*), la quale, con riguardo ai poteri delle Autorità nazionali di regolazione in materia di comunicazioni elettroniche, ha affermato che «le Autorità nazionali di regolazione sono titolari di un'area di competenza riservata, tutelata dal diritto comunitario, in cui i legislatori nazionali non possono limitare la loro discrezionalità». In sostanza, le direttive, laddove attribuiscono compiti alle Autorità, creano una riserva di competenza a favore delle stesse, con la conseguente attrazione della regolazione nell'orbita delle istituzioni europee. Del resto ciò è coerente con le finalità e le procedure della regolazione. Le Autorità di regolazione (Anr), infatti, non curano un "interesse pubblico collettivo" o "d'apparato", ma sono focalizzate sul mercato e agiscono nel rispetto del principio di proporzionalità, scegliendo il potere più adatto allo scopo e il mezzo che comporti il minor sacrificio d'interessi. Se pure effettuano una ponderazione con altri interessi pubblici secondari, le Anr tendono a realizzare unicamente

⁷ E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006.

le finalità previste dal loro statuto o dalla legge istitutiva. Inoltre la regolazione si inserisce nei rapporti trilaterali, che vedono coinvolti autorità, operatori e utenti. In tali rapporti, le Autorità sono perfettamente terze rispetto ai soggetti regolati, i cui interessi sono equiordinati. L'attività regolatoria vede, poi, i suoi destinatari compartecipi del contenuto. Le Anr, infatti, hanno bisogno della collaborazione degli operatori per acquisire informazioni sui mercati e colmare la tradizionale asimmetria informativa che caratterizza i rapporti tra regolatori e regolati. Questi ultimi, d'altro canto, hanno necessità che le Anr tengano conto dei loro punti di vista.

La pronuncia da ultimo evocata sembra così affermare non solo l'esistenza di un'area riservata alle Anr, ma anche la necessità di un esercizio congiunto delle funzioni di regolazione, condiviso con gli altri regolatori nazionali. Se, da un lato, la pronuncia in esame ha l'effetto di rafforzare la posizione della Commissione e del *Board* dei regolatori, dall'altro, essa pone una barriera ai legislatori nazionali. In tal senso, la Commissione si è più volte mostrata ostile nei confronti delle limitazioni ai poteri delle Anr. *Commissione c. Germania*, tuttavia, va ben oltre, arrivando ad inibire quegli interventi legislativi che potrebbero limitare il campo delle valutazioni che il diritto comunitario rimette alle Anr. Escludendo i legislatori nazionali dall'attività regolatoria, si propende con chiarezza per la prevalenza delle prescrizioni di fonte comunitaria, tanto che i regolatori possono essere configurati come parte di un'amministrazione europea articolata in amministrazioni nazionali, capeggiata dalla Commissione. Ciò conferma la definizione delle Anr come «enti autarchici della Comunità europea». La crescente comunitarizzazione della regolazione, peraltro, potrebbe riaccendere il dibattito relativo al sindacato giurisdizionale sugli atti delle Anr. Sembra, infatti, che l'attrazione della disciplina nell'orbita comunitaria debba essere tenuta in considerazione in sede di valutazione della portata dello scrutinio giurisdizionale. Negli ordinamenti interni potrebbe risultare maggiormente problematico annullare gli atti del regolatore nazionale per violazione di normativa comunitaria, ove vi siano giudizi di conformità da parte della Commissione o dell'Agenzia nei confronti degli atti delle autorità di regolazione nazionale. Tanto più che i giudici nazionali non possono annullare né disapplicare atti comunitari endoprocedimentali, pena la lesione dell'uniforme applicazione del diritto, ma solo procedere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

5. La non tassatività e la ridotta “raffrontabilità” dei compiti e dei poteri affidati alle autorità di regolazione nel nostro ordinamento

Come già osservato, l'accuratezza e il dettaglio delle previsioni in punto di organizzazione delle autorità, che giunge a stabilire i limiti temporali del mandato degli amministratori (tra 5 e 7 anni rinnovabile), l'obbligo di rotazione per il comitato (o in assenza di questi, per il personale direttivo), i limiti alla revoca del mandato, e in genere delle disposizioni volte ad assicurarne l'indipendenza, si saldano con il dettaglio e la molteplicità dei compiti affidati alle autorità. La sola elencazione dei compiti puntuali (di vigilanza, di garanzia, di controllo puntuale, di ispezione, di proposta, di decisione, di indagine, di sanzione, di approvazione, di determinazione di metodologie, ecc.) richiede ben 44 lettere e altrettanti poteri: v. art. 37, c. 1, 3 e 4 (questo c. invero non affida i compiti direttamente alle autorità ma impone agli Stati di provvedere affinché le autorità, siano dotate di poteri necessari alle finalità ivi indicate), c. 5 (per l'ipotesi in cui sia stato designato un gestore di trasmissione), c. 6, cui però si aggiungono le competenze di regolazione “modificativa” (nelle procedure di gestione delle reti e delle locali modalità di trasmissione e distribuzione) di cui ai cc. 9, 10, nonché ancora la competenza in punto di risoluzione delle controversie (v. comma 11), e i compiti in materia di regolamento delle questioni transfrontaliere (art. 38 direttiva elettricità, art. 42 direttiva gas).

Ma soprattutto le autorità dispongono di poteri finalizzati al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo della concorrenza, in linea con le esigenze di sicurezza, di tutela dei consumatori, di efficienza energetica, di impiego di energie rinnovabili, di dar corpo ad un servizio universale e peraltro di elevata qualità, di tutela dei clienti vulnerabili. Obiettivi in virtù dei quali l'autorità di regolamentazione «adotta tutte le misure ragionevoli idonee» (v. rispettivamente art. 36 direttiva elettricità, art. 40 direttiva gas): e tale formula oltre che la tradizione in materia autorizzano a ritenere che tali obiettivi non devono trovare concretizzazione nei soli compiti tipici di cui all'articolo successivo. Ma anche a dare prevalenza alla lettura restrittiva, valorizzando la dizione «nel quadro dei compiti e delle competenze di cui all'art. 37», si tratta pur sempre di obiettivi che uniti alla clausola di tutte le misure ragionevoli ed idonee, dilatano i compiti successivamente enunciati e soprattutto ne dilatano le valenze e i contenuti assumibili. Si tratta così di poteri estremamente estesi, che possono giungere a regolare non solo l'esercizio dell'attività delle imprese energetiche, ma la struttura organizzativa e anche proprietaria dell'impresa, quando non la stessa regolamentazione con-

trattuale tra le imprese, altri soggetti della filiera e terzi (concorrenti o consumatori).

A tal proposito, è noto e ampiamente studiato il fatto che la legge spesso attribuisce competenze regolamentari alle autorità e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura. Ciò accade per varie ragioni, soprattutto rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare e, con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica⁸.

Conseguentemente – è osservazione comune – i poteri normativi vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, in quanto esse lasciano alle autorità margini di discrezionalità così ampie «da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco»⁹ o comunque vanno a determinare una ridotta “raffrontabilità” (per usare la terminologia crisafulliana). Di qui la riflessione: «dalla casistica emergono alcuni interrogativi di fondo: fino a che punto il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa dirsi salvo di fronte a disposizioni che conferiscono poteri normativi (ma anche provvedimentali: n.d.r.) vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore; fino a che punto una tecnica di questo genere sia compatibile con le riserve di legge relative previste nella Costituzione»¹⁰. Tanto più – vale aggiungere – che le autorità indipendenti non dispongono di una legittimazione popolare diretta, in quanto la designazione dei titolari degli organi, seppur non riconducibile ad un modello uniforme, è comunque di competenza di altri soggetti (governo, Presidenti delle Camere, ecc.), e inoltre gli organi non sono nemmeno caratterizzati da responsabilità nei confronti né del popolo e neanche di organi rappresentativi di questo¹¹.

⁸ La letteratura sulle autorità indipendenti è sterminata, e non è pertanto il caso di richiamarla anche qui: per una ricostruzione delle ragioni ispiratrici dell'istituzione delle autorità indipendenti e delle ragioni della loro collocazione istituzionale al di fuori del potere esecutivo, nonché sulla connotazione “tecnica” delle relative competenze, si deve però richiamare il saggio di V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, ora in V. Caianiello, *Istituzioni e liberalismo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, 115 ss.

⁹ Così P. Caretti, *Introduzione, Osservatorio sulle fonti, 2003-2004*, a cura di P. Caretti, Torino, Giappichelli, 2004, XV.

¹⁰ V. ancora P. Caretti, *Introduzione*, cit. XV.

¹¹ Si tenga presente infatti che i regolamenti caratterizzati solo per obiettivi sono riscontrabili anche a livello comunale e provinciale: ad es. i regolamenti di igiene, di polizia urbana e rurale, di ornato, ma in tal caso la conformità al principio di legalità è stata giustificata in considerazione che sono approvati da organi elettivi, ovvero direttamente rappresen-

Come è evidente, non è certo possibile rispondere a tale quesito in astratto, ma occorre vedere caso per caso, tenendo conto sia dello specifico potere normativo affidato sia della specifica disciplina legislativa (di fonte statale o comunitaria) afferente alla materia oggetto di attribuzione regolamentare. La dottrina, con riguardo a tali poteri normativi delle autorità, ha dimostrato che il rispetto del principio di legalità può essere assicurato anche attraverso una rete di “limitatori” della discrezionalità ricavabili dal sistema. La riserva di legge ed il principio di legalità vengono infatti soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale che rendono in concreto l’atto sindacabile. Ed invero, contribuiscono a costituire la raffrontabilità, oltre ai principi generali¹², il combinato dei principi della materia, di criteri e regole di ordine tecnico insiti nella materia, in quanto si ritiene che determinino risposte normative obbligate, di una procedura partecipata e trasparente, di una adeguata motivazione¹³. In tal senso la nostra dottrina ha

tativi. Ciò sulla base del presupposto che il principio di legalità costituisce, in fondo, una sorta di legittimazione: per cui se il principio di legalità va ricondotto a un fondamento democratico, il carattere rappresentativo della comunità proprio delle autonomie locali può soddisfare già di per sé alcune delle condizioni necessarie per l’attuazione del principio in esame: v., in tal senso, A. Travi, *Presentazione del tema del Convegno*, avente ad oggetto *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, 53° Convegno di studi amministrativi, Villa Monastero, Varenna 20-21-22 settembre 2007, Milano, Giuffrè, 2008, 5; Id., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 121; v. altresì, per il fatto che principio di legalità e principio democratico sono interconnessi S. Pajno, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467.

¹² Cfr., in tal senso, M. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, 169, con puntuali richiami alla giurisprudenza costituzionale, tra cui soprattutto, v. Corte cost. 7 agosto 1988, n. 409, in *Giur. cost.* 1988, I, 1833, alla quale si può poi aggiungere Corte cost., 24 marzo 1993, n. 103, ivi, 1993, 841. V. anche l’approfondito studio di S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 267, il quale mette in luce come i principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituiscono elementi di riconduzione del sistema ad unità e dunque criteri direttivi del potere regolamentare. Così invero si esprimeva già G. Guarino, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.*, 1953, I, 541 e più di recente G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in Id. *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, Giappichelli, 2001, 179, nota 41, dove si sottolinea come la diffusione dei principi sia tale che «molto raramente si incontrano spazi vuoti, sicché il timore che i regolamenti indipendenti costituiscano una riedizione del primato dell’esecutivo e dunque della legge come mero vincolo negativo, viene ad esser molto attenuato» e la rete di principi “copre” lacune e schematismi della legislazione e, in definitiva, assicura il rispetto della riserva di legge.

¹³ Naturalmente non sempre la rete di principi, procedure, criteri tecnici, raggiunge

fornito rilevanti contributi¹⁴, a loro volta basati sulla giurisprudenza che ha particolarmente valorizzato, ai fini dell'inveramento del principio di legalità, gli elementi della motivazione e della partecipazione. Tali elementi, in sostanza, vanno a surrogare, al pari della disciplina sostanziale, la *interpositio* legislativa¹⁵. In talune sentenze si afferma *expressis verbis* che nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio¹⁶. Si aggiunge, ancora con particolare riguardo alle Autorità indipendenti, che, attesa la naturale flessibilità e mobilità delle materie affidate, non si prestano ad essere guidate da *standards* predeterminati, il che però è controbilanciato dal fatto che *standards* univoci sono ravvisabili nelle regole della tecnica (quelle che una volta si chiamavano le “regole dell’arte”). A tal

tale risultato. Talvolta infatti i criteri sono così generici che, per l’assenza di riscontri nella normativa primaria cui fare riferimento, il principio di legalità non può dirsi rispettato. Ad esempio, per restare ai regolamenti delle autorità indipendenti, dubbi consistenti di legittimità investono i regolamenti di Agcom in tema di comunicazione politica. In particolare è da ritenere non coerente con la riserva di legge il fatto che AGcom introduca una definizione di “soggetto politico” (v. ad es. delibera 83/03/CSP), oppure stabilisca la ripartizione degli spazi relativi alla comunicazione politica e ai messaggi autogestiti (si veda ad es. la delibera n. 84/03/CSP). Come pure non sembra in linea con la riserva di legge la previsione (che è ricorrente nei vari regolamenti adottati in materia) circa i programmi di comunicazione politica sui temi oggetto di consultazioni elettorali, secondo cui non possono prendere parte a tali programmi persone che risultino candidate in altre competizioni elettorali in corso, nonché alla previsione, nei giorni di maggiore concentrazione del voto, di una sorta di “moratoria” della comunicazione politica e dei messaggi auto gestiti relativi alle altre campagne elettorali in corso o allo stesso periodo ordinario (non elettorale): v. in tal senso F Donati-V. Boncinelli, *I regolamenti dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit., 156.

¹⁴ V. in particolare G. Puccini, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit., 14 ss., nonché F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2007, II ed., 111 ss. e *ivi* numerose ulteriori indicazioni.

¹⁵ V. sul punto la ricostruzione, con ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza di P. Lazzara, *L’azione amministrativa ed il procedimento in cinquant’anni di giurisprudenza costituzionale, Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 430 ss.

¹⁶ V. Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2007, 378 ss., con nota di S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle autorità indipendenti*, cui si rinvia anche per i molti richiami di dottrina e di giurisprudenza sulla c.d. “legalità procedimentale”.

proposito, è da ricordare che la giurisprudenza ha costantemente rilevato che il principio di legalità è inverato quando si tratta di norme «confacenti al particolare ambito tecnico – specialistico cui si riferiscono»¹⁷. Al punto che, addirittura con riguardo alla disciplina di sanzioni amministrative (quindi a stretta legalità), si è affermato che è ammissibile nella normativa regolamentare una certa «elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata»¹⁸; specialmente «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma (...) è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli»¹⁹. Del resto, con riguardo alle istruzioni di vigilanza, espressione del potere regolamentare di Banca d'Italia, si è messo in luce che la loro rispondenza al principio di legalità nasce dal fatto che si muovono entro criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario²⁰.

Non è un caso che agli stessi risultati è giunta la giurisprudenza della Corte Suprema Usa. Pure a fronte del fatto che in Usa i regolatori sono investiti solo dei poteri (*rule-making power*) espressamente delegati²¹, è possibile tuttavia constatare l'affermarsi di un c.d. "approccio interpretativo flessibile" (*generous judicial approach*) nel senso che la delega viene interpretata in maniera ampia in modo da dare all'Autorità la possibilità di emanare ogni norma che sia ragionevolmente correlata allo scopo fissato dalla norma abilitante.

Le conseguenze sono particolarmente evidenti proprio con riguardo all'Aeeg. Tale Autorità dispone già per la l. n. 481 di una serie estesa di poteri, definiti peraltro sovente per obiettivi o comunque con attribuzioni non puntuali, tutti comunque riconducibili entro la funzione di regolazione del settore. Tale carattere "a ridotta tassatività" è stato scolpito con particolare nitore dal Consiglio di Stato, quando ha osservato, proprio con riguardo alla l. n. 481/1995, che essa, al pari di molte leggi istitutive di amministrazioni indipendenti, «è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rin-

¹⁷ V. Cass., sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 770.

¹⁸ V. Corte cost. 24 luglio 1995, n. 356, in *Giur. cost.*, 1995, I, 2631.

¹⁹ V. Corte cost. 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1981, I, 843.

²⁰ V. Cass., sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amm. CdS*, 2004, 679.

²¹ *Chrysler Corp. v. Brown*, U.S. 281, 302 (1979); *Amalgamated Transit Union v. Skinner*, 894 F 2d 1362, 1368 (D.C. Cir. 1990); *Drake v. Honeywell*, 797 F 2d 603, 607 (8th Cir. 1986).

vii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare»²². Nella teoria classica dei poteri impliciti vi è un potere legislativo di cui si discute l'estensione (che questa derivi dalla presenza della *proper clause* o da principi generali o dall'effetto utile non rileva ai presenti fini). Quando si va a trasferire la tematica con riguardo alle autorità indipendenti, abbiamo anche qui una attribuzione di potere e un problema di delimitazione dei confini dello stesso. Certo è che all'attribuzione di funzioni ad una autorità indipendente deve corrispondere la predefinizione di criteri atti a garantire la cd. "raffrontabilità". Ed infatti, se si vanno a vedere le varie questioni che hanno interessato l'Aeeg, si potrà notare che non era tanto un problema di potere implicito e dunque di strumentalità e/o connessione, quanto di eccessiva vaghezza dell'attribuzione del potere, anche se le due tematiche sovente vanno a compenetrarsi e confondersi, perché tanto più il potere è attribuito in maniera generica, tanto maggiori sono le opzioni interpretative volte ad individuare campi di applicazione connessi e impliciti. Sicché il problema sta non tanto nel verificare la connessione e la "implicanza" dell'esercizio in concreto del potere in astratto attribuito, quanto la coerenza dell'attribuzione stessa di tale potere con il principio di legalità. Non a caso il Consiglio di Stato suole giustificare le letture c.d. "deboli" del principio di legalità con la presenza di garanzie partecipative, alla luce del noto criterio riequilibratore della cd. dequotazione della legalità rappresentato dalla presenza di garanzie partecipative²³, criterio che viene del resto invocato dalla Corte costituzionale come elemento che contribuisce ad inverare il rispetto della riserva di legge in una con la "tecnicità" della materia²⁴. La sentenza del Consiglio di St., sez. VI, n. 5827/2005, che andava a scrutinare una delibera dell'Autorità per l'energia elettrica la quale aveva imposto una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito da impianti di distribuzione a tutti gli utenti finali civili, affidando la stipula e la gestione del contratto al Comitato Italiano Gas, e aveva stabilito che i costi fossero coperti dalla componente addizionale della tariffa di distribuzione, ebbe a ritenere che non è riscontrabile una carenza di prescrittività del dettato nor-

²² Si v. sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, che annulla Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 6392.

²³ In tal senso, di recente, molto puntuale e rilevante Tar Lombardia, Sez. III, 11 ottobre 2010, n. 6913.

²⁴ Sul punto si rinvia ancora alle indicazioni di F. Cintioli, *Potere regolamentare*, cit., nonché al rilevante contributo di D. de Pretis, B. Marchetti, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, cit., spec. 348 ss.

mativo, il quale, stabiliti i poteri e le finalità dell’Autorità, secondo la tecnica del “programma legislativo aperto”, rinvia al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per fare emergere la regola che, dopo l’intervento degli interessati, risulta essere tecnicamente la più idonea a regolare la fattispecie. Sicché, nella specie, l’Autorità non ha fatto altro che esercitare un compito attribuitole dal legislatore: la tutela della sicurezza degli impianti e, mediante un congruo e giusto procedimento, ha individuato la regola tecnica più opportuna per il perseguimento di tale finalità²⁵.

Resta il fatto che la giurisprudenza, nel giustificare la conformità al principio di legalità, nel contempo disvela la presenza di poteri impliciti o comunque non rilevabili con immediatezza dalla legge²⁶. O meglio, impiega a tal fine soluzioni tecniche interpretative atte a disvelare i poteri impliciti in senso stretto. Tanto che giustifica tali poteri impliciti con la natura delle cose²⁷, per cui, se c’è da raggiungere i fini genericamente attribuiti dalla legge, la regolamentazione di settori pur non espressamente affidati all’Au-

²⁵ Per il vero si potrebbe osservare che la tutela della sicurezza non si ha imponendo l’assicurazione: la quale interviene appunto se la sicurezza non c’è stata. In altra occasione Tar Lombardia, Sez. III, 3 gennaio 2001, n. 1, ha tratto dall’obiettivo di assicurare la promozione dei servizi del settore del gas (v. art. 1, l. 481/1995) anche il c.d. potere di “socializzare” i conguagli conseguenti alle rettifiche tardive, cioè il potere di ripartire i conguagli fra tutti i diversi utenti del bilanciamento, in base alle rispettive quote di mercato. Da precisare che il servizio di bilanciamento è l’attività di interesse pubblico, esercitata dalle imprese di trasporto nell’ambito del servizio di trasporto e dispacciamento, consistente nell’approvvigionamento e nella gestione delle risorse necessarie a garantire l’esecuzione fisica delle transazioni di gas, la loro contabilizzazione e la determinazione delle partite fisiche ed economiche di immissione e in prelievo di ciascun utente del bilanciamento la cui responsabilità è affidata, per quanto concerne la rete nazionale di gasdotti, a Snam Rete Gas S.p.a., quale impresa di maggior trasporto.

²⁶ V. anche Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 2987: anche qui, facendo leva sulla finalità “a tutela della sicurezza”, si è ricavato che a tal fine l’Autorità può dettare prescrizioni che riguardano tutta la filiera della distribuzione.

²⁷ V. ancora Cons. St., sez. VI, n. 5827/2005, dove si legge «la natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell’Amministrazione indipendentemente quale amministrazione che si ‘autoprogramma’ secondo le finalità stabilite dal legislatore». Il passo citato conferma quanto rilevato da M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, 91-92, laddove si segnala la tendenza delle autorità indipendenti a inventare «nuovi strumenti quasi normativi per aggirare le difficoltà di un circuito giuridico allargato ma ancora ostacolato da importanti barriere [...]». Si produce così un variegato repertorio di strumenti giuridici che, piuttosto che seguire i classici percorsi della legalità asseconda e promuove dinamiche giuridiche compatibili con l’estensione del raggio d’azione delle relazioni economiche. Questa giuridicità camaleontica spiccatamente adattiva e teleologica è chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato».

²⁸ N. Bassi, *I poteri amministrativi di regolazione al cospetto del principio di legalità: osserva-*

torità è coerente al ruolo stesso di quest'ultima²⁸, oppure invoca l'esigenza di risultato o di effetto utile: si osserva così che le funzioni affidate a queste Autorità risultano strettamente connesse alla natura dell'attività che le stesse pongono in essere, attività che è volta a garantire comunque il risultato della regolazione del settore²⁹. Altre volte invece si appella al *passé-partout* rappresentato dalla tutela della concorrenza, considerando che «ai sensi dell'art. 2, comma 12, lettera c), l'Autorità controlla che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte»: il che a sua volta funge da presupposto per misure di riequilibrio e anche di inibitoria di comportamenti ritenuti lesivi dei diritti degli utenti³⁰ e a *fortiori* di prescrizioni come quella di far pervenire all'Autorità documenti contrattuali³¹.

Sulla stessa linea è riconducibile la giurisprudenza che ha dato una lettura estensiva delle direttive concernenti la produzione ed erogazione dei servizi³². Poiché esse investono anche i "livelli di qualità" generali e specifici, si è ritenuto che rientra tra i poteri dell'Autorità anche quello di porre

zioni su alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali, in Il ruolo del giudice amministrativo per il funzionamento dei mercati, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, Giappichelli, 2006, 287-298, legge in tal senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato.

²⁹V. in tal senso, Cons. St., sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 5681, e 24 ottobre 2002, n. 5691. In dottrina, E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., 130 ss., secondo cui discende dalla ragion d'essere di questi organismi la loro capacità di adottare misure, in via amministrativa, idonee a consentire la soddisfazione dell'interesse pubblico in vista del quale sono stati istituiti anche qualora tali misure non siano previste esplicitamente dalla legge.

³⁰V. la decisione del Tar Lombardia, sez. II, 11 maggio 2002, n. 2027, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2003, n. 4910; cfr. in argomento K. Marcantonio, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1124.

³¹V. il caso deciso da Tar Lombardia, sez. II, 13 aprile 2001, n. 3116.

³²È forse necessario precisare che l'art. 2, c. 12 lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481, prescrive che l'Autorità «emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37» (ai sensi di detto comma, «il soggetto esercente il servizio predispone un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e di quanto stabilito negli atti di cui al c. 36. Le deter-

prescrizioni che incidono sulle obbligazioni caratterizzanti lo svolgimento dei singoli rapporti di utenza, prescrizioni che poi vanno a far parte obbligatoriamente del contratto individuale di utenza³³. Diverso è il discorso, nel senso che non è questione di poteri impliciti (se non in senso del tutto atecnico), con riguardo alla questione circa il potere di Aeg di disciplinare l'ingresso e l'importazione del gas naturale: potere negato dal Tar Lombardia³⁴, e invece legalmente esercitabile per il Consiglio di Stato³⁵. Il problema era infatti solo quello di interpretare la nozione di attività "libere" ex art. 1, comma 2, lett. a), l. n. 239/2004: secondo il Consiglio di Stato – e invero con un ragionamento convincente – la liberalizzazione non è tale a tutti gli effetti, sicché permangono frammenti di poteri dell'Autorità anche nei confronti di attività poi definite libere. In sostanza, il Consiglio di Stato rileva che la "liberalizzazione" di cui alla l. n. 239/2004 non ha fatto venir meno una serie di poteri regolatori, così come, prima di tale legge, la giurisprudenza del Tar Lombardia aveva ritenuto nei confronti delle attività liberalizzate ma aventi rilevanza pubblica³⁶. E a tali conclusioni si giunge invocando il principio della libertà di concorrenza, principio che invero non si confà ad una regolazione *ex ante*. Senonché si ritiene che l'Autorità sia titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, al fine di salvaguardare le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza, dato che la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione. In altre parole la regolazione *ex ante* è ammessa fino a quando non si ritenga che l'attività sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. Sulla scorta di tale motivazione si è così concluso nel senso che l'Autorità ha il potere di

minazioni delle Autorità di cui al c. 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio»).

³³ V. ad es., per quanto concerne l'imposizione dell'obbligo di pronto intervento a seguito di segnalazioni di dispersioni di gas, Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2854, e Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, mentre, per quanto riguarda la determinazione da parte delle Autorità delle condizioni inderogabili per i contratti di vendita di gas naturale a clienti del mercato vincolato e a clienti finali di servizi di vendita di gas effettuati attraverso reti di gasdotti locali senza accesso consentito a soggetti terzi, v. Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628: ancora, per il potere di imporre obblighi in tema di qualità del servizio, onde garantire l'efficienza del sistema v., Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1409 (n. 9).

³⁴ Cons. St., sez. IV, 28 luglio 2005, n. 3478.

³⁵ V. Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352.

³⁶ Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 novembre 2002, n. 4515.

determinare i criteri per la negoziazione dei prezzi di cessione del gas naturale pur dopo la liberalizzazione del mercato del gas naturale³⁷.

Come è evidente – e lo dimostrano le critiche di autorevole dottrina e le stesse incertezze giurisprudenziali – le letture evoluzionistiche o di “adeguatezza” per corrispondere ai continui progressi della tecnica e delle esigenze pongono di continuo i dubbi di coerenza con il principio di legalità.

Non sono infatti mancate ipotesi in cui si è ritenuto – di solito con riguardo a prescrizioni provvedimentali – che i provvedimenti di Aeg non fossero in linea con il principio di legalità. Ad esempio, è stata ritenuta *contra legem* la fissazione di limiti massimi della concentrazione della capacità produttiva assegnabile ai singoli operatori mediante procedure concorsuali. Da notare che si trattava di un tetto “*antitrust*” che riguardava tre specifiche procedure concorsuali bandite dal gestore della rete di trasmissione nazionale (Grtn) e che il limite della quantità di energia assegnabile impingeva sulla iniziativa economica garantita dall’art. 41, c. 1, Cost., per cui la mera finalità di conseguire un mercato concorrenziale non è stata (e correttamente) ritenuta idonea a rispettare il principio di tipicità³⁸. Così come sono state ritenute *contra legem* delibere che imponevano obblighi a contrarre se pur rispondenti ad obiettivi procompetitivi: così la delibera n. 254 del 2004 con cui Enel s.p.a. veniva obbligata, laddove si fosse verificata una determinata situazione, ad offrire sul mercato la propria produzione ad un prezzo fisso per un determinato periodo, in modo da arginare il proprio *status* di *incumbent*³⁹ o le delibere n. 212 e 220 del 2005 con cui l’Autorità ha obbligato ancora Enel s.p.a. a cedere contrattualmente a terzi la capacità produttiva virtuale che, per ogni macrozona geografica in cui è suddiviso il mercato dell’energia elettrica le consentirebbe, secondo stime proiettate sull’anno 2006, di imporre il prezzo dell’energia elettrica al di fuori della logica concorrenziale⁴⁰. In tale maniera, secondo l’Autorità, si sarebbero ripristinate le condizioni di mercato in regime di concorrenzialità. Senonché nessuna norma consente l’imposizione di limiti all’autonomia negoziale degli

³⁷ V. Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 876, e 5 giugno 2006, n. 3352.

³⁸ V. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, in *Foro amm. Tar*, 2002, con nota di N. Bassi: *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell’azione amministrativa, fra regole costituzionali e norme comunitarie*, ivi, 1990.

³⁹ Tar Lombardia, Milano, sez. VI, 20 giugno 2005, n. 1946.

⁴⁰ Cfr. Tar Lombardia, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246, in *Foro amm. Tar*, 2006, 466, con osservazione di A. Cacciari, *In tema di limiti al potere attribuito all’Autorità per l’energia elettrica e gas e in particolare in tema di esclusione di un potere di imposta agli operatori di mercato di obblighi*

operatori in relazione alla gestione della propria capacità produttiva, ovvero ai processi di formazione del prezzo sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica. Il Consiglio di Stato, con la sentenza che ha confermato la illegittimità di tale deliberazione⁴¹, ha appunto messo in luce che il potere "a tutto tondo" di cui all'art. 2, l. n. 481/1995 deve comunque estrinsecarsi in direttive, cioè in atti dotati di genericità ed astrattezza e in cui vengono individuati compiti ed obiettivi di massima, rivolgendosi ad una platea indeterminata di soggetti senza imporre obblighi concreti e puntuali. Mentre invece a fronte di delibere a contenuto specifico, come quella che introduce nei confronti di un operatore determinato individuati obblighi di cessione di quantitativi di energia elettrica, fissando tempi, modalità e condizioni di prezzo, il principio di legalità, tanto più quando incide su situazioni individuali, tutelate dagli artt. 23, 41 e 42, Cost., non può certo essere inteso in senso debole: «il principio (di legalità *n.d.r.*) si attualizza inoltre nella previsione di fattispecie provvedimentali tipiche attraverso le quali si esprime la posizione di preminenza della pubblica Autorità». Del pari, è stata ritenuta illegittima la delibera dell'Aeeg che, pur in difetto di una attribuzione espressa, aveva ritenuto, dal complesso delle proprie funzioni, di poter imporre la destinazione dei proventi derivanti dall'attività nel settore elettrico (si trattava dei proventi conseguenti alla cessione di un ramo di azienda), alla riduzione degli oneri afferenti al sistema⁴². Sicché il diritto vivente (o la dottrina) oscillano tra chi ritiene indispensabile una enunciazione puntuale e tassativa delle competenze e dei provvedimenti adottabili e chi invece, applicando la teoria hamiltoniana degli *implied powers*, ritiene che comunque i poteri trovano titolo nella ragione stessa della istituzione di una autorità indipendente che è quella di «affidare ad un soggetto specializzato la disciplina continuativa di settore economico, adeguandola in modo dinamico – e dif-

derogatori rispetto al principio di autonomia negoziale, 473 e in *Giorn. dir. amm.* 2006, 1117, con nota di K. Marcantonio, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, cit.

⁴¹ Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244.

⁴² Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 gennaio 2007, n. 39; altra è la fattispecie decisa dal Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 689: lì è stata esclusa una competenza connessa dell'Autorità per la determinazione dei prezzi sorvegliati, perché la legge (art. 3, c. 32, l. 481/1995) stabilisce che le competenze connesse devono essere attribuite attraverso appositi regolamenti, che di contro non erano intervenuti (in sostanza tale comma funge da limite espresso alla introduzione di competenze connesse). V. comunque, per una rassegna critica sulla giurisprudenza del Tar Lombardia, nei confronti di provvedimenti di Aeeg, anche con riguardo al tema dei poteri impliciti, F. Fracchia, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Giust. amm.*, 2007.

ficilmente prevedibile a priori – all’evoluzione del relativo contesto di mercato»⁴³.

6. Per una puntuale definizione delle competenze delle autorità di regolazione

Mi sono diffuso forse sin troppo su tale problematica per due ragioni. Primo perché l’attribuzione “a mo’ di tonnara” di tutti questi compiti anche e soprattutto attraverso il criterio finalistico, accentua le incertezze di confini normativi, specie a fronte di misure incidenti direttamente sull’organizzazione dell’impresa o sulla regolamentazione contrattuale. Ragion per cui, in sede di attuazione delle direttive (e cioè con i decreti legislativi prefigurati dalla legge comunitaria), anziché riprendere passo passo le disposizioni comunitarie, sarebbe opportuno scandire in dettaglio le specifiche competenze e i relativi limiti. Se è vero che le competenze comunitarie non possono essere aggirate e/o ridotte (v. 33° “considerando” direttiva elettricità) e se è vero che, secondo la giurisprudenza costituzionale, la presenza di una direttiva comunitaria è idonea a inverare la riserva di legge, tale equipollenza opera sul piano della competenza in astratto dell’Autorità, ma non della competenza in concreto. Nel senso che se essa adotta, nell’ambito delle finalità indicate dalla direttiva, misure (e dunque compiti) che incidono sulla proprietà o sull’autonomia privata, attraverso l’esercizio di poteri provvedimentali, il principio di tipicità (proiezione amministrativa del principio di legalità) richiede una espressa previsione a livello di fonte primaria. Del resto la stessa direttiva prevede che gli Stati membri provvedano affinché l’autorità di regolazione sia dotata dei poteri necessari per assolvere con efficacia e responsabilità ai compiti loro affidati dalla direttiva (v. art. 37.4, direttiva elettricità).

In secondo luogo, perché tale *summa* di poteri non sempre è strettamente correlata a finalità pro-concorrenziali o comunque è finalizzata ad interessi che possono incidere sulla parità concorrenziale. Ad esempio la direttiva elettricità stabilisce che (v. art. 37.8) «in sede di fissazione o approvazione delle tariffe o delle metodologie e dei servizi di bilanciamento, le autorità di regolazione provvedono affinché ai gestori dei sistemi di trasmissione e di distribuzione siano offerti incentivi appropriati, sia a breve che a

⁴³ Cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., 131 ss.

lungo termine, per migliorare l'efficienza, promuovere l'integrazione del mercato e la sicurezza dell'approvvigionamento e sostenere le attività di ricerca correlate».

In altre parole il rafforzamento dei poteri dei regolatori riguarda non solo misure pro-competitive, ma anche l'attribuzione di competenze per contribuire a garantire un servizio universale e pubblico di qualità elevata in coerenza con l'apertura del mercato, per la tutela dei clienti vulnerabili e per la piena efficacia delle misure per la tutela dei consumatori con particolare riguardo all'accesso ai propri dati da parte dei consumatori. Infatti le direttive si caratterizzano per una particolare attenzione alla tutela dei consumatori, il che del resto ha un suo radicamento nell'art. 38 della Carta di Nizza (che ora ha lo stesso valore giuridico del trattato, ai sensi dell'art. 6, § 1, Tue): v. art. 3, di entrambe le direttive, circa gli obblighi di servizi pubblico e tutela dei consumatori, (art. 4 direttiva elettricità, art. 5 direttiva gas), artt. 5 e 8 e i rispettivi all. 1.

Come pure sono più volte ribadite le competenze volte al funzionamento efficiente del mercato (v. art. 36, lett. g), direttiva elettricità): verrebbe da dire, ricorrendo al linguaggio dell'ordinamento bancario, il valore della stabilità. Come pure l'adeguatezza di sistemi (lett. d), la sicurezza e la tutela dell'ambiente (v. lett. a); la sicurezza degli approvvigionamenti. Del resto, è noto che nei mercati liberalizzati gli organismi di regolazione sono chiamati ad assicurare non solo la *economic regulation* (tesa alla massimizzazione dell'efficienza allocativa), ma anche la *social regulation* (finalizzata alla garanzia della prestazione del servizio universale o di altri interessi pubblici come la tutela dell'ambiente) garantendo così il perseguimento degli obiettivi tradizionalmente assicurati dalla gestione pubblica.

7. Rapporti nei vari ordinamenti europei tra disciplina anti-trust “pura” e misure regolatorie del mercato energetico

Non c'è dubbio che questo afflusso di competenze incide o è suscettibile di incidere sulle regole concorrenziali “classiche”. Come pure, ed è situazione ricorrente, può essere che le misure pur pro-competitive adottate dall'Autorità non sono in linea con quelle in tema di concorrenza “pura”. Del resto, essendo misure *ex ante*, per necessità di cose incidono sul dopo, e cioè sulla situazione così come disciplinabile dall'Agcm. La diversità di organi (a differenza di quello che avviene con riguardo alla Commissione europea) accentua la problematica. Non a caso gli ordinamenti pongono a tal fine regole di coordinamento (del resto già parti della direttiva, secondo cui

la regolazione avviene «in stretta consultazione con altre autorità nazionali pertinenti, incluse le autorità garanti della concorrenza»: v. art. 36, c. 1: direttiva elettricità). In Italia, l'art. 2, c. 34, l. n. 481 stabilisce che «per le materie attinenti alla tutela della concorrenza, l'autorità garante della concorrenza e del mercato, esprime parere obbligatorio entro il termine di 30 giorni alle amministrazioni pubbliche competenti in ordine alla definizione delle concessione, dei contratti di servizio e degli altri strumenti di regolazione dell'esercizio dei servizi nazionali».

In Francia, vige un principio di reciproca consultazione. Ai sensi dell'art. 39 l. 2000.108, il Presidente della *Commission de régulation de l'énergie* (Cre), nel caso venga a conoscenza di un abuso di posizione dominante o di pratiche che ostacolano la libera concorrenza nei settori dell'energia e del gas, è tenuto a ricorrere all'autorità della concorrenza («*Le Président de la Commission de régulation de l'énergie saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il a connaissance dans les secteurs de l'électricité ou du gaz naturel, notamment lorsqu'il estime que ces pratiques sont prohibées par les articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce*»). L'art. 39, stabilisce altresì che l'*Autorité de la concurrence* comunica alla Commissione ogni ricorso concernente gli ambiti di competenza della Commissione stessa e può chiedere alla Cre un parere su ogni questione relativa ai settori elettricità e del gas naturale.

Inoltre, l'*Autorité de la concurrence* emette un parere preliminare relativo all'applicazione dei principi della separazione contabile sottoposta all'approvazione della Commissione (artt. 25-26, legge 2000-108 e art. 1.8.1. 2003-8).

Anche in Germania sono presenti sistemi di consultazione tra gli organi preposti alla tutela della concorrenza e quindi preposti alla regolazione nei settori dell'energia. In Germania la tutela della concorrenza è affidata, a livello federale, al *Bundeskartellamt* (Ufficio federale indipendente preposto alla vigilanza sui cartelli) e, a livello di *Land*, alle *Landeskartellbehörden* (uffici dei *Länder* preposti alla vigilanza sui cartelli). La legge in cui si definiscono compiti e strutture di tali uffici è il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (legge contro le limitazioni della concorrenza) del 26 agosto 1998 (ultimo emendamento 25 maggio 2009). L'art. 29 di questa legge riguarda l'ambito dell'energia e precisa che un'impresa di fornitura di elettricità o gas che da sola o insieme ad altre imprese ha una posizione dominante sul mercato ha il divieto di abusare di tale posizione imponendo corrispettivi o condizioni di contratto svantaggiose rispetto a quelle richieste da altre imprese su mercati analoghi oppure imponendo prezzi che superano in modo eccessivo i costi. Il controllo del rispetto di tale articolo ricade nell'ambito di compe-

tenza delle autorità preposta non solo alla concorrenza. Lo stesso vale per il controllo dei prezzi finali. In ogni caso, anche alle imprese attive nell'ambito della fornitura di energia si applicano le disposizioni della legge contro le limitazioni della concorrenza relative al divieto di discriminazione, al divieto degli abusi della posizioni di mercato, alla concentrazione, ecc. (artt. 19, 20, 29, 40 legge contro le limitazioni della concorrenza, art. 102 Tfu). Il controllo del rispetto di tali disposizioni e eventuali procedimenti nei confronti di imprese inadempienti spettano dunque al *Bundeskartellamt* e agli uffici dei *Länder* preposti alla vigilanza sui cartelli.

Tuttavia nel settore dell'energia l'EnWG (*Gesetz über die Elektrizität- und Gasversorgung* o *Energiewirtschaftsgesetz*), attribuisce competenze di tutela della concorrenza *anche* alle autorità di regolazione. Con riguardo ai rapporti tra autorità di regolazione e uffici preposti alla tutela della concorrenza, l'art. 58 EnWG prevede che le decisioni prese al termine di procedimenti attuati dall'autorità di regolazione nei confronti di imprese di fornitura di energia per violazione delle disposizioni relative alla separazione tra attività di trasmissione e attività di produzione, le decisioni che riguardano i casi di esonero di determinate imprese di fornitura dal rispetto delle disposizioni relative all'accesso alle reti e le decisioni che riguardano l'eventuale deroga al principio della determinazione dei prezzi in base ai costi, devono essere prese dalla *Bundesnetzagentur* d'intesa con il *Bundeskartellamt*. Inoltre, se la *Bundesnetzagentur* prende decisioni in applicazione della parte III dell'EnWG (Regolazione della gestione della rete), allora deve acquisire il parere dal *Bundeskartellamt* e alla *Landesregulierungsbehörde* del *Land* in cui si trova il gestore della rete interessato. Allo stesso modo, l'art. 58, c. 2, EnWG prevede che se l'Ufficio preposto alla vigilanza sui cartelli conduce un procedimento per violazione della normativa sulla concorrenza o dell'art. 102 del Tfu nei confronti di un'impresa che opera nell'ambito dell'elettricità e gas, deve conseguire il parere della *Bundesnetzagentur*.

Bundesnetzagentur e *Bundeskartellamt* sono infine tenuti a cooperare al fine di garantire una interpretazione dell'EnWG unitaria e compatibile con la legge in materia di concorrenza (art. 58, c. 3 EnWG).

Diversa la disciplina in vigore nel Regno Unito.

In tale ordinamento l'autorità di regolazione, *Gas and Electricity Markets Authority* (Gema), che si trova al vertice dell'*Ofgem* (*Office of the Gas and Electricity Markets*), dispone sia di poteri regolatori, sia di poteri generali di tutela della concorrenza. In pratica, il sistema in uso da noi per le autorità creditizie, prima della riforma del 2005. Infatti i poteri generali di tutela della concorrenza sono stati conferiti all'*Ofgem*/Gema dal *Competition Act*

1998⁴⁴ e dell'*Enterprise Act* 2002⁴⁵. In altre parole tali leggi hanno attribuito all'Autorità di regolazione dei mercati del gas e dell'energia elettrica, nei settori sottoposti a regolazione, i poteri relativi alla concorrenza che spettano in genere all'*Office of Fair Trading* (OfT), ovvero l'autorità preposta alla vigilanza sulla concorrenza.

Sicché il regolatore settoriale ha dunque, negli ambiti di propria competenza, pressoché tutti i poteri attribuiti all'OfT. Fanno eccezione i poteri generali di emanare linee guida sull'applicazione dei divieti e delle sanzioni e di emendare i regolamenti procedurali (*Procedural Rules*) relativi alla procedura da seguire nell'applicazione del *Competition Act* (quando l'OfT svolge tali funzioni è comunque tenuto a consultare i regolatori settoriali) oltre che la disciplina in punto di concentrazioni che ricade sempre nell'ambito di competenza dell'OfT, della *Competition Commission* e del *Secretary of State*.

L'applicazione delle previsioni del *Competition Act* è precisata nelle *Concurrency Regulations* (SI 2004/1077)⁴⁶ ai sensi delle quali, una volta stabilito quale autorità eserciterà le funzioni relative alla tutela della concorrenza, nessun'altra potrà esercitarle per la stessa materia a meno che il caso non sia formalmente trasferito ad un'altra autorità secondo il procedimento previsto dalle stesse *Regulations*. Secondo un rapporto del *Department of Trade and Industry* e del Ministero del Tesoro pubblicato nel 2006 il meccanismo con cui si stabilisce l'autorità cui spetta il compito di intervenire in caso di poteri concorrenti non presenta particolari problemi: tale meccanismo si basa sul principio per cui, nei settori sottoposti a regolazione, la tutela della concorrenza spetta di regola al *regulator* di quello specifico settore e quindi in genere l'OfT passa all'Ofgem/Gema le quali riguardano la concorrenza nei settori del gas e dell'energia⁴⁷, dopo aver considerato: se il caso interessi più di un settore sottoposto a regolazione; se vi siano stati altri contatti tra le parti e l'Ofgem o tra le parti e l'OfT; ogni caso recente analogo a quello in questione; la conoscenza settoriale del *regulator*.

Più problematica è invece la questione dell'interazione tra i poteri re-

⁴⁴ Il testo del *Competition Act* è disponibile sul sito: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980041_en_1.

⁴⁵ Il testo dell'*Enterprise Act* è disponibile sul sito: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020040_en_1.

⁴⁶ The *Competition Act* 1998 (Concurrency) *Regulations* 2004 (SI 2004/1077), disponibile sul sito: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2004/20041077.htm>.

⁴⁷ Department of Trade, *Concurrent Competition Powers in Sectoral Regulation. A Report by the Department of Trade and Industry and HM Treasury*, URN 06/1244, 2006, disponibile sul sito: <http://www.berr.gov.uk/files/file29454.pdf>.

golatori specifici (“*sector-specific powers*”) dell’Autorità di regolazione e i suoi “*general competition powers*”, ovvero i poteri che le vengono attribuiti dalla disciplina della concorrenza. È vero che le previsioni legislative attribuiscono espressamente all’Autorità di regolazione il potere di applicare la normativa sulla concorrenza, tuttavia non specificano i criteri in base a quali il *regulator* debba scegliere se applicare i propri poteri settoriali o i poteri che gli sono attribuiti dalla disciplina generale della concorrenza. L’Autorità può dunque scegliere, con un certo margine di discrezionalità, se garantire la tutela della concorrenza tramite i *concurrent powers* sopra elencati oppure sfruttando i propri poteri regolatori (ad esempio modificando le condizioni di licenza).

Secondo quanto riportato nel suddetto rapporto del *Department of Trade* del 2006, inizialmente l’Ofgem, come del resto le altre autorità di regolazione settoriali, ha mostrato una certa preferenza per l’applicazione dei propri poteri regolatori settoriali, soprattutto il potere di modificare le licenze o imporre determinate condizioni nelle autorizzazioni concesse. L’esercizio dei poteri conferiti dalla disciplina della concorrenza si è avuto solo nei casi in cui non si poteva intervenire sfruttando i propri poteri regolatori. Questo perché i poteri settoriali sono stati considerati più appropriati al fine di cambiare la struttura del mercato (o meglio di garantirne l’apertura) e assicurare l’accesso di nuovi operatori al mercato e lo sviluppo della concorrenza, mentre i poteri generali istituiti dal *Competition Act* sono stati considerati più consoni a mantenere la concorrenza una volta raggiunti l’apertura dei mercati e un regime di effettiva competitività. Inoltre i poteri settoriali sono risultati più appropriati in quanto ritagliati sullo specifico settore interessato; la procedura di intervento si è rivelata più snella e veloce e si aveva la percezione una maggiore certezza regolatoria (i *regulators* trovavano in genere che l’intervento tramite la modifica delle condizioni di autorizzazione comportava meno ambiguità, essendo le imprese più abituate a tale strumento)⁴⁸.

Tuttavia, l’applicazione dei *general competition powers*, secondo il suddetto rapporto governativo, sarebbe preferibile in quanto: stabilendo condizioni più restrittive per un eventuale intervento permette di evitare eccessivi interventi regolatori su un mercato che è già ampiamente competitivo; il *Competition Act* dà maggiori possibilità di scrutinio delle decisioni regolatorie da parte di terzi; garantisce una maggiore flessibilità e dà alle imprese maggiori incentivi a operare in modo vantaggioso per i consumatori e a mi-

⁴⁸ Ivi, 22-25.

gliorare il settore della produttività. Si auspica dunque un progressivo ritiro dalla regolazione settoriale e un maggior affidamento alla disciplina generale della concorrenza – che avrebbe anche il vantaggio di sottoporre le imprese ad un solo regime regolatorio⁴⁹. Peraltro, come emerge da questo stesso rapporto, l'applicazione dei poteri “generali” richiede una situazione di elevata competitività, dunque situazioni al momento non frequenti. Del resto, se vengono meno le asimmetrie, i monopoli, le situazioni di anticompetitività, non c'è più ragione di dar corso alla regolazione *ex ante*.

8. I criteri di risoluzione delle antinomie tra antitrust e regolazione di settore

L'attribuzione di poteri “generali” all'autorità di settore è dunque una soluzione di ridotta applicazione, e che solleva non poche obiezioni. Quanto agli istituti di coordinamento dianzi ricordati, come tutti gli istituti del genere, servono a ridurre i conflitti, ma non ad eliminarli del tutto. Tanto più che, anche se le autorità concordano, i terzi e le imprese interessate possono sindacare i provvedimenti *hinc et inde*. Non solo: misure regolatorie possono rivelarsi foriere di situazioni anticompetitive solo sul campo, anche in virtù del combinarsi con altri fattori. I conflitti quindi sono o possono essere all'ordine del giorno, soprattutto a fronte di una panoplia (intesa proprio nel suo significato semantico di complesso di armi) di competenze quali quelle attribuite ai regolatori.

E se quindi in astratto le distinzioni tra funzioni regolatorie e funzioni antitrust sono ben scandite (la funzione *antitrust* non è regolatoria, non consiste nel dettare prescrizioni generali e astratte per condizionare gli sviluppi di un certo mercato, e, viceversa, è sì trasversale, ma anche contingente, flessibile e sanzionatoria), è riconosciuto da tutti gli osservatori e studiosi della materia che esiste una tendenza frequente alla sovrapposizione e confusione tra regolazione *ex ante* e vigilanza *ex post*.

Può accadere, in primo luogo, che il regolatore abbia emanato prescrizioni pro-concorrenziali che finiscono per ridurre il campo dell'azione *antitrust*. Si pensi alla regolazione dell'accesso alla rete, la quale verrebbe ad escludere che si possa ravvisare un comportamento discriminatorio rilevante come illecito, qualora l'operatore dominante ne avesse rispettato i singoli dettami. Ovvero, si pensi alla fissazione di tetti *antitrust* cogenti sulle

⁴⁹ Ivi, 21.

regolazione e concorrenza nel mercato energetico

quote di mercato, al di sotto dei quali potrebbero esservi difficoltà nel ravvisare, ad esempio in sede di concentrazione, effetti anticoncorrenziali.

La regolazione, in casi di questo genere potrebbe condizionare l'intervento *antitrust*, sia dal punto di vista oggettivo (di configurabilità della singola fattispecie di illecito) che da quello soggettivo (della possibilità di imputare una colpevolezza all'autore del comportamento).

D'altra parte – si osserva – le trasversalità e le flessibilità dell'*antitrust* fanno sì che esso possa sempre svolgere una funzione riparatoria (che potremmo anche dire “sussidiaria”) rispetto a persistenti anomalie anti-concorrenziali.

Nel campo delle comunicazioni elettroniche, nel noto caso *Telecom*, il Consiglio di Stato ha dato indicazioni in tal senso: un insieme di regole dettate dall'Autorità competente può condizionare la connotazione di gravità dell'illecito e può incidere sul trattamento sanzionatorio o sulla soglia della colpevolezza, ma non può in nessun caso ridurre a zero l'azione di vigilanza *ex post* su vicende attinenti.

E invero da parte di molti si è affermato che esisterebbe un'autonomia della vigilanza *antitrust*, la quale verrebbe ad attuarsi sia al di sopra delle prescrizioni regolatorie pro-concorrenziali, sia contro il dettato di una misura di deroga alla libera concorrenza motivata da ragioni di interesse pubblico. Si sostiene cioè il principio della prevalenza della vigilanza *antitrust* sulla regolazione.

Si richiama a tal fine il caso *Cif* per dire che qualsiasi misura, sia pro-concorrenziale, sia misura pubblica (ed ancorché compatibile con l'art. 106, comma 1, del Tfu) potrebbe sempre esser disapplicata per sanzionare un comportamento illegittimo posto in violazione dell'art. 102. La massima di questa sentenza stabilisce che in presenza di comportamenti anticoncorrenziali, i quali siano imposti o favoriti da una normativa interna che ne legittima o rafforza gli effetti, l'Autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza cui spetti il compito di vigilare sul rispetto dell'art. 101 Tfu ha l'obbligo di disapplicare tale normativa, adottando di conseguenza le misure repressive del caso, con alcune limitazioni soltanto per l'applicazione di sanzioni per i comportamenti progressi. Questo principio implica, in breve, il potere-dovere dell'Autorità, di disapplicare la legge statale in contrasto con le norme comunitarie che garantiscono il libero mercato. Tale principio giurisprudenziale rafforzerebbe così l'autonomia della funzione di vigilanza *antitrust*, la quale rinviene le premesse per la sua esplicazione unicamente nella configurazione tipica dell'illecito e nel concreto atteggiarsi del mercato.

Non ritengo di condividere tale assunto perlomeno con riguardo alle

ipotesi in cui la disciplina divergente dalle regole competitive “classiche” è di provenienza comunitaria, come appunto la normativa *de qua*. E tanto basta per mettere da un canto il caso *Cif*, che aveva dietro di sé una fonte nazionalissima. Ritengo invece che debba trovare applicazione il principio di specialità: se c'è una normativa *ad hoc*, che nasce dalle particolari combinazioni e storia del settore, essa ha da prevalere, altrimenti sì che avremo una disapplicazione delle prescrizioni comunitarie.

Né questo determina una alterazione dei principi di cui agli artt. 101 e 102 Tfu. Da un lato, per quanto riguarda le intese restrittive, lo stesso art. 101 contiene una clausola di auto rottura, quando ciò sia funzionale al miglioramento della produzione o alla distribuzione dei prodotti o alla promozione del progresso tecnico ed economico. E soprattutto l'art. 106 Tfu prevede una deroga alle regole sulla concorrenza ove funzionali all'adempimento della specifica missione di gestione di servizi di interesse economico generale.

Né è richiamabile il principio della clausola più restrittiva, come è, ad esempio, con riguardo all'uso del territorio: clausola che risponde all'esigenza di tutelare i vari interessi gravanti sul territorio (paesistici, edilizi, culturali, idrogeologici, ecc.). Qui infatti l'interesse perseguito è sempre quello pro-competitivo (seppur perseguito *ex ante*) o è comunque un interesse pubblico indeclinabile (ambiente, sicurezza, consumatori) che prevale in virtù del principio di specialità. Una conferma viene dal noto caso *Trinko*, deciso dalla Corte Suprema Usa nel 2004. Nella specie una compagnia telefonica (Verizon) aveva negato a società concorrenti l'accesso alla infrastruttura di cui disponeva. Dopo l'intervento dei regolatori, che avevano indotto (con pesanti sanzioni) Verizon a più miti consigli, un avvocato di New York (di nome appunto Trinko), ebbe ad avviare una *class action* in rappresentanza di altri clienti delle società concorrenti di Verizon nello Stato di New York, sostenendo che le violazioni sanzionate potevano essere considerate quali condotte anticorrenziali, ai sensi della *section 2* dello *Sherman Act*. In particolare, Trinko lamentava che i disservizi e i ritardi nell'evadere gli ordini effettuali dai clienti di società telefoniche concorrenti a Verizon, come AT&T, rappresentavano condotte discriminatorie (escludenti). Tali condotte, sosteneva l'attore, rientravano nell'ambito di uno schema anti-concorrenziale teso ad avvantaggiare l'*incumbent* e si proponevano di scoraggiare i clienti a diventare o rimanere tali presso altri operatori telefonici, impedendo di fatto a questi ultimi di competere efficientemente nel mercato dei servizi di telefonia locale. La Corte però ha respinto l'azione, sostenendo che qualora un settore sia sottoposto a regolazione, i benefici che possono scaturire dal vaglio delle norme antimonopolistiche tendono ad es-

sere limitati e in particolare che i complessi e duraturi rapporti tra concorrenti sono difficilmente valutabili con le lenti *antitrust*, soprattutto in presenza di un apparato regolatorio. Inoltre tale tipologia di intervento mal si adatta a sostituire la regolazione. E il giudice Scalia, nel sottolineare l'importanza del *consent decree* concluso con la Fcc, ebbe a rilevare che il ruolo delle agenzie di regolazione meglio si presta, rispetto a quello antitrust, a censurare condotte anticoncorrenziali e ad imporre le sanzioni nel caso in cui gli obblighi posti a capo dell'*incumbent* – in questo caso di interconnessione – non vengano adempiuti correttamente.

In realtà, è stato rilevato, la preferenza per il regolatore sta nel proposito di incentivare l'investimento, l'innovazione e la crescita.

Il regolatore appunto persegue tutte queste finalità, le quali non vengono perseguite dalle imprese se non v'è certezza. Del resto questo principio emerge dal Regolamento sull'Agenzia europea, la quale potrà anche concedere esenzioni all'obbligo di consentire l'accesso dei terzi alle reti (*Third party access-Tpa*) nei casi in cui questa sia la condizione perché un soggetto privato costruisca a sue spese un tratto di gasdotto o un terminale di rigassificazione di Gnl. Infatti le società disposte ad investire in questi casi chiedono il diritto di utilizzare la nuova infrastruttura in esclusiva, e questo diritto, che consente al costruttore di assumersi l'onere e il rischio dell'investimento, costituisce una deroga ad un principio fondamentale del mercato interno europeo. D'altra parte, se l'infrastruttura non venisse costruita affatto, la condizione del mercato europeo non sarebbe migliore. La questione è stata sollevata diverse volte, sia per l'elettricità che per il gas, e gli stati membri e la Commissione hanno sviluppato soluzioni di compromesso in cui l'esenzione dal Tpa viene concessa per una quota della capacità da costruire (di norma l'80%) e per un periodo limitato (di norma venti anni)⁵⁰. Aggiungo che la regolazione ha dietro di sé procedure complesse, per non dire defatiganti, frutto di indagini, consultazioni, rapporti (a prescindere poi dalle decisioni che sono conseguenza degli orientamenti dalla Agenzia europea) ed il principio generale è quello per cui le procedure più complesse hanno quantomeno una forza passiva maggiore rispetto alle procedure meno elaborate.

La controprova è data dal fatto che, altrimenti, il non primato della regolazione deriverebbe da mere ragioni organizzative: se la regolazione è di competenza della stessa autorità *antitrust* (come la Commissione), la regola-

⁵⁰ P. Ranci, *Il mercato europeo liberalizzato del gas e la sicurezza degli approvvigionamenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 525 ss.

zione prevarrebbe in virtù del principio dell'autolimitazione e del divieto di contraddizione.

Abstract

This essay focuses on the interplay between market-oriented regulation and the framework for the protection of competition concerning the European energy market (gas and electricity). After providing an accurate definition of regulation, the paper focuses firstly on the legal tools fostering competition (in particular, the unbundling established in the third generation European framework); secondly, it examines the domestic and supranational laws that strengthens the independence of the regulatory authority; thirdly, it addresses the complex issues concerning the compliance of the regulation authorities measures with the rule of law. In the second part, the paper offers a comparison between different framework concerning the allocation of regulatory functions and the enforcement of competition law. According to the available data, the allocation between two authorities is more frequent than the concentration in just one institution. In conclusion, the author offers some theoretical and practical tools to resolve the antinomy between regulation and antitrust in the sector under investigation.

GIUSEPPE PIPERATA

IL LENTO E INCERTO CAMMINO DEI SERVIZI
PUBBLICI LOCALI DALLA GESTIONE PUBBLICA
AL MERCATO LIBERALIZZATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il servizio pubblico locale da concetto e tipico strumento per giustificare il monopolio pubblico a mercato economico da aprire alla concorrenza. – 3. L'ultima riforma per i mercati dei servizi pubblici di rilevanza economica: l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, e i suoi contenuti. – 4. L'assetto attuale dei servizi pubblici locali di rilievo economico e i suoi punti deboli: un disegno che non fa sistema, la frammentazione del regime giuridico, alcune contraddizioni nelle scelte legislative più recenti. – 5. Verso un nuovo regime giuridico del settore dei servizi pubblici locali?

1. Premessa

Da alcuni anni, il legislatore italiano è all'affannosa ricerca di un nuovo statuto giuridico da dare ai servizi pubblici locali. I tentativi, nell'arco di un decennio, sono stati numerosi e hanno provato a definire gli aspetti generali di un ambito rilevante per il governo locale, come fatto, da ultimo, dall'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, conv. con modif. in l. 14 settembre 2011¹; si sono incrociati con interventi settoriali, imposti dalle istituzioni comunitarie, come nel caso del servizio elettrico (d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79) e del gas naturale (d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164), e con scelte legislative compiute dalle regioni nei rispettivi ambiti di competenza; hanno subito ripensamenti go-

¹ Tra i tanti lavori sulla disciplina generale in tema di servizi pubblici locali, la sua origine e evoluzione si cfr. in particolare, G. Caia, *Sub artt. 22 e 23*, in *Commentario della Costituzione*, Fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Art. 128. Supplemento*, Bologna, Zanichelli, 1996, 262 ss.; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 15, 2004; F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007; *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, Giappichelli, 2008; F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2003.

vernativi, correzioni da parte del Giudice delle leggi² e persino una consultazione referendaria tenutesi nel giugno 2011. Tutto ciò, come si può facilmente immaginare, ha prodotto un'instabilità del sistema che si è riflessa soprattutto sugli assetti gestionali esistenti, sulle politiche di sviluppo e organizzazione seguite dagli enti titolari e dagli operatori economici e, in generale, sul funzionamento dei mercati di riferimento.

Si potrebbe dire che la causa di questa turbolenza – innanzitutto, legislativa, ma a seguire istituzionale e gestionale – sia riconducibile alla difficoltà per il legislatore di trovare un punto di equilibrio tra contrapposte categorie concettuali che oggi condizionano la definizione del quadro giuridico da applicare ai servizi pubblici locali, contrapposizioni che – con dinamiche che accomunano tale settore a molti altri del diritto delle amministrazioni pubbliche – riguardano il confronto tra politica e economia, Stato e mercato, pubblico e privato, autonomia e libertà, regolazione e gestione, e via dicendo. D'altro lato, bisogna ricordare che non è facile aprire alla concorrenza settori economici per molti anni chiusi all'interno del monopolio pubblico, trovando qualsiasi tentativo di riforma una scontata resistenza da parte degli attori destinatari degli effetti negativi del cambiamento³.

Ma vi è di più. Tutti gli ultimi interventi legislativi in materia hanno confermato il concetto di servizio pubblico locale così come si è formato nella tradizione amministrativistica italiana ed il suo modello di governo incentrato sul ruolo fondamentale dell'ente locale. Allo stesso tempo, però, soprattutto sul piano gestionale e organizzativo sono stati posti numerosi limiti al potere di intervento dell'ente locale, mentre molte scelte di governo sono state spostate in circuiti decisionali differenti dalla esclusiva autonomia locale. Si ha l'impressione, guardando le linee di riforma del settore seguite, che il legislatore stia forzatamente tentando di innestare sul vecchio sistema giuridico del servizio pubblico locale un nuovo modello di organizzazione di servizi prestazionali, i quali, però, conservano poco del carattere pubblico di un tempo e hanno perso una dimensione esclusivamente comunale. In

² Il riferimento è a Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 27 ss., con commento di G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, e Id., 17 novembre 2010, n. 325, *ibidem*, 2011, 484 ss., con commento di L. Cuocolo, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, e di A. Lucrelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.

³ Su tali aspetti, da ultimo, G. Napolitano, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv.*, 2010, 437 ss.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

pratica, si afferma la titolarità comunale dei servizi e la conseguente responsabilità, ma non è chiaro in cosa ciò si traduca, soprattutto a proposito della definizione del ruolo che l'ente locale può giocare; si continua a qualificare come pubblico il servizio ma è fortissima la tendenza a spostare verso i privati tutte le dinamiche gestionali; si continua ad affermarne il carattere locale, anche se alcune delle leve di governo di tali attività sono state spostate (o si vogliono spostare) in sedi differenti.

È forse questo il “difetto genetico” che ha impedito alle ultime riforme in tema di servizi pubblici locali di sedimentarsi e di essere attuate. Lo “strabismo” che ha accompagnato alcuni passaggi della legislazione più recente ha enfatizzato contraddizioni interne ed esterne agli interventi riformatori, con conseguente indebolimento di questi ultimi.

Il servizio pubblico locale è un concetto portante della tradizione del diritto amministrativo italiano (e non solo). Esso ha attraversato la storia dell'amministrazione pubblica italiana e, ancora oggi, le attività in cui lo stesso si sostanzia occupano un ruolo significativo nei sistemi di governo e di azione dei pubblici poteri. Quando tra la fine dell'800 e l'inizio del '900, la dottrina ed il legislatore ne hanno definito la portata ed i caratteri, tale concetto presupponeva un ruolo del comune, un assetto gestionale delle attività e un rapporto con la libertà economica dei privati ben definito e di un certo tipo. Oggi, invece, trasformazioni legate alla tecnica, ai mercati, alla società ed alle istituzioni impongono di rivedere il ruolo spettante al pubblico, di aprire la gestione di tali attività ad altre logiche e leggi diverse da quelle del monopolio pubblico e di riscrivere i rapporti tra autonomia locale e iniziativa economica privata. Sono trasformazioni profonde, che forse mettono in discussione dalle fondamenta il concetto stesso di servizio pubblico locale e davanti alle quali il legislatore non può non interrogarsi sulla sua attualità.

Nelle pagine che seguono si cercherà, nei termini sintetici compatibili con il taglio dato al presente lavoro, di ricordare l'origine del servizio pubblico locale e l'evoluzione della sua disciplina giuridica fino alle ultime revisioni legislative, in modo da mettere in evidenza come sono cambiati i contesti e i principi di riferimento. Del sistema regolativo vigente si ricorderanno anche i caratteri, allo stesso tempo provando a cogliere alcune contraddizioni, dovute ad impostazioni di fondo date al nuovo disegno riformatore. Infine, si cercherà di attirare l'attenzione su alcune questioni sulle quali il legislatore potrebbe soffermarsi al fine di ricomporre un quadro ordinamentale più stabile e coerente.

2. Il servizio pubblico locale da concetto e tipico strumento per giustificare il monopolio pubblico a mercato economico da aprire alla concorrenza

Come alcuni storici delle istituzioni hanno ampiamente dimostrato, le attività economiche oggi comunemente definite servizi pubblici locali sono una conseguenza della rivoluzione industriale e della urbanizzazione delle masse contadine⁴. Dalla seconda metà dell'800 in poi, i contadini, abbandonando le campagne per la città, portarono con loro nuovi bisogni ed aumentarono quantitativamente i bisogni collettivi già presenti.

Di fronte a tale fenomeno, istituzioni locali e imprenditori privati hanno reagito diversamente. Le prime hanno colto l'occasione, intervenendo direttamente e sperimentando nuove politiche di azione, che verranno ricordate sotto il nome di "socialismo municipale"⁵. I secondi, invece, per scelta o per mancanza di risorse, non hanno operato per soddisfare le nuove domande provenienti dalla società, con la conseguenza di lasciare ai soggetti pubblici campo libero e la più ampia libertà di manovra. Niente di cui meravigliarsi, visto che nel nostro Paese spesso l'intervento dei soggetti pubblici in economia è avvenuto «per supplire a debolezze storiche dell'economia italiana»⁶, e – volendo enfatizzare – «tutta la storia contemporanea non è che una storia di richieste di assunzione pubblica di attività che i privati non erano in grado di svolgere per ragioni di dimensioni aziendali»⁷.

Ad una fase iniziale di sperimentazione locale, caratterizzata dalla costruzione di modelli gestionali da parte degli stessi comuni⁸, è poi seguita

⁴ Cfr. F. Rugge, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie, «socialismo municipale»*, in *Jus*, 1984, 191 ss.; Id., *Trasformazione delle funzioni dell'amministrazione e cultura della municipalizzazione*, in *Isap, L'amministrazione nella storia moderna*, Milano, Giuffrè, 1985, 1237 ss.

⁵ Sul "socialismo municipale" e il conseguente effetto di «industrialismo municipale», oltre agli scritti di Rugge, cfr. G. Caia, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1989; L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Laterza, 2001, 400 ss. e S. Sepe, L. Mazzone, I. Portelli, G. Vetrillo, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006)*, Roma, Carocci, 2007, 99 ss.

⁶ Così S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, in *Storia dello Stato italiano*, a cura di R. Romanelli, 1995, Roma, Donzelli, 329.

⁷ Così M.S. Giannini, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e pubblica amministrazione. II. I servizi pubblici*, a cura di R. Perez, Milano, Giuffrè, 1985, 8.

⁸ A proposito dei percorsi innovativi che hanno accompagnato l'intervento in economia degli enti locali, ha ricordato R. Romanelli, *Centralismo e autonomie*, in *Storia dello Stato italiano*, a cura di R. Romanelli, cit., 148, che «tutti quei settori di intervento pubblico nei

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

una messa a punto legislativa di un sistema di municipalizzazione tramite assunzione delle attività, ad opera della l. 29 marzo 1903, n. 103, meglio nota come legge Giolitti. È opportuno richiamare le regioni che ne hanno giustificato l'approvazione e anche il modello di governo e gestione dei servizi pubblici locali introdotto, in quanto si è trattato di un modello che è stato applicato per quasi cento anni e anche perchè solo così facendo si possono meglio cogliere le differenze rispetto al disegno che si vorrebbe oggi realizzare con riferimento agli stessi settori di azione.

Ma veniamo alle regioni che spinsero il legislatore del secolo scorso a disciplinare un nuovo campo di intervento pubblico locale. Esse furono, in primo luogo, sociali e politiche, nel senso che si volle dare copertura legislativa all'azione municipale diretta a soddisfare nuovi bisogni e ad assicurare determinati interessi collettivi nello svolgimento di attività economiche. In tale prospettiva, quindi, come ricordato anche dalla dottrina dell'epoca, i motivi della municipalizzazione vanno ricondotti a differenti esigenze, in particolare favorire la diminuzione dei costi delle prestazioni di servizio, assicurare allo stesso tempo possibili profitti per l'amministrazione titolare, permettere una generalizzazione e intensificazione dell'uso dei servizi da parte delle collettività locali e garantire la qualità delle prestazioni rese⁹.

Non mancarono anche precise ragioni legate al contesto economico, trattandosi di mercati caratterizzati dal fatto che «la concorrenza non vi è molto attiva»¹⁰. Quest'ultima affermazione richiama l'opinione diffusa secondo la quale la principale ragione della municipalizzazione dei pubblici servizi (e successivamente della riserva pubblica della gestione) risiede proprio nella necessità di impedire agli operatori privati di sfruttare la natura monopolistica di tali settori¹¹. Infatti, le due dinamiche si sono intrecciate nel passato, considerato che l'impresa privata si è dimostrata in diversi casi

quali lo Stato ottocentesco tendeva per sua natura a non impegnarsi (...) restavano potenzialmente aperti all'iniziativa locale, e infatti divennero laboratori di sperimentazione di nuove politiche sociali». Anche M.S. Giannini, *I comuni*, in *I comuni*, a cura di M.S. Giannini, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 35, ha segnalato tale fase di innovazione amministrativa, notando che tra la fine dell'800 e l'inizio del '900 molti comuni italiani sfruttarono la limitata autonomia loro spettante, creando nuovi istituti giuridici e all'uopo elaborando un vero e proprio «diritto comunale».

⁹ U. Borsi, *Le funzioni del comune italiano*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, II, Milano, Società editrice libraria, 1915, 282 ss.

¹⁰ Come segnala G. Vacchelli, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuova antologia*, 1902, 427.

¹¹ Si v. ad esempio quanto affermato al riguardo da G. Montemartini, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Società editrice libraria, 1902, 179 ss.

inadeguata a fronteggiare le nuove esigenze e i nuovi bisogni di servizi manifestate dai singoli, vuoi perché non interessata ad intervenire in mercati che richiedevano imponenti investimenti vuoi perché orientata ad avvantaggiarsi della situazione monopolistica che tali mercati presentavano senza, però, curare l'aspetto etico – sociale connesso all'erogazione delle attività di servizio. Si capisce, allora, il perché della municipalizzazione dei servizi pubblici locali realizzata con la c.d. legge Giolitti ed il perché in tale legge sia stata netta la scelta a favore della gestione comunale e non privata delle attività in questione.

All'epoca vennero anche segnalati possibili rischi sottesi alla enfaticizzazione del ruolo del pubblico nella gestione dei servizi locali, che a distanza di molti anni e guardando all'attualità possiamo dire puntualmente avveratisi, come quello definito «germe malefico del funzionarismo»¹², inizialmente rappresentato da un possibile eccesso di personale assunto alle dipendenze dell'articolazione incaricata della gestione e oggi, invece, “mutatosi” in quelle sacche di inefficienza, nella moltiplicazione dei costi e nella politicizzazione delle strutture, ossia tutte quelle criticità costantemente denunciate e spesso chiamate in causa per invocare misure più restrittive del ruolo degli enti locali nei settori di servizio pubblico.

Venendo, poi, al sistema introdotto, la disciplina giuridica della municipalizzazione dei servizi pubblici locali si basava su tre pilastri.

Innanzitutto, una concentrazione sull'ente locale di tutte le funzioni inerenti il governo del settore, che andavano dalla qualificazione delle attività, alla scelta del modello organizzativo, alla regolamentazione del settore e così via.

In secondo luogo, il servizio pubblico locale era stato ancorato ad un concetto non definito nelle sue precise linee caratteristiche e, quindi, in grado di adattarsi a qualsiasi tipologia di attività prestazionale riconducibile ad una collettività locale. Ne è scaturita, pertanto, una «convenzionalizzazione circa le attività da riconoscere come servizio pubblico»¹³, che rappresenta la principale caratteristica dei servizi pubblici locali sotto il profilo della loro nozione.

Infine, centrale nel disegno introdotto dalla disciplina sulla municipalizzazione era il profilo organizzativo dei servizi pubblici locali, caratterizzato da una forte tipicità nella definizione delle formule concretamente uti-

¹² Sono parole di U. Borsi, *Le funzioni del comune italiano*, cit., 285.

¹³ Così M.S. Giannini, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e pubblica amministrazione. II. I servizi pubblici*, a cura di R. Perez, ult. cit.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

lizzabili per la definizione dell'assetto gestionale¹⁴. Basti pensare che, a livello teorico, è stato messo in evidenza come l'incertezza della nozione di servizio pubblico locale ai fini della qualificazione dell'attività poteva essere compensata dalla tipicità dei modelli organizzativi utilizzati, nel senso che «ciò che determina i servizi pubblici locali, esclusa l'area delle funzioni pubbliche e la zona intermedia delle attività meramente strumentali, è il dato soggettivo dell'ente (la decisione di assumerli) e quello organizzativo dell'obbligo legislativamente stabilito di praticare determinate tipologie, e solo queste (...). Si può dunque affermare, riassuntivamente, che il servizio pubblico è più organizzazione che attività e che, se correlazione tra i due ha da esserci, allora è più il modulo organizzativo prescelto (rispetto all'iniziativa privata o alla restante organizzazione dell'ente locale) a qualificare l'attività come servizio pubblico che non viceversa»¹⁵.

Inizialmente, i modelli gestori che vennero ipotizzati dalla legge Giolitti furono la gestione in economia, l'azienda municipalizzata e la concessione «all'intrapresa privata». Successivamente, il legislatore confermò tale rosa, integrandola con altre figure organizzative ora di carattere generale, come le aziende speciali e le società a partecipazione pubblica locale totale o miste, ora pensate specificamente per i servizi con una valenza più sociale o culturale, come le istituzioni o le associazioni e le fondazioni partecipate.

Ma vi era un punto che più di ogni altro caratterizzava il sistema voluto dalla legge Giolitti: la valorizzazione dell'autonomia locale nella assunzione di una attività come servizio pubblico locale (salvo i casi di servizi obbligatori) e nella definizione dell'assetto organizzativo (sia pur nei limiti dei modelli tipizzati). La municipalizzazione dei servizi pubblici locali, quindi, non rappresentava una scelta assoluta, imposta obbligatoriamente agli enti locali dal dato legislativo. Anzi. Il legislatore affidava alle amministrazioni interessate la valutazione dei presupposti, l'opportunità dell'intervento pubblico e la scelta dei modelli da seguire caso per caso¹⁶. Al riguardo, si è parlato di «relatività delle scelte di municipalizzazione»¹⁷, anche perché, come

¹⁴ Su tali profili, sia consentito rinviare per considerazioni più approfondite al mio *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 139 ss.

¹⁵ Così M. Cammelli, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 25.

¹⁶ Scrive U. Borsi, *Le funzioni del comune italiano*, cit., 286, che «il nostro legislatore non ha imposto la municipalizzazione, ma l'ha resa facoltativa, lasciando alle singole amministrazioni comunali di valutare caso per caso l'opportunità, secondo le speciali concrete condizioni nelle quali dovrebbero svolgersi i servizi che possono essere oggetto». Analogamente, G. Montemartini, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, cit., 307 ss.

¹⁷ Così A. Di Majo, *Giovanni Montemartini nella teoria e nella pratica dell'economia pubblica*,

ricosciuto dalla dottrina coeva, «il legislatore (...) non [aveva] dato al sistema della municipalizzazione nessuna patente di assoluta superiorità di fronte ad altri sistemi di esercizio di servizi pubblici»¹⁸.

Tuttavia, anche se connotati da una relatività di fondo, il concetto di servizio pubblico locale e il sistema di assunzione e gestione così come ipotizzato dalla legislazione sulla municipalizzazione, per moltissimi anni, non sono stati mai messi in discussione né dalle amministrazioni interessate né tantomeno dal legislatore. Le poche riforme intervenute hanno sempre confermato la centralità del pubblico nel governo e nella gestione dei servizi pubblici locali¹⁹. Unica novità, intervenuta alla fine del secolo scorso, l'introduzione del modello societario come possibile figura gestionale da utilizzare per quei servizi caratterizzati da profili di economicità (art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142), che andava, però, a dare piena legittimità ad una dinamica organizzativa già sperimentata nella pratica²⁰. Allo stesso tempo, la disciplina di uno strumento, come quello delle società miste, idoneo a consentire una collaborazione pubblico – privato, molto più intensa di quella caratterizzante l'alternativa figura delle concessioni, segnalava una ripresa di interesse da parte dei privati per un settore in costante crescita e rappresentava il primo segnale di un possibile cambio di prospettiva nella definizione del sistema dei servizi pubblici locali.

Il cambio arriva, infatti, circa dieci anni dopo, non con il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, – che all'art. 112, continua ad affermare che alla gestione

in *Riv. Dir. fin. Sc. Fin.*, 2005, I, 43, al quale si rinvia anche per alcune riflessioni sulla attualità del pensiero di G. Montemartini.

¹⁸ Così U. Borsi, *Le funzioni del comune italiano*, cit., 303.

¹⁹ Per una puntuale ricostruzione di tale percorso temporale, si rinvia a F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37 ss.

²⁰ A proposito dell'emersione e riconoscimento del modello societario nella gestione dei servizi pubblici locali, sia consentito rinviare a G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, Giappichelli, 2008, 291 ss. Sul modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali è stato scritto moltissimo; tra i tanti lavori si possono ricordare: *Le spa comunali e la gestione dei servizi pubblici*, a cura di G. Alpa, A. Carullo e A. Clarizia, Milano, Il Sole 24 Ore, 1998; *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, a cura di G. Caia, Rimini, Maggioli, 1995; M. Cammelli e A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 2ª ed.; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001; P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994; *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, a cura di G. Sanviti, Bologna, Il Mulino, 1995; *Le società miste per i servizi locali*, a cura di F. Trimarchi, Milano, Giuffrè, 1999.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

dei servizi pubblici di competenza locale provvedono gli enti territoriali di riferimento e che appartengono a tale categoria di intervento i «servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» –, ma con l'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, il quale in un primo momento aveva previsto una distinzione tra le categorie dei servizi pubblici locali di tipo industriale e non (art. 35, l.n. 448/2001), in seguito, però, riformulata in termini di rilevanza economica o meno dei servizi in questione (art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con modif. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326), facendo rilevare tale distinzione soprattutto sul piano gestionale, visto che ad ogni categoria di servizio corrisponde un preciso statuto organizzativo e gestionale di riferimento²¹.

Proprio con riferimento all'organizzazione dei servizi di rilevanza economica, il panorama delle opzioni gestionali è stato profondamente rivisto dalla riforma del 2001, alla luce di tre nuovi principi ispiratori: il principio della proprietà pubblica delle reti, quello della separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio ed, infine, quello della preferenza verso meccanismi concorrenziali per aggiudicarsi l'attività di erogazione. Nel nuovo contesto ordinamentale, l'autonomia dell'ente locale non veniva annullata, in quanto si metteva a disposizione di quest'ultimo un ventaglio di soluzioni organizzative per far fronte alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: quelle che consentono una parziale liberalizzazione del settore rendendo contendibile per le imprese interessate il mercato di riferimento (affidamento con gara del servizio); quelle che permettono un intervento indiretto dei privati nella gestione del servizio attraverso la partecipazione degli stessi al capitale della società in mano pubblica incaricata (affidamento diretto a società miste); infine, quelle che garantiscono la gestione interamente pubblica dell'iniziativa economica, anche se realizzata attraverso moduli societari (affidamento diretto a società *in house*).

La riforma del 2001 (soprattutto, nel testo stabilizzatosi dopo i correttivi del 2003), quindi, pur rivedendo il quadro organizzativo, non sovverte i

²¹ Per un commento alle riforme dei servizi pubblici locali intervenute nei primi anni del 2000, si rinvia a *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, a cura di M.P. Chiti, Bologna, BUP, 2006; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2^a ed., 2581 ss.; Id., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 121 ss.; G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5527 ss.; A. Vigneri, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, in *Commenti al t.u. sull'ordinamento delle autonomie locali*, coord. L. Vandelli, Rimini, Maggioli, 2004.

rapporti tra pubblico e privato con riferimento al ruolo da svolgere nella gestione dei servizi pubblici locali. Tuttavia, essa segna una cesura con il precedente regime giuridico e anticipa le linee di trasformazione che verranno portate avanti dalle riforme successive, come dimostra il nuovo testo dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, fin dal suo *incipit*, nel momento in cui collega la disciplina dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali alle esigenze di tutela della concorrenza. In tale prospettiva, le formule gestorie dei servizi pubblici locali sono predefinite dal legislatore non più per accompagnare l'esercizio dell'autonomia locale finalizzato all'intervento diretto in economia, bensì sono regole pensate per un mercato – quello dei servizi locali – nel quale debba essere garantita la concorrenza. È facile trovare una similitudine con il contesto caratterizzante l'epoca precedente alla c.d. legge Giolitti e all'affermarsi della municipalizzazione, quando si invocava l'intervento regolativo da parte del legislatore statale come difesa delle libertà economiche e dei mercati contro «le tirannie municipali» e i loro interventi²².

Ma il cambiamento di prospettiva introdotto dalla riforma del 2001 è anche sintomatico di alcune novità che negli ultimi anni sono intervenute a proposito del governo dei servizi pubblici locali.

In primo luogo, è cambiato l'atteggiamento degli operatori privati rispetto al settore in questione. Il servizio pubblico locale, infatti, continua a mantenere anche una valenza sociale, ma esso appare oggi trasformato e gli operatori economici privati non presentano più rispetto a tale settore la scarsa capacità di intervento di cui si è detto, a causa di fattori innovativi esterni, non sempre di carattere giuridico. Lo sviluppo tecnologico e scientifico consente e la mondializzazione dell'economia hanno avuto l'effetto di favorire il rafforzamento dell'impresa privata, oramai in grado di operare efficacemente anche in quei settori non troppo “familiari”, come quello dei servizi pubblici locali. Inoltre, tali servizi rappresentano risorse significative all'interno di un contesto economico più ampio, con valori economici in grado di incidere in maniera apprezzabile sul PIL nazionale, e, di conseguenza, come tali contesi dal settore produttivo e dagli operatori pubblici²³.

Allo stesso tempo, sono cambiati i principi giuridici di riferimento per il servizio pubblico locale. Si sa che i principi giuridici hanno una rilevanza fondamentale in quei campi di intervento pubblico, *in primis* quello dei ser-

²² L'espressione è di L. Luzzatti, *La violazione della libertà economica nei regolamenti di polizia rurale*, in *Giornale degli economisti*, 1875, ripreso da R. Gherardi, *Le autonomie locali nel liberismo italiano (1861 – 1900)*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. 174 ss.

²³ Su tali profili sia consentito rinviare al mio scritto *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Ist. fed.*, 2009, 325 ss.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

vizi pubblici, che si sono caratterizzati per molto tempo – e ancora sotto alcuni aspetti continuano ad essere caratterizzati – da un *deficit* di disciplina organica. Infatti, è stato notato che rispetto a tale settore i principi ricavabili dall'ordinamento giuridico acquistano una importanza determinante, in quanto agiscono ora «come opera di sistemazione di episodici o settoriali interventi del legislatore nei servizi pubblici, [ora] come innovazione costituzionale che definisce l'interpretazione delle disposizioni preesistenti, [ora] come riduzione del molteplice ad unità di un ordinamento»²⁴.

Nel corso degli ultimi anni i principi che avevano accompagnato lo sviluppo della municipalizzazione e che avevano guidato l'affermazione del servizio pubblico locale come snodo chiave del governo locale sono stati affiancati e, in alcuni casi, hanno lasciato il posto a nuovi principi, soprattutto a quelli derivanti come conseguenza della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea e come conseguenza delle principali riforme istituzionali recentemente realizzate, primo fra tutti quello della concorrenza. In tale prospettiva, quindi, l'organizzazione dei pubblici servizi appare oggi condizionata dalla necessità di adeguarsi il più che possibile al principio di derivazione comunitaria riguardante l'apertura alla libera concorrenza del mercato di riferimento²⁵. Ciò, del resto, sta lentamente trasfor-

²⁴ Così, R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 42.

²⁵ Per un approfondimento della questione con riferimento ai servizi pubblici in generale: G.M. Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.* 1994, 201 e ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999; S. Gozi, *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione europea*, Bologna, CLUEB, 1998; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 370 ss.; G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, fasc. 2, 1999, 7 ss.; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, Laterza, 2000, 83 ss.; M. Long, *Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2001, 1161 ss.; L.R. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 479 ss.; F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Id.*, *Le leggi del mercato*, Bologna, cit., 59 ss.; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura di A. Massera, Pisa, Edizioni Plus, 2004; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2005. L. Bertoni e R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*², dir. M.P. Chiti e G. Greco, IV, Milano, Giuffrè, 2007, 1791 ss.; F. Cintio, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010.

Con riferimento specifico ai servizi pubblici locali: M. Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati, Rimini, Maggioli, 1994, 179 e ss.; L. Vasques, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, Giappichelli, 1999, 24 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concor-*

mando, al livello nazionale e locale, i settori tradizionalmente di servizio pubblico, stante anche il maggiore impatto avuto dalla costituzione economica europea sull'ordinamento italiano rispetto agli ordinamenti di altri Paesi²⁶ e grazie ad incisivi interventi legislativi ispirati a politiche di liberalizzazione e di privatizzazione.

Proprio a tale categoria di interventi vanno ricondotti gli ultimi tentativi compiuti dal legislatore italiano per riformare il quadro generale del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il primo tentativo è stato compiuto con l'art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif. in l. 6 agosto 2008, n. 133 (a sua volta, ulteriormente modificato dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. con l. 20 novembre 2009, n. 166), ampia e articolata disposizione con la quale sono stati ulteriormente diversificati gli statuti organizzativi applicabili ai servizi di rilevanza economica, a seconda dei mercati di riferimento e della natura del servizio pubblico locale che si intende gestire²⁷. Alla disposizione è stata data anche attuazione con il regolamento contenuto nel d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, il quale, arrivato dopo una lunga gestazione ministeriale e nonostante alcuni ripensamenti legislativi a proposito dei suoi possibili contenuti, ha arricchito il regime giuridico dei servizi con altre regole specifiche, le quali possono essere raggruppate in quattro grandi blocchi: 1) la definizione dell'ambito di applicazione e l'armonizzazione del quadro legislativo di riferimento; 2) il completamento del disegno riformatore del 2008 attraverso la definizione

renza, Torino, Giappichelli, 2004; D. Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 464 ss.; R. Ursi, *Il gioco del Monopoli e i servizi pubblici locali*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 466 ss. G. Caia, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, a cura di E. Follieri e L. Iannotta, Napoli, 2010.

²⁶ Non ha dubbi al riguardo M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, cit., 95 e s.

²⁷ I commenti all'articolo in questione sono numerosissimi. Si possono ricordare, M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 127 ss.; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 219 ss.; R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, 2008, 1109 ss.; C. De Vincenti e A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, Maggioli, 2011; M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. appal.*, 2010, 41 ss.; F. Merusi, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, 307 ss.; *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, Giappichelli, 2011; S. Tarullo, *Il restyling nella gestione dei servizi pubblici locali: osservazioni minime sull'art.23 bis del D.L. 112/08 come riformato dal D.L. 135/09*, in *www.giustamm.it*; F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 349 ss.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

delle misure promozionali del mercato, della disciplina degli affidamenti con gara e *in house*, e della separazione tra funzioni regolative e funzioni gestionali; 3) il rafforzamento del regime pubblicistico per le gestioni in deroga; 4) la previsione di canali non giurisdizionali di tutela dell'utenza²⁸.

Tuttavia, sul quadro appena descritto si è abbattuto l'esito referendario del giugno 2011, il quale ha prodotto l'abrogazione dell'art. 23 *bis*, ma ha avuto anche un effetto caducatorio sul d.P.R. n. 168/2010. Infatti, anche se politicamente valorizzato con riferimento agli effetti prodotti dalle misure pro concorrenziali nel settore idrico, il quesito referendario ha avuto ad oggetto l'intera disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nell'art. 23 *bis*. Ciò, come è logico, ha prodotto un vuoto legislativo, che per la Corte costituzionale che ha dichiarato l'ammissibilità del referendum, non avrebbe dovuto creare problemi, in quanto colmabile non con una reviviscenza delle norme in precedenza abrogate da tale articolo, ma con l'immediata applicabilità «nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica»²⁹.

In ogni caso, non c'è stato tempo per procedere nel senso astrattamente ipotizzato dal Giudice delle leggi, in quanto il legislatore italiano, con l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. in l. 16 settembre 2011, n. 148) ha sostanzialmente riproposto il regime giuridico contenuto nel precedente quadro normativo, sia pur escludendo dall'ambito di applicazione il servizio idrico integrato.

3. L'ultima riforma per i mercati dei servizi pubblici di rilevanza economica: l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, e i suoi contenuti

L'*horror vacui* dovuto all'effetto del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali di tipo economico ha spinto il legislatore italiano ad in-

²⁸ Per un commento del regolamento in questione: F. Dello Sbarba, *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urb. app.*, 2011, 26 ss.; F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106 ss.

²⁹ Corte cost., ord. 26 gennaio 2011, n. 24. Per un commento cfr. M. Capantini, *I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici!*, in *Quad. cost.*, 2011, 409 ss.

tervenire con la massima urgenza in materia, al fine di ripristinare, quasi integralmente, il regime in precedenza vigente e bocciato dal corpo elettorale. Sarebbe stato meglio rimeditare con più attenzione il quadro legislativo generale da dettare per il settore in questione, anche perché così facendo si sarebbe potuto correggere qualche aspetto critico che connota l'art. 4, d.l. n. 138/2011, e che potrebbe ostacolarne l'applicazione.

Sia chiaro. Non vi è da parte nostra un giudizio esclusivamente negativo nei confronti della disposizione in questione, che, come tutte le riforme che presuppongono innovazioni e transizioni, presenta luci e ombre. In parte, l'art. 4 contiene previsioni condivisibili di riorganizzazione di uno dei settori di intervento dei pubblici poteri locali più importante. Per altri profili, poi, si tratta di una riforma che si muove in una direzione obbligata, nel senso che impone delle trasformazioni rispetto alla situazione attuale che non dipendono da scelte nazionali, ma trovano la loro origine in precise politiche comunitarie, ovvero sono il frutto della forza di alcune trasformazioni economiche e tecnologiche che incidono sui mercati di riferimento. Quello che, però, suscita qualche dubbio nell'interprete attiene al fatto che, nella vicenda qui descritta, il legislatore italiano ha riproposto sostanzialmente un testo già contestato, senza preoccuparsi di correggerne i difetti (se non in minima parte) e senza sforzarsi di sfruttare l'occasione per provare a dare al disegno riformatore quel carattere di sistematicità e di maggiore profondità.

Si pensi al fatto che l'art. 4, cit., ripropone una disciplina vincolistica per gli enti locali con riferimento alla gestione dei servizi loro riconducibili molto più restrittiva di quella prevista dalla legislazione e dai principi comunitari, senza, però, chiarire in maniera sufficiente quale assetto finale dell'organizzazione dei mercati di servizio pubblico si intende perseguire, quali interessi e finalità debbono essere prioritariamente tutelati (la concorrenza, la maggiore efficienza del settore, la riduzione della spesa pubblica, una maggiore qualità del servizio e di tutela dell'utente?) e quale ruolo riservare all'ente locale che, comunque, continua a risultare formalmente titolare e responsabile di attività la cui gestione viene spostata su altri soggetti. Inoltre, tale disciplina è molto dettagliata e puntuale, cosa che, come dimostra l'esperienza, rischia di ingabbiare gli operatori, impedendo quella elasticità che normalmente deve accompagnare i processi di organizzazione e di gestione di attività economiche³⁰.

³⁰ Al riguardo non si può non condividere quanto affermato da L.R. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urb. app.*,

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

Soprattutto, sulla nuova disciplina si riflette un'altra ombra. Il Governo italiano ha introdotto l'art. 4 del decreto legge n. 138 sulla base della considerazione che l'effetto dei referendum fosse limitato soltanto all'acqua e al settore idrico. Tale interpretazione appare quantomeno "orientata", anche alla luce del fatto che, come risulta dalla lettura data dalla Corte costituzionale nell'ammettere i quesiti, l'obiettivo dei comitati – in particolare, perseguito attraverso il primo dei quesiti proposti – non era solo quello di impedire la privatizzazione dell'acqua, ma più in generale quello di superare lo statuto giuridico imposto ai servizi pubblici locali di rilievo economico estremamente limitativo per la gestione *in house* e per il potere di organizzazione degli enti locali³¹. Pertanto, già sono stati evidenziati in dottrina i forti rischi di illegittimità che potrebbero riguardare l'art. 4, d.l. n. 138/2011, per il fatto di reintrodurre una disciplina giuridica la cui vigenza è stata rimossa da un referendum abrogativo³².

Venendo ai contenuti della riforma del 2011, nel testo dell'art. 4 poche novità emergono rispetto alla conferma di regole già presenti nel precedente regime giuridico. In sintesi, si possono richiamare i principali elementi del quadro ordinamentale:

a) ridefinizione dell'ambito di applicazione della disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica:

la disciplina contenuta nell'art. 4 non si applica a tutti i servizi pubblici locali; alcuni mercati sono esclusi, e si tratta degli stessi settori già previsti dall'art. 23 *bis*, ossia il servizio di distribuzione di gas naturale e quello di distribuzione di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali, per i quali si rinvia agli specifici regimi giuridici settoriali. A questi, per effetto di quanto ricordato sopra a proposito del referendum abrogativo di giugno 2011, è stato aggiunto par-

2011, 906 ss., secondo il quale un intervento troppo dettagliato in materia di servizi pubblici locali potrebbe essere foriero più di incertezze che non di certezze di azione.

³¹ M. Capantini, *I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici*, cit., 410.

³² Cfr. E. Furno, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in www.giustamm.it, 2011, 30 ss.; A. Lucarelli, *Principali considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in www.federalismi.it, n. 16/2011, ai quali si rinvia anche per un commento della nuova disciplina.

zionalmente il servizio idrico integrato, al quale è stato riservato un trattamento più permissivo, in quanto sottratto all'applicazione di quelle disposizioni maggiormente vincolistiche per gli enti locali (c. 34);

b) misure promozionali del mercato e della libera iniziativa economica:

il disegno contenuto nel d.l. n. 138/2011 è molto più ambizioso rispetto ad altri tentativi compiuti nel passato, in quanto non solo introduce misure finalizzate a privatizzare i gestori e meccanismi di concorrenza per il mercato, ma immagina anche forme di promozione di vere e proprie liberalizzazioni, al fine di aprire i mercati dei servizi pubblici locali alla libera competizione tra più operatori economici pubblici e privati. Già l'art. 3, c. 1, d.l. n. 138/2011, afferma che i comuni, al pari degli altri livelli istituzionali che compongono la Repubblica, debbono entro un anno adeguare i propri ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.

A sua volta l'art. 4, nel rispetto di quanto appena ricordato e degli altri principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, obbliga gli enti locali a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, attraverso la liberalizzazione di «tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (c. 1). Si tratta di un adempimento obbligatorio, che l'ente locale deve fare prima di procedere con la riorganizzazione di qualsiasi servizio locale e successivamente con cadenza periodica. A tal fine, deve essere approvata una delibera da parte dell'organo competente, la quale deve essere adeguatamente pubblicizzata, trasmessa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e deve contenere l'illustrazione puntuale della verifica compiuta e, in particolare nei casi in cui si esclude la liberalizzazione, «le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio» (cc. 2-4).

Come si può facilmente notare, la nuova disposizione cristallizza una preferenza legislativa per la concorrenza come principio di organizzazione dei mercati di servizio pubblico locale. Infatti, per l'art. 4, d.l. n. 138/2011, l'ente locale che si trovasse davanti all'esigenza di riorganizzare un servizio pubblico di tipo economico di sua competenza deve procedere, in prima battuta, ad aprire il mercato di riferimento alla concorrenza. Solo nel caso

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

in cui ciò non fosse possibile, poiché risulta in maniera evidente l'assenza di quelle condizioni necessarie per poter far funzionare correttamente il mercato economico, allora l'ente locale potrebbe attribuire diritti di esclusiva seguendo le modalità previste nei commi 8 e seguenti dell'art. 4.

Saprà l'ente locale essere all'altezza del nuovo ruolo affidatogli? A parere di chi scrive vi sono alcune difficoltà applicative che non consentono, almeno in questa fase, facili ottimismo. In primo luogo, il legislatore non indica criteri oggettivi o precise metodologie da seguire per effettuare la verifica richiesta. Molto semplicemente nel testo legislativo si parla di «una analisi di mercato» finalizzata ad accertare che la libera iniziativa economica privata non riesca ad assicurare un servizio che sia rispondente ai bisogni della comunità. Si capisce facilmente, però, che in tale giudizio di corrispondenza vi sono ampi margini per valutazioni di carattere politico, sociale o altro, difficilmente sindacabili o contestabili. In secondo luogo, non tutti gli enti locali, nei tempi stretti immaginati dalla disposizione, dispongono di strutture qualificate per poter affrontare una «prova potenzialmente disagiata, che implica uno studio approfondito»³³. Ancora, considerato che molti servizi sono gestiti attraverso formule associative e di cooperazione inter-locale, non è chiaro se la valutazione va fatta per singolo comune o complessivamente per l'ambito territoriale più ampio. Infine, l'ente locale è obbligato dal legislatore (sia pur secondo le modalità stabilite nei rispettivi ordinamenti) a monitorare i mercati di servizio pubblico e a svolgere periodicamente la verifica in questione, anche se non viene indicata la conseguenza giuridica che si avrebbe nel caso in cui, in presenza di una gestione in esclusiva, si accertasse la sussistenza delle condizioni per realizzare una gestione concorrenziale del medesimo servizio. In tale ipotesi o si riconosce in capo all'ente locale il potere di interrompere il rapporto con il gestore titolare del diritto di esclusiva (ma obiettivamente ci pare una opzione troppo forte in assenza di una precisa previsione legislativa) oppure la valutazione periodica imposta rischia di trasformarsi in un esercizio inutile per le amministrazioni locali;

c) misure di disfavore verso la gestione pubblica del servizio:

la politica di liberalizzazione del settore è sviluppata dal d.l. n. 138/2011, con misure propositive della concorrenza, ma anche con misure finalizzate a ridurre la possibilità per l'ente pubblico titolare di gestire diret-

³³ S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, cit., 5 s.

tamente il servizio o di spingerlo a dimettere le gestioni monopolistiche esistenti o a interrompere gli affidamenti in essere non conformi. Tra le prime rientrano tutti quei limiti posti dall'ordinamento vigente al ricorso al modello societario *in house* e gli altri vincoli posti al modello dell'intervento in economia tramite società a partecipazione pubblica. Sotto tale profilo, il d.l. n. 138/2011, si affianca ad altre più recenti disposizioni che si sono mosse in tale direzione, come ad esempio, l'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, o l'art. 3, commi 27 ss., l. 24 dicembre 2007, n. 244³⁴. Tra le seconde, invece, vanno ricomprese quelle disposizioni che incentivano gli enti locali con una logica di premialità economica a dismettere le società partecipate (art. 5, d.l. n. 138/2011) e anche il rigido regime transitorio previsto nel comma 32 dell'art. 4, qui in commento, nel quale si fissano precisi termini di scadenza delle gestioni attuali non in linea con il nuovo sistema organizzativo dei servizi pubblici locali di tipo economico. Stando così le cose, è evidente la situazione di sofferenza in cui si trovano oggi le società a partecipazione pubblica locale, il cui futuro appare del tutto incerto, e non deve meravigliare né apparire come provocatorio se già la dottrina italiana sta iniziando a parlare del sistema delle partecipate come modello organizzativo sulla via del tramonto³⁵;

d) regime pubblicistico delle reti:

si tratta di un regime frutto dell'integrazione tra il comma 2 dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, e le nuove disposizioni dell'art. 4, d.l. n. 138/2011. Il primo cristallizza il principio della pubblicità dei beni strumentali alla produzione ed erogazione dei servizi pubblici locali, in quanto afferma che «gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici». A sua volta, il comma 28 dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, precisa che «ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti pri-

³⁴ Sui quali v., tra i tanti, G. Gruner, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, www.giustamm.it, 2011; D. Ielo, *Affidamenti diretti e conformazione ai principi comunitari*, in *Amministrare*, 2007, 59 ss.

³⁵ Il riferimento è al titolo del saggio di C. Ibba, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*. Gli elementi di crisi dello strumento societario pubblico sono ben evidenziati in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, cit., passim., F. Fracchia, *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enc. giur., agg.*, Roma, Treccani, 2008; G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in www.giustamm.it, 2011; *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2010, 66 ss.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

vati», con l'obbligo a carico del gestore, alla scadenza della gestione o in caso di cessazione anticipata, di cedere i beni strumentali al gestore subentrante, salvo eventuale indennizzo e comunque con salvezza di eventuali diverse norme o accordi in essere al momento dell'entrata in vigore dello stesso decreto (commi 29-31). Si aggiunga, poi, che la disciplina dei servizi pubblici locali contenuta nel d.lgs. n. 267/2000, contiene anche una regolazione *ad hoc* della specifica attività di gestione dei beni strumentali a tali servizi. In particolare, l'attività di gestione della rete e degli impianti viene considerata in astratto dal legislatore come attività autonoma rispetto al profilo della proprietà sugli stessi o all'erogazione del servizio, anche se in concreto potrebbe aggiungersi ai compiti spettanti ai soggetti titolari dei beni o alle imprese incaricate del servizio. Spetta, poi, al principio di separazione il compito di assicurare la tenuta del sistema, nel senso che si prevede che tendenzialmente l'organizzazione dei servizi pubblici locali deve avvenire secondo un modello di gestione separata della rete rispetto all'attività di erogazione del servizio. Tuttavia, tale eventualità risulta condizionata dalla presenza nella normativa di settore di una previsione in tal senso (cfr. art. 113, co. 3, d.lgs. n. 267/2000).

È evidente che tali previsioni hanno l'effetto di estendere la caratteristica tipica del regime demaniale, cioè l'incredibilità della proprietà spettante all'ente locale, a tutti gli impianti, le reti e le altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici economici, così introducendo una nuova categoria di beni pubblici, sottoposti ad un nuovo regime dominicale, che per caratteristiche si presenta più simile a quello riguardante il demanio che non a quello relativo al patrimonio indisponibile³⁶;

e) modello organizzativo ordinario attraverso esternalizzazione:

se la verifica condotta sulla possibilità di aprire il mercato dei servizi pubblici locali alla concorrenza ha dato risultato negativo, l'ente locale può riconoscere diritti di esclusiva a singoli gestori, i quali possono essere incaricati della gestione del servizio secondo un modello ordinario ovvero in virtù di un sistema derogatorio. Il modello organizzativo ordinario si basa sul classico meccanismo di concorrenza per il mercato, incentrato su di una procedura concorsuale di selezione del gestore, in quanto si pone come obiettivo l'esternalizzazione del servizio o, comunque, un coinvolgimento degli operatori privati nel mercato di riferimento. Le dinamiche gestionali

³⁶ Su tali aspetti cfr. M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 519 ss.

previste dal legislatore per dar forma a tale modello rimangono quelle dell'art. 23 *bis*, ossia: l'affidamento con gara ad impresa idonea e l'affidamento a società mista.

Nel primo caso la gara si svolge secondo le procedure di evidenza pubblica ed è diretta alla selezione di un imprenditore o di una società in qualunque forma costituita; è espletata dal comune direttamente oppure dalla società di capitali di cui all'art. 113, co. 13, d.lgs. n. 267/2000; è indetta «nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità» (art. 4, co. 8, d.l. n. 138/2011). Relativamente, poi, al contenuto del bando di gara e della lettera di invito, il comma 11 dell'art. 4 riprende le previsioni dell'art. 3 del d.P.R. 168/2010, escludendo anzitutto che la disponibilità delle reti, degli impianti o di altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi sostenibili ed essenziali per il servizio possa essere elemento discriminante nella valutazione delle offerte; assicurando che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio; imponendo che la durata dell'affidamento non superi il periodo di ammortamento degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore; prevedendo la possibilità di escludere forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti di partecipazione, qualora tale partnership possa produrre effetti restrittivi sulla concorrenza; imponendo che la valutazione delle offerte venga affidata ad una commissione nominata dall'ente affidante, composta da soggetti esperti nella materia e l'adozione di carte dei servizi, al fine di garantire la trasparenza informativa e la qualità del servizio;

f) modello organizzativo ordinario attraverso società mista:

A proposito dell'affidamento a società mista, il legislatore sottopone la possibilità per l'ente locale di affidare direttamente un servizio di rilievo economico ad una società dallo stesso costituita con soci privati a tre condizioni: in primo luogo, il socio privato deve essere stato scelto con procedure competitive ad evidenza pubblica, rispettose degli stessi principi che si impongono alle gare per l'esternalizzazione del servizio; in secondo luogo, la gara deve aver avuto oggetto, contestualmente, la qualità di socio, ma anche l'attribuzione di precisi compiti operativi riconducibili alla gestione del servizio; infine, al socio deve esser riconosciuta almeno una partecipazione pari al 40% del capitale (art. 4, co. 12, d.l. n. 138/2011). Di conse-

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

guenza il bando o la lettera di invito assicurano che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato svolga gli specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio e che, diversamente, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

Non deve meravigliare che la società mista sia stata messa sullo stesso piano della gara per l'esternalizzazione del servizio. Oramai, la società mista rappresenta uno dei principali modelli di partenariato pubblico-privato presente nel nostro ordinamento, che sia la giurisprudenza comunitaria sia quella nazionale hanno ritenuto compatibile con il principio comunitario in materia di concorrenza. In particolare, il giudice amministrativo nazionale ha fissato nei dettagli le condizioni da rispettare ai fini di una corretta composizione del modello partenariale³⁷. Quando tali requisiti sono stati rispettati, allora i modelli della società mista e della esternalizzazione con gara per la gestione del servizio si equivalgono³⁸. Se ha tale rapporto di equivalenza si somma il già richiamato atteggiamento di disfavore legislativo verso le società *in house*, non bisogna essere dei maghi per immaginare che nel futuro la società mista godrà di un rilancio, stante la sua idoneità, come modello organizzativo, di aprire il mercato ai privati senza dover imporre al pubblico la rinuncia a qualsiasi ruolo gestionale³⁹;

³⁷ Basta in questa sede richiamare Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1126 ss., con nota di G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*. Sul partenariato pubblico-privato, cfr. *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011.

³⁸ Recentemente il Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214, così si è pronunciato al riguardo: «l'affidamento di un servizio pubblico ad una società mista appositamente costituita con un socio privato operativo, scelto mediante procedura ad evidenza pubblica, è da equiparare all'affidamento mediante gara. Tale procedura garantisce, infatti, il rispetto dei principi comunitari in tema di libero mercato, in quanto non si realizza un affidamento diretto alla società, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo. Il modello, in altre parole, trae la propria peculiarità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio».

³⁹ Segnala il rilancio delle società miste anche M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, cit., 157.

g) *modello organizzativo in deroga attraverso società in house*:

è certamente rispetto all'affidamento *in house* che l'art. 4 del d.l. n.138/2011, si discosta in maniera più significativa dall'art. 23 *bis*, prevedendo da un lato che le società a capitale interamente pubblico possano partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge (c. 9) e soprattutto subordinando la legittimità dell'affidamento *in house* al rispetto di una predeterminata soglia economica pari a 900.000 euro annui, da calcolarsi in relazione al valore economico del servizio oggetto dell'affidamento (c. 13). Mentre l'abrogato 23 *bis* rimetteva all'ente affidante, previa acquisizione di un parere da parte dell'Autorità Antitrust, la valutazione in ordine all'opportunità di procedere ad un affidamento diretto, sulla base di criteri tutt'altro che inopinabili ("ipotesi eccezionali", "efficace e utile ricorso al mercato", "particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento"), l'attuale disciplina delinea in maniera piuttosto netta i confini di legittimità di un affidamento *in house*, ossia rispetto del criterio oggettivo legato al valore economico e rispetto dei criteri organizzativi riguardanti la conformazione del modello societario così come elaborato in sede comunitaria e nazionale.

Proprio riguardo alle caratteristiche che la società deve possedere, il comma 13 richiama genericamente il capitale interamente pubblico e «i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house"», che come si ricorderà sono rappresentati dal requisito del controllo analogo e dello svolgimento dell'attività prevalente a favore degli enti soci⁴⁰.

Tale figura gestoria consente di «interiorizzare» il servizio, in quanto essa consiste nell'affidamento diretto dell'attività di erogazione ad un soggetto societario con capitale interamente di origine pubblica e legato agli enti di riferimento da un rapporto di delegazione interorganica. Valoriz-

⁴⁰ Sul tema delle società *in house* e sulle caratteristiche che la contraddistinguono è stato scritto tantissimo. In questa sede si possono ricordare alcuni riferimenti bibliografici: D. Casalini, R. Cavallo Perin, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; F. Goisis, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.; R. Occhiucupo, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, 525 ss.; V. Parisio, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss. La giurisprudenza, nazionale e comunitaria, si è oramai consolidata nel riconoscere le caratteristiche ricordate come identificative della peculiare figura organizzativa: da ultimo, cfr. CGCE, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

zando tale rapporto di immedesimazione, il legislatore sta progressivamente estendendo alle società *in house* incaricate della gestione dei servizi pubblici locali il regime pubblicistico cui sono sottoposti gli enti di riferimento relativamente a diversi profili. Si pensi, ad esempio, alla recente scelta di assoggettare le società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, ponendo in capo ai comuni che partecipano al capitale sociale la vigilanza sul rispetto dei vincoli derivanti dal patto (art. 4, c. 14), o ad alcune regole di pubblicizzazione dei processi di selezione del personale o di acquisizione di beni e servizi (cc. 16-17);

h) disciplina delle ipotesi di incompatibilità:

l'art. 14, nei commi 19 e seguenti, ripropone alcune cause di incompatibilità che il d.P.R. n. 168/2010, aveva in un primo momento disciplinato. Le ipotesi sono differenti, e vanno dal divieto per gli amministratori, dirigenti e responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale o degli enti di regolazione e controllo di svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti, alla incompatibilità degli amministratori locali nei tre anni successivi alla scadenza del mandato a ricoprire qualsiasi ruolo di amministratore di società partecipate. Si tratta di disposizioni di grande importanza, in quanto vanno nella direzione di ridurre i possibili conflitti di interesse nel governo dei servizi e delle società pubbliche e di provare a sottrarre tali società alle ingerenze spesso ingiustificate della classe politica locale⁴¹.

4. L'assetto attuale dei servizi pubblici locali di rilievo economico e i suoi punti deboli: un disegno che non fa sistema, la frammentazione del regime giuridico, alcune contraddizioni nelle scelte legislative più recenti

La disciplina contenuta nell'art. 4, d.l. n. 138/2011, è solo una parte, sia pur significativa, del quadro ordinamentale dei servizi pubblici locali. Questo è più ampio e articolato, fatto di discipline generali e discipline settoriali, a volte di matrice comunitaria, altre nazionale, altre ancora regionale. A completamento del quadro, poi, si aggiungono alcune disposizioni che defini-

⁴¹ Sull'importanza dei meccanismi che tendono ad evitare conflitti di interessi nella gestione delle partecipate incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, cfr. A. Calabrò e M. Torchia, *Conflitti di interesse e meccanismi di governance nelle local public utilities italiane*, in *Banca impresa società*, 2011, 105 ss.

scono i margini di manovra degli enti locali (si pensi alle disposizioni sulle possibili dismissioni di società municipalizzate *ex art. 5, d.l. n. 138/2011*) o i caratteri e l'azione dei soggetti gestori (si pensi, ad esempio, al c.d. Codice dei contratti, alle disposizioni sulle società in mano pubblica, ecc.).

Si tratta di discipline differenti, sia per contenuti sia per finalità perseguite, che in alcuni casi possono anche arrivare a seguire logiche e disegni contrapposti. Il disegno che il legislatore del 2011 afferma voler seguire è quello di traghettare i servizi pubblici locali di tipo economico verso possibili contesti di liberalizzazione o di dinamiche concorrenziali. Tuttavia, il percorso non ci pare disegnato in maniera coerente e puntuale, con la definizione di tutte le possibili opzioni organizzative e i possibili ruoli spettanti ai vari attori coinvolti.

Proviamo a ricostruire tale disegno. Innanzitutto, il legislatore immagina – e non poteva essere diversamente – un allineamento di tutte le gestioni esistenti alla nuova disciplina, nel senso di permettere la continuazione delle gestioni in essere solo se compatibili con il nuovo quadro e troncane, viceversa, le altre. Il regime transitorio, infatti, di cui al comma 32 dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, definisce i passaggi temporali di tale percorso, valido per tutti i gestori, privati e pubblici e anche per le società quotate.

In secondo luogo, una volta cessato il contratto di servizio per interruzione *ex lege* o per scadenza naturale, il legislatore non fissa come automatismo scontato l'avvio immediato di una nuova gestione, ma – come già visto – impone agli enti locali di verificare prima se esistono le condizioni per liberalizzare il mercato di riferimento. Solo nel caso in cui tali condizioni non siano presenti, allora la riforma autorizza l'amministrazione titolare ad attribuire diritti di esclusiva a singoli gestori. Anche in questa eventualità, però, è d'obbligo procedere all'attribuzione dell'incarico di gestione con meccanismi concorsuali ad evidenza pubblica, che favoriscano la concorrenza tra più operatori nel rispetto dei principi dei Trattati comunitari. L'affidamento diretto, viceversa, riveste un ruolo assolutamente marginale, in quanto perseguibile solo in presenza di gestioni economicamente minori e nel rispetto puntuale del modello della c.d. società *in house*.

Nel disegno sinteticamente descritto è nettamente evidente la scelta del legislatore del 2011 di traghettare i servizi pubblici locali verso mercati liberalizzati, costringendo gli enti locali a cercare a tutti i costi la competizione tra più operatori e l'apertura degli spazi economici che le *public utilities* presuppongono. La gestione pubblica perde qualsiasi carattere di ordinarietà, venendo marginalizzata a casi del tutto minori e con dei precisi vincoli organizzativi e gestionali.

Il riformatore, tuttavia, nel dettare le nuove linee di sviluppo dell'or-

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

ganizzazione dei servizi pubblici locali, non tiene conto di alcune dinamiche che concretamente potrebbero verificarsi e che, a nostro avviso, meritano di essere richiamate.

La prima riguarda il fatto che una volta accertata l'impossibilità di liberalizzare un determinato settore, poiché – come dice l'art. 4, c. 1, d.l. n. 138/2011 – «la libera iniziativa economica privata non risult[a] idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità», è difficile che tale idoneità venga recuperata nella fase successiva della concorrenza per il mercato. In altri termini, se non c'è un numero sufficiente di privati per farli competere all'interno di un mercato efficiente, forse potrebbe non esserci neanche un numero sufficiente di operatori che competono per accaparrarsi lo stesso mercato dall'esterno. Per il legislatore, prima si deve fare un tentativo per liberalizzare e, se non è possibile, bisogna insistere, invitando gli operatori economici alla competizione. In tutto ciò potrebbe esserci un rischio: imponendo come unica strada obbligata quella della liberalizzazione o dell'esternalizzazione, ci potrebbero essere casi in cui si passa da un monopolista pubblico ad uno privato, senza che l'ente locale titolare abbia gli strumenti per poter operare sul lato dell'offerta, dei confini del mercato, dei controlli sul gestore e della tutela dell'utente. Si tratta di un evidente punto debole del disegno riformatore, per un verso, tutto sbilanciato verso la liberalizzazione e concorrenza per i servizi pubblici locali e l'imposizione alle amministrazioni territoriali di seguire questa via, ma, per altro verso, privo di misure pensate per accompagnare gli enti stessi nel percorso descritto e per garantir loro un possibile ruolo di governo.

Ma non è l'unico “vuoto” presente nell'art. 4, d.l. n. 138/2011. Che succede se «la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» anche nella fase della concorrenza per il mercato, in quanto nessun operatore si presenta alla gara indetta o quelli presentatisi non vengono ritenuti idonei? In questi casi l'ente locale titolare può procedere attraverso una gestione pubblica o deve rinnovare la procedura per attribuire il diritto di esclusiva ad un singolo gestore? E, ammettendo la possibilità di risolvere con la gestione pubblica il fallimento del mercato, quali moduli organizzativi l'ente locale dovrebbe scegliere: l'azienda speciale, la società *in house*, la gestione in economia? Azzeccare soluzioni rispetto alle questioni sollevate è molto difficile, anche perché la storia dei servizi pubblici locali insegna che proprio negli spazi non regolati dalla disciplina di riferimento la pratica amministrativa si è introdotta per costruire modelli alternativi e, a volte, sperimentali⁴².

⁴² Cfr. C. Franchini, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv.*

Il nuovo disegno riformatore, anche se si muove con determinazione verso una precisa direzione, non ci sembra idoneo a dare la veste di sistema all'ordinamento generale dei servizi pubblici locali di tipo economico. Sono molte le dinamiche, importantissime per il settore e, a volte, anche strumentali alla realizzazione del disegno, che il legislatore del 2011 non prende in considerazione. Ciò avveniva anche in passato, ma si trattava di spazi volutamente lasciati liberi, in quanto comunque riempiti con l'ampia autonomia lasciata agli enti locali. Oggi, questa autonomia è stata fortemente ridimensionata rispetto all'organizzazione dei servizi pubblici locali e, in ogni caso, non possiede quella forza necessaria per andare a compensare l'assenza di alcune parti ordinamentali.

A ciò, inoltre, contribuisce anche l'estrema frammentazione del regime giuridico dei servizi pubblici locali. Se si guarda al passato, è facile notare che i servizi pubblici locali hanno goduto per molto tempo di un quadro ordinamentale di riferimento stabile, uniforme e omogeneo. Pure la nozione era unitaria, anche se difficilmente ricostruibile, e la distinzione tra servizi pubblici locali commerciali, imprenditoriali e sociali era puramente classificatoria, come tale irrilevante, in quanto non aveva ricadute dal punto di vista organizzativo, gestionale o di regime giuridico⁴³.

Da qualche anno il legislatore ha rivoluzionato tale situazione, imponendo la differenziazione delle attività. Per prima cosa si deve distinguere il servizio pubblico da altre attività riconducibili al governo locale. I servizi locali, poi, possono essere di rilievo economico e non e i primi, a loro volta, possono appartenere al regime generale o ad un singolo regime speciale. In pratica, non basta più stabilire che una determinata attività possa essere ricondotta alla categoria del servizio pubblico locale, ma bisogna anche accertare la natura del servizio, in quanto da tale ulteriore qualificazione dipende il regime giuridico, gestionale e organizzativo applicabile all'attività.

Alla scelta di distinguere le diverse categorie di servizi locali è seguita anche quella di frammentare gli statuti organizzativi, che possono essere più o meno aperti alla concorrenza: oggi, si va da modelli organizzativi che ammettono una gestione pubblica (ad esempio, servizio idrico) a settori orientati alla concorrenza all'interno di mercati liberalizzati (ad esempio, gas).

it. dir. pubbl. com., 2007, 1 ss., e in termini più ampi sia consentito rinviare al mio *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., *passim*.

⁴³ Su tali aspetti cfr., G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna, Monduzzi, 2005, 149 ss., e M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, cit.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

Anche, poi, all'interno del singolo quadro giuridico vi possono essere scelte ordinarie e scelte in deroga, come nel caso di quanto previsto dall'art. 4, d.l. n. 138/2011, di cui già si è detto. Quindi, oggi esiste un ricco ventaglio di attività e figure organizzative, tra di loro spesso diversissime e accomunate da formule qualificatorie che rischiano di suonare vuote, dato che non evocano più modelli unitari e comuni di organizzazione e gestione.

Non mancano, infine, nel disegno riformatore piccole contraddizioni, la cui importanza sta nel fatto che potranno essere strumentalizzate e così contribuire ad aumentare l'incertezza nell'applicazione della nuova disciplina. Alcune di queste contraddizioni sono puramente dovute ad un mancato raccordo tra le diverse parti che compongono l'art. 4, d.l. n. 138/2011, e la nuova disciplina che da questo deriva.

Quella più evidente riguarda l'incompatibilità tra quanto previsto nei commi 7 e 9 della disposizione più volte citata e la precisazione presente nel comma 33 del medesimo articolo. Per il comma 7 i gestori di servizi pubblici locali, senza distinzione alcuna, sono tenuti al rispetto dell'obbligo di separazione previsto dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, nel momento in cui intendano operare in mercati differenti rispetto a quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva. Analogamente, il successivo comma 9, questa volta con riferimento alle sole società a totale partecipazione pubblica, stabilisce che queste possono partecipare alle gare per l'affidamento di compiti o servizi, a condizione che l'ordinamento non lo vieti specificatamente. Viceversa, il comma 33 introduce un forte divieto per alcune società che gestiscono servizi pubblici locali, in quanto afferma che le società affidatarie dirette di un servizio pubblico (ma anche le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti) «non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare».

Il divieto in questione era già presente nell'art. 23 *bis* (comma 9) e aveva generato un ricco contenzioso, il quale si era rilevato utile al fine delle definizioni pretoria dell'ambito di applicazione del divieto stesso. Infatti, si è consolidato un orientamento che ritiene applicabile il divieto solo alle società *in house* incaricate della gestione di servizi pubblici locali di tipo economico e non a quelle miste, essendo soltanto le prime qualificabili come soggetti titolari di affidamenti diretti⁴⁴. Ora, però, il divieto in questione

⁴⁴ Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez.V, 11 aprile 2011, n. 2222, la quale afferma che «l'af-

stride evidentemente con quanto affermato dai due commi che precedono, i quali lasciano intendere che anche le società *in house* potrebbero operare in mercati differenti da quelli nei quali godono dell'affidamento diretto, purché rispettando gli obblighi di separazione previsti dalla normativa anti-trust.

5. Verso un nuovo regime giuridico del settore dei servizi pubblici locali?

Abbiamo iniziato questa riflessione ricordando l'origine della municipalizzazione dei servizi pubblici locali, ne abbiamo riassunto, poi, l'evoluzione e le principali trasformazioni, le fughe in avanti e i ripensamenti legislativi, fino a descrivere i contenuti dell'ultima riforma, che immagina scenari organizzativi orientati in tutt'altra direzione rispetto a quella seguita nel passato.

Ma, come insegna l'esperienza, non basta indicare la direzione verso cui muoversi e pensare che ciò sia sufficiente a generare negli attori pubblici e privati coinvolti un processo di autocorrezione idoneo a consentire l'adeguamento al nuovo quadro giuridico di riferimento. Una buona riforma ha bisogno della definizione di alcuni elementi e di alcuni strumenti per poter funzionare, sui quali il legislatore non può tergiversare. Devono essere chiare, per prima cosa, le finalità che si intendono perseguire e, soprattutto quando sono in gioco profondi cambiamenti, le ragioni che ne stanno alla base, così come gli interessi che si intendono valorizzare e quelli che, invece, devono soccombere. Sul punto, la riforma del 2011 appare confusa e alla ricerca di un equilibrio tra pubblico e privato che è molto difficile trovare. Manca una politica del diritto chiara e univoca in materia di servizi pubblici locali e si ha l'impressione che il legislatore utilizzi l'obiettivo della liberalizzazione come unico rimedio a tutti i problemi che caratterizzano i settori di tale campo di azione, non preoccupandosi di differen-

fidamento ad una società mista pubblica e privata costituita con le modalità indicate dal c. 2, lett. b) dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito con l. n. 133/2008 e ss.mm. deve essere equiparato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, anche alla luce dei principi dettati dall'U.e. in materia, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara. Pertanto, il divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in atto, previsto dal c. 9 del citato art. 23-bis, si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica».

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

ziare le misure proposte rispetto alle criticità da correggere. Sul punto ci vuole coraggio, e la concorrenza e la liberalizzazione dei settori di servizio pubblico di rilevanza economica debbono essere frutto di scelte precise assunte in tal senso e non presentate come rimedi per far fronte a problemi che possono essere risolti anche altrimenti. Se il problema è migliorare l'efficienza dei settori forse basta operare sulle forme di gestione; se si tratta di limitare l'ingerenza della politica all'interno delle strutture di gestione pubblica sarebbe sufficiente una puntuale disciplina delle incompatibilità, dei conflitti di interesse e dei meccanismi di controllo; se, invece, l'obiettivo è di rivedere radicalmente il rapporto tra pubblico e privato all'interno del settore secondo logiche di concorrenza e di liberalizzazione allora bisogna toccare il piano dei soggetti e dei ruoli: il pubblico come attore perde determinati privilegi, ma di conseguenza anche l'attività acquista una natura che non è più quella di prima.

Una maggiore chiarezza sugli obiettivi che si intendono perseguire, tra l'altro, aiuterebbe anche ad uscire da quell'ideologismo senza costrutto, tra i fautori di un ritorno alla piena gestione pubblica e chi invece vorrebbe una completa liberalizzazione, che ha caratterizzato il dibattito che ha accompagnato le riforme dei servizi pubblici locali e che influenzerà anche le reazioni nei confronti dell'ultimo disegno riformatore del 2011⁴⁵.

Del resto, per realizzare obiettivi molto ambiziosi o che tendono a trasformare un settore di azione dei pubblici poteri che per anni si è basato su particolari schemi e logiche, il legislatore non può seguire scorciatoie, ma deve affrontare soprattutto le più importanti questioni di fondo che interessano la vicenda. Nel caso della riforma dei servizi pubblici locali, da ultimo operata, si ha l'impressione che non sempre ciò sia avvenuto. In particolare, il legislatore non sembra aver preso posizione rispetto al ruolo da riconoscere agli enti locali, alla costruzione di un sistema di regolazione e di tutela dell'utenza e all'attualità del concetto di servizio pubblico locale.

Fino a quando il legislatore non affronterà il problema del ruolo da riconoscere agli enti locali rispetto ai mercati di servizio pubblico liberalizzati o aperti alla concorrenza i rischi di fallimento di qualsiasi riforma di settore saranno elevati. Soprattutto, vanno eliminate quelle situazioni di ipocrisia che ancora caratterizzano il settore. Non si può continuare a ricondurre al principio di autonomia locale, costituzionalmente garantita, il fenomeno

⁴⁵ Parla, giustamente, di «ideologismo» come fenomeno negativo, S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, cit., 2 s.

della qualificazione e gestione dei servizi pubblici locali, o continuare a mantenere la formula vuota dell'art. 112, c. 1, d.lgs. n. 267/2000, secondo il quale «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici», quando poi il potere dei comuni nel governo dei servizi è stato ridotto al minimo. Non solo. È difficile che gli enti locali accettino di continuare a rispondere formalmente, politicamente ed elettoralmente del funzionamento dei servizi pubblici locali erogati sul proprio territorio, senza, però, poter disporre di alcun potere di influenza sugli stessi. È da queste incoerenze che derivano molte delle incertezze applicative e delle avversioni sempre manifestate dalle autonomie locali rispetto ai tentativi di riforma che si sono mossi verso la liberalizzazione del settore⁴⁶.

Quanto appena detto si lega alla questione della regolazione, che è la parte di cui si sente maggiormente la mancanza nel disegno riformatore del 2011. Non basta affermare che gli interessi pubblici sottesi alle attività di servizio verranno assicurati e garantiti non più attraverso la gestione diretta e materiale da parte del pubblico, bensì da un sistema puntuale di regolazione. Il sistema va costruito, attraverso la definizione dei centri deputati alla regolazione e degli strumenti da utilizzare. Il nuovo testo di riforma contiene pochi accenni alla questione, come nel caso del comma 5, art. 4, d.l. n. 138/2011, dove si afferma che «gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico». Poca cosa, se si pensa che – come ampiamente segnalato in dottrina – sui temi della regolazione e sulla capacità del legislatore di costruire un sistema adeguato si giocherà concretamente la possibilità di aprire alla concorrenza i mercati dei servizi pubblici locali⁴⁷.

La regolazione, a sua volta, richiama alcune questioni relative all'utente destinatario delle prestazioni di servizio – *in primis* la sua tutela –, la cui posizione di aspettativa e pretesa è molto più solida e richiede l'approntamento di strumenti in grado di interagire con il gestore, di monitorare l'attività e

⁴⁶ Segnala tale aspetto, D. Sabbatini, *La tradizione pubblicistica e l'incerto processo di riforma*, in *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, a cura di M. Bianco, P. Sestito, Bologna, Il Mulino, 2010, 29 ss.

⁴⁷ Cfr., su tali aspetti, quanto scritto da M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, cit., e G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, 145 ss.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

di far valere eventuali lamentele su disservizi riscontrati. In passato, le questioni ora richiamate potevano essere risolte attraverso l'esercizio degli ampi poteri di governo che l'ordinamento generale sui servizi pubblici locali attribuiva all'ente locale. Oggi le cose stanno diversamente, poiché, non solo il pubblico, come si è detto, ha perso alcuni strumenti di intervento nella definizione dell'offerta di servizio pubblico locale, ma soprattutto, in seguito all'introduzione di politiche di privatizzazione e di liberalizzazione del settore, anche con riferimento ai mercati di servizio pubblico locale si è affermata una maggiore attenzione alla qualità della prestazione e ai conseguenti profili di tutela dell'utente⁴⁸. In tale contesto, non basta il richiamo operato dall'art. 112, c. 3, d.lgs. n. 267/2000, alla disciplina contenuta nell'art. 11, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, con il quale si riconosce anche a livello di servizi pubblici locali il diritto dell'utenza alla qualità della prestazione e il rilancio della carta dei servizi come principale strumento per realizzarlo⁴⁹. È necessario anche definire un sistema di controlli da parte degli utenti sulla qualità delle prestazioni e anche immaginare efficienti rimedi giurisdizionali e non per risolvere facilmente eventuali controversie insorte tra questi e i gestori⁵⁰.

L'altro aspetto di fondamentale importanza, che il legislatore non può più evitare di affrontare, riguarda l'attualità del concetto di servizio pubblico locale. Più volte in questo scritto abbiamo incrociato la questione, ricordandone storicamente l'importanza avuta nel diritto amministrativo, la evoluzione subita e anche le ultime trasformazioni⁵¹. È arrivato, però, il momento di interrogarsi se ha ancora senso parlare di servizio pubblico locale. In dottrina, non sono mancati giudizi *tranchant*, fino ad arrivare a parlare di

⁴⁸ Su tali aspetti si rinvia a B. Boschetti, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, Cedam, 2007, e G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; Id., *I rapporti di utenza tra teoria del servizio pubblico e 'pratica' della regolazione*, in *I servizi pubblici in ambiente europeo*, a cura di A. Massera, Pisa, Plus, 2004, 103 ss.

⁴⁹ Cfr. G. Vesperini e S. Battini, *La carta dei servizi pubblici: erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, Maggioli, 1997.

⁵⁰ Interessanti considerazioni sulla questione segnalata si trovano negli scritti di S. Cadeddu, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2001, 679 ss.; G. della Cananea, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, *ivi*, 737 ss., e A. Sandulli, *La tutela giurisdizionale nelle "controversie in materia di servizi pubblici"*, *ivi*, 789 ss.

⁵¹ Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione del concetto, molto utili sono gli scritti di A. Police, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir.amm.*, 2007, 79 ss., Id., *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, cit., 65 ss., cui si rinvia anche per interessanti riflessioni sulla attualità del concetto.

una «inutilizzabilità della categoria di servizio pubblico»⁵². Su tale vicenda, comunque, giocano un ruolo fondamentale due fattori: l'influenza comunitaria e la trasformazione dei mercati di riferimento.

Il diritto comunitario, si sa, non conosce il concetto di servizio pubblico, ma utilizza quello di servizio di interesse economico generale. Si è sempre discusso sulla sovrapposibilità dei due concetti, sui punti in comune, sulle reciproche caratteristiche, senza però giungere mai ad un risultato condiviso⁵³. È stato efficacemente notato che Sieg e servizi pubblici «sono due locuzioni nate in ambienti ed epoche diverse, il cui senso è ancora in discussione dal momento che il significato della prima non è ancora stabilizzato, ma ha comunque destabilizzato quello della seconda»⁵⁴.

Alla destabilizzazione del concetto di servizio pubblico locale hanno contribuito anche le recenti politiche dirette ad aprire i relativi mercati ai privati e alla competizione tra gli operatori economici interessati, indipendentemente dalla natura pubblica o privata della veste giuridica. È evidente che, se vengono radicalmente modificate le condizioni di qualificazione, i modelli di gestione, i rapporti con gli enti pubblici di riferimento e con gli utenti, si potrà anche continuare ad utilizzare la locuzione servizio pubblico locale, ma questa andrà ad evocare un'attività molto diversa da quella per la quale la definizione era stata coniata. Soprattutto, si noterà una «depubblicizzazione» del servizio, con la quale bisognerà, prima o poi, far i conti⁵⁵. È un po' quello che è successo in altri settori nei quali l'apertura dei mercati alla concorrenza è stata avviata o realizzata, dove è visibile l'evoluzione subita dal concetto di servizio, classificato secondo categorie – come, ad esempio, quella del c.d. servizio universale – idonee a descrivere il cambiamento subito e le nuove caratteristiche dell'attività⁵⁶.

⁵² F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2008, 360 ss.

⁵³ Oltre al lavoro di L. Bertozzi e R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*², dir. M.P. Chiti e G. Greco, già cit., si v. anche il lavoro di S. Gozi, *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione europea*, Bologna, Clueb, 1998, molto utile per la mappatura in chiave comparata dei differenti concetti di servizio pubblico presenti nei diversi Stati europei.

⁵⁴ Così D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine degli anni zero del XXI secolo*, in *Giustamm.it*, n.1/2010, 1.

⁵⁵ Cfr. N. Giannelli, *Né Stato, né mercato. La depubblicizzazione dei servizi locali in Italia*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2010, 115 ss.

⁵⁶ Su tali aspetti cfr. G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002, e S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità: un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Milano, Giuffrè, 2007.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

Da quanto appena detto, è facile notare che il quadro ordinamentale in materia di servizi pubblici locale deve essere completato e spetta al legislatore compiere un ulteriore sforzo in tal senso⁵⁷. Anche a livello europeo, soprattutto negli ultimi testi che hanno strutturato l'impianto istituzionale dell'Unione, come il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'art. 14 è stata riconosciuta l'importanza dei servizi di interesse economico generale, ma allo stesso tempo è stato anche precisato che per consentire ai Sieg di assolvere ai propri compiti, è necessario definire tutti gli aspetti di contesto, soprattutto gli appositi «principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie». Ciò significa che il quadro di riferimento dei servizi pubblici locali non può essere limitato ad una questione di modelli di gestione, ma soprattutto deve essere caratterizzato dalla definizione delle condizioni economiche regolanti l'intervento pubblico e privato.

Finora il legislatore si è dimostrato prevalentemente interessato agli aspetti organizzativi del servizio pubblico locale, anche se nelle sue intenzioni l'obiettivo perseguito è quello ambizioso della liberalizzazione dei settori. La liberalizzazione, però, è una scelta legislativa che implica altre scelte conseguenti, innanzitutto, di costruzione di un regime giuridico in grado di sostenerla. In altri termini: il legislatore può sceglierla o meno, ma se la sceglie come soluzione da dare al mercato dei servizi pubblici locali allora lo deve fare con coerenza e fino in fondo.

Al riguardo, è opportuno segnalare che ogni intervento legislativo in materia di servizi pubblici locali che tende alla liberalizzazione dovrebbe tener presente alcuni punti fermi. Per prima cosa, tranne alcuni casi, si tratta di una scelta libera, non imposta dal diritto comunitario, il quale sul punto lascia alcuni spazi di manovra al legislatore nazionale. È vero che la rapida avanzata del processo di integrazione europea ha profondamente trasformato le istituzioni e l'economia italiana e ha imposto una revisione del soggetto pubblico come operatore economico. Oggi, la pubblica amministrazione «si dovrebbe preferibilmente occupare della garanzia dei diritti dei cittadini, degli utenti e della qualità dei servizi» e possibilmente non gestire le attività in forma diretta⁵⁸. Tuttavia, la liberalizzazione non è l'unica strada imposta dall'UE agli Stati membri rispetto a tutte le attività prestazionali di rilievo pubblico. L'art. 14, TFUE, fa salva «la competenza degli Stati mem-

⁵⁷ Sulla necessità di completare i processi di liberalizzazione in materia di servizi pubblici si pronuncia M. D'Alberti, *La liberalizzazione dei servizi. Passi successivi*, in *Econ. serv.*, 2007, 9 ss.

⁵⁸ Sono parole di G. Visentini e F. Raffaele, *La «nuova» costituzione economica materiale in Italia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2010, 361.

bri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi» e, come è stato rilevato in dottrina, «la disciplina costituzionale dell'economia dettata con gli articoli 41 e 43 Cost. appare assai meno radicalmente incompatibile con la disciplina comunitaria dei SIEG di quanto sembra essere opinione diffusa»⁵⁹. Allo stesso tempo, il legislatore italiano potrebbe, come ha già fatto, legittimamente adottare una disciplina che impone dinamiche concorrenziali molto più ampie di quelle previste in sede comunitaria, senza che ciò rappresenti un problema dal punto di vista costituzionale⁶⁰.

In secondo luogo, la liberalizzazione di un settore prima affidato alla gestione pubblica non è fuga dalle regole. Anzi. Come è stato ricordato in generale, «l'economia di mercato ... si delinea, non già come assenza di regole, ma come vero e proprio *regime giuridico*, [in quanto...] lo statuto giuridico del mercato non si esaurisce nella garanzia della concorrenza»⁶¹. Serve, quindi, una disciplina puntuale coerente e in grado di garantire certezza e un giusto rapporto tra pubblico e privato. La ricerca di tale equilibrio appare urgente, soprattutto in un momento di crisi economica come l'attuale, considerato che proprio in momenti così delicati è essenziale riconoscere con precisione i ruoli spettanti ai vari attori di un sistema istituzionale ed economico⁶².

Un'ultima considerazione, a questo punto, si impone. La richiesta di un nuovo intervento legislativo per completare il processo di apertura dei servizi pubblici locali alla concorrenza potrebbe riguardare anche il livello costituzionale, soprattutto in un momento come quello attuale nel quale è in discussione la modifica dell'art. 41 Cost., in modo da introdurre uno statuto più favorevole all'economia di mercato. Da sempre, sul punto le opinioni sono diverse, tra chi lamenta che «la Carta repubblicana ignora l'economia di mercato»⁶³ e, dunque, auspica una modifica costituzionale in tal senso; chi, invece, considera l'art. 41 aperto all'economia di mercato – la cui crisi è riconducibile ad altre cause, ma non ad una mancata tutela costituzionale –, con la conseguenza di ritenerlo ancora attuale⁶⁴; chi, infine, segnala che le

⁵⁹ Così D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine degli anni zero del XXI secolo*, cit., 8.

⁶⁰ Come, del resto, ricordato da Corte cost., n. 325/2010, cit., 6.

⁶¹ Sono parole di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Laterza, 1998, 114 s.

⁶² Cfr. F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 3 ss.

⁶³ Così N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 96.

⁶⁴ Cfr. quanto sostenuto in tal senso da G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2011.

i servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato

tante trasformazioni intervenute hanno inciso sul sistema economico, ma non in maniera così profonda da far nascere una nuova costituzione economica in senso materiale, alla quale, oggi, è necessario adeguarsi⁶⁵. Entrare nel merito del dibattito e provare ad assumere una posizione al riguardo appare inopportuno in questa sede. Tuttavia, si può solo affermare che, nel caso in cui il processo di trasformazione degli articoli della Costituzione riguardanti l'iniziativa economica sarà portato a termine, l'occasione dovrà opportunamente essere sfruttata per prendere posizione anche in sede di Carta fondamentale sul problema dei servizi pubblici e, in particolare, locali e su quelle che possono essere le conformazioni da dare ai rispettivi mercati.

Quello che qui ci si auspica è che il legislatore ordinario, al più presto, decida se veramente avviare un processo di liberalizzazione dei settori di servizio pubblico locale di rilevanza economica o meno e, se sì, di completare tutto il quadro di riferimento in maniera coerente con le scelte compiute. È un compito che gli spetta, come ogni qual volta deve intervenire per adeguare la legislazione ai nuovi tempi, alle trasformazioni della società, dell'economia e delle istituzioni. Del resto come si sa «da nuovi bisogni nascono nuovi diritti, e dai nuovi diritti nuove leggi (...) il campo dei diritti si espande e chiama in vita altre e nuove leggi e ne archivia di vecchie»⁶⁶.

Il legislatore che all'inizio del '900 seppe, con inventiva, scegliere il modello della municipalizzazione dei servizi pubblici locali, così venne celebrato da un deputato: «il processo sociale evolutivo si muove con largo, immenso ritmo, e la municipalizzazione dei pubblici servizi ne è come un'ondata. Auguriamoci che essa apporti tutto quel bene che il paese ha diritto di attenderne, e qualunque sia per essere l'esito della discussione, sia lode al Ministero che, nato sotto un cielo gravido di nubi e minaccioso di tempesta, seppe aprire al Parlamento ed al Paese questi nuovi orizzonti di lavoro e di giustizia sociale»⁶⁷.

Ancora oggi, come cento anni fa, il cielo è gravido di nubi e minaccioso di tempesta. Speriamo che le Istituzioni trovino ancora una volta la capacità e la lungimiranza di indicare nuovi orizzonti.

⁶⁵ Cfr. G. Visentini e F. Raffaele, *La «nuova» costituzione economica materiale in Italia*, cit., 362.

⁶⁶ Così, L. Canfora, *La legge o la natura*, in *La legge sovrana*³, a cura di I. Dionigi, Milano, BUR, 2008, 61.

⁶⁷ Sono parole di G. Frascara, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuova Antologia*, 1902, 491.

Abstract

This article focuses on the new regulation of local public utilities in Italy, enacted last summer. Firstly, the Author reviews the main points of the former discipline. Secondly, the new legislation is deeply described and analyzed, in order to understand if it introduces an innovative legal regime of local public services.

SIMONE TORRICELLI

LE DIVERSE FORME DI GARANZIA
DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI
TRA RESPONSABILITÀ, AUTONOMIA E POTERE

SOMMARIO: 1. Spunti preliminari per circoscrivere la nozione di affidamento di un servizio pubblico. – 2. Un servizio pubblico locale senza “attribuzione”. Il sostegno pubblico alla domanda. – 3. Criteri giuridici per ordinare la scelta tra sostegno alla domanda e conformazione dell’offerta. Il rilievo del “principio di concorrenza” e una prima conclusione. – 4. Dati normativi e di sistema: il dissolubile legame tra assunzione ed affidamento. – 5. L’autonomia contrattuale come fondamento del servizio pubblico alternativo al potere. – 6. La residualità dell’art. 23-bis. La centralità dell’autonomia contrattuale degli enti locali. – 7.1. Conseguenze della tesi: i limiti all’autoproduzione. – 7.2. *Segue*. Poteri pubblici e poteri contrattuali del soggetto pubblico in fase di esecuzione. – 7.3. *Segue*. La giurisdizione sui servizi pubblici locali. – 8. Alcune valutazioni, a consuntivo.

1. Spunti preliminari per circoscrivere la nozione di affidamento di un servizio pubblico

Nell’ambito della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il tema degli affidamenti riveste una indiscutibile centralità. A fronte di una normativa che appare nel suo complesso scarna, il profilo dell’affidamento è l’unico trattato in modo sistematico, al punto che la disciplina legislativa del servizio pubblico locale finisce spesso con il coincidere con la disciplina del modo in cui essi sono affidati¹.

D’altra parte, le modalità di affidamento sono state anche oggetto di una costante attenzione del legislatore, sospinto da un’ansia riformatrice che la diffusa insoddisfazione per i risultati della gestione dei servizi ha reso

¹ P. Rossi, ... e le forme di affidamento e gestione, in G. Di Gaspare, *Servizi pubblici in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010, 142, il quale identifica la disciplina generale vigente dei servizi pubblici locali nel combinato disposto degli artt. 23-bis, d.l. n. 112/2008, così come modificato dagli artt. 15, d.l. n. 135/2009, e 113, d.lgs n. 267/2000.

schizofrenica². Il tentativo di migliorare gli standard di efficienza nella utilizzazione dei mezzi e di efficacia nel perseguimento dei risultati ha portato peraltro ad interventi ripetuti ma non organici, se non finanche a scelte salomoniche. Incapace di assumersi la responsabilità di definire un chiaro modello di riferimento, il legislatore si è spesso nascosto dietro soluzioni compromissorie, tese a contemperare le aspettative dei tanti attori in gioco, il cui impatto concreto è risultato perciò modesto³. L'instabilità del quadro normativo e la mancanza di indirizzi chiari o comunque fino in fondo perseguiti, ha così avuto l'effetto di stabilizzare lo *status quo*.

Anche in dottrina, il tema della buona gestione dei servizi pubblici locali passa di regola attraverso un'analisi delle modalità di affidamento. Con accenti sovente critici, sono stati messi in luce gli aspetti insoddisfacenti o contraddittori che emergono dal compromesso tra istanze differenti: da un lato l'aspirazione a realizzare un mercato aperto, che ha animato alcune delle riforme più significative, dall'altro le resistenze in concreto opposte dagli enti locali, per ragioni diverse, non sempre solo legate a timori legittimi circa la capacità dei privati di garantire le esigenze sociali che permeano quei settori. La proliferazione di nuove amministrazioni, in forma societaria, ha generato in effetti una ulteriore propagazione della sfera pubblica; il "pubblico" ha stabilmente occupato il mercato dei servizi pubblici locali, riuscendo ad adattarsi, in modo camaleontico, alle diverse contingenze e ai diversi contesti normativi.

Alla centralità dell'istituto dell'affidamento, nella discussione sul buon andamento dei servizi pubblici locali, fa riscontro la centralità degli art. 113, d.lgs. n. 267/2000 e – oggi – 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, norme perlopiù asunte come uniche rilevanti per il tema. Si è molto discusso su cosa si debba intendere per servizio pubblico e servizio pubblico locale⁴, come anche sul

² Il carattere «incessante e largamente discontinuo» delle innovazioni legislative e giurisprudenziali è stato indicato come una delle costanti della evoluzione di questa materia: M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 128 e 136.

³ Si è parlato di leggi di ispirazione politica più che culturale (E. Picozza, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010, 29 ss.) e, finanche, di un «mercato delle regole» (M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 128).

⁴ Di recente, F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati*, in E. Bruti Liberati e F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 8; A. Police, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008, 65.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

significato del presupposto della sua rilevanza economica, sia sulla spinta dell'interesse teorico per la questione, che per l'esigenza pratica di circoscrivere la portata applicativa di quella disciplina, ovvero di individuare sfere di attività impermeabili all'impatto di altre norme di buona finanza⁵, o anche di definire l'ambito della giurisdizione esclusiva⁶.

Meno si è discusso se il servizio pubblico locale potesse essere garantito a prescindere da un affidamento, e comunque poco si è posto l'attenzione su cosa sia un "affidamento"; anzi, il dibattito si è spesso sviluppato sull'assioma per cui ogni servizio pubblico che non sia interamente rimesso a mercato sia per ciò solo da "affidare". La conseguenza è che agli artt. 113, d.lgs. n. 267/2000 e 23-bis, d.l. n. 112/2008 è stata riconosciuta la capacità di attrarre ogni intervento con cui l'amministrazione si rivolge a terzi (più o meno estranei alla sfera pubblica) per ottenere l'erogazione di prestazioni conformate in favore dei cittadini.

Così costretti gli interventi pubblici a garanzia del servizio pubblico entro le maglie sempre più strette della disciplina degli affidamenti, si è consolidato quello che è stato icasticamente definito "il dogma" della tipicità delle modalità di gestione⁷, ma che, si potrebbe anche aggiungere, trascina seco o contiene il dogma del regime pubblicistico del rapporto tra l'amministrazione e i soggetti erogatori di quei servizi, quand'anche si tratti di imprese formalmente o sostanzialmente private. Un dogma consacrato anche dalla Corte costituzionale, dalla cui giurisprudenza emerge come l'affidamento dei servizi pubblici configuri l'esercizio di un potere, se del caso negoziato, che, per un verso, porta a ricondurre ogni forma di consensualità al *genus* degli accordi amministrativi, per altro verso, proprio in quanto presuppone un potere, giustifica l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo⁸.

⁵ Ne costituiscono un esempio le questioni sorte in relazione all'applicazione dell'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, o dell'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007.

⁶ Art. 133, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 104/2010, che devolve alla giurisdizione esclusiva «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi [...] ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio».

⁷ G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, 452. Se in effetti l'approvazione del d.lgs. n. 267/2000 ha portato parte della dottrina a considerare superato il carattere tipico delle modalità di gestione (M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese – a cura di – *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, parte II, tomo VI, 2601), le successive riforme hanno nuovamente irrigidito la disciplina. Si veda sul punto M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 136, il quale illustra la parabola compiuta dalla normativa in materia, che ha progressivamente circoscritto i margini di scelta offerti dal d.lgs. n. 267/2000. Sembra potersi affermare, dunque, che la normativa ha progressivamente riprodotto un sistema di rinnovata tipicità.

⁸ Concludendo, su questi presupposti, per l'incostituzionalità della norma che attri-

Si può dunque osservare alla luce di ciò che, nel contesto dei servizi pubblici locali, il termine “affidamento” non è utilizzato in senso atecnico, come accade invece per altre normative⁹, ma corrisponde ad uno specifico concetto e ad uno specifico regime giuridico¹⁰.

Di fronte a questo approccio, è stato inevitabile che neppure la generalizzazione dello strumento del contratto di servizio potesse scuotere la ricostruzione pregiudizialmente pubblicistica del fenomeno¹¹, in ogni forma esso si espliciti; anche anticipando le indicazioni della Corte, il contratto di servizio è stato sovente riportato ad una forma negoziata di esercizio del potere, sicché, a dispetto della novità, l'idea del contratto come strumento di regolazione dei rapporti anche nel settore dei servizi pubblici locali ha nella sostanza perso consistenza¹².

buisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la complessiva materia dei servizi pubblici e non, più limitatamente, all'interno della stessa materia, la giurisdizione su concessioni ed affidamento (Corte. cost., 5 luglio 2004, n. 204).

⁹ Di “affidamento”, ma in senso del tutto privo di specifico contenuto giuridico, parla anche il codice dei contratti, il relazione agli effetti dei diversi contratti di appalto di servizi, lavori, beni.

¹⁰ Si veda al riguardo, L. Perfetti, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale*, in L. Perfetti, P. Polidori (a cura di) *Analisi economica e metodo giuridico*, Padova, Cedam, 2003, 41, il quale lega l'affidamento all'esistenza di una riserva pubblica, assimilandolo alla concessione. L'A. rileva anche una diversità concettuale tra “affidamento” e “conferimento” del servizio, che però, nella normativa più recente invece si perde: l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 utilizza questi due termini come sinonimi, per identificare lo stesso fenomeno di attribuzione del servizio (in particolare il secondo comma disciplina il conferimento della gestione, che, nel comma terzo, viene indicato come affidamento). Analogamente G. Piperata (*Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 110) scorge «dietro il nuovo istituto dell'affidamento» una «conferma – quantomeno parziale – del tradizionale fenomeno concessorio». In senso diverso, F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, la quale distingue la concessione, intesa come uno strumento con cui «il privato veniva associato al concedente nell'esercizio di una attività» e l'affidamento, nel quale «il rapporto tra affidante e affidatario è regolato da un contratto [di servizio]», che l'a. qualifica peraltro come un accordo sostitutivo di provvedimento (*Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2007, 91).

¹¹ Ciò probabilmente è anche l'effetto della ambigua nascita del contratto di servizio come strumento di affidamento all'azienda speciale e regolazione dei rapporti tra questa e l'amministrazione: D. Sorace e C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Dir. amm.*, 1996, 650 ss.

¹² A. Romano Tassone, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, 613 ss.; più di recente, A. Massera e C. Taccola, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, 2004, 271. Nel senso invece del carattere privatistico del contratto, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2628; M. Cammelli e A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel*

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

Vi è però qualcosa di stridente nel notare che, alla comune presa d'atto della multiformità crescente delle tipologie del servizio pubblico, e in fondo della diversa natura dei servizi che sono ricompresi in quella nozione¹³, abbia corrisposto una concezione rigidamente unitaria del concetto di "affidamento", che, pur di contenere le variegate vicende che gli sono attribuite, si allarga talora sino a sfaldarsi. Di fronte a ciò, si potrebbe allora chiedersi se la nozione di affidamento, per come impiegata nella normativa sui servizi pubblici, non debba essere riportata ad un ambito più ridotto, in fondo in coerenza con la stessa valenza semantica del termine, che fa riferimento a casi in cui qualcuno dà ad altri un *quid* in qualche modo proprio: ma il *quid*, quando si è in presenza di un servizio pubblico, non sempre è proprio dell'amministrazione che si pretende affidante.

L'obiettivo che si pone è dunque quello di verificare se e in quale misura l'intervento pubblico possa svolgersi con modalità diverse da quelle dell'affidamento e possa essere oggetto, per conseguenza, di una normativa differente rispetto a quella che indistintamente, ad oggi, viene applicata. Per far ciò si esamineranno meccanismi di garanzia dei servizi pubblici locali, assunti dall'ente locale¹⁴, che non presuppongono un atto di attribuzione al mercato, così mostrando che il legame tra "assunzione" del servizio da parte dell'ente e "affidamento" non è indissolubile; per poi guardare più specificamente a casi in cui l'ente locale attribuisce in effetti il servizio al mercato; per distinguere, infine, all'interno di essi, le diverse forme (e non solo l'affidamento) attraverso cui tale intervento si può manifestare.

2. Il servizio pubblico locale in un ambiente liberalizzato. L'alternativa del sostegno pubblico alla domanda

Il servizio pubblico locale, in qualunque modo si manifesti, ha una radice necessariamente comune. Esso nasce da una valutazione circa

sistema locale, Rimini, Maggioli, 1997, 221. Distingue la natura del contratto di servizio in relazione al regime riservato o meno dell'attività che ne è oggetto, N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., parte II, vol. VI, 2314; in quest'ultimo senso, si rinvia anche a S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. Brancasi (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto pubblico terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003, 90 ss.

¹³ Sulla multiformità della nozione di servizio e sul rapporto stridente con la tipicità delle modalità di gestione, G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 452.

¹⁴ Secondo la terminologia dell'art. 1, r.d. n. 2578/1925.

l'esistenza di un bisogno insoddisfatto e che, per motivi diversi, non può essere appagato se non attraverso un intervento pubblico: per questo l'ente «assume il servizio». Con l'assunzione si aprono però diverse possibilità di intervento o, meglio, si apre la scelta dell'ente locale in ordine alle modalità con cui dare garanzia a quel bisogno, la cui soddisfazione è divenuta doverosa.

Tra le alternative che si pongono, la prima e più radicale è la scelta tra attribuire uno specifico incarico ad una o più imprese, che così erogheranno la prestazione alle condizioni imposte, ovvero sostenere la domanda degli utenti, rendendo accessibili o più accessibili prestazioni che sono comunque presenti nel mercato.

Può essere utile, al riguardo, richiamare un modello compiutamente descritto dal legislatore nel settore nevralgico dell'energia. In esso si pongono una pluralità di esigenze diverse, sia in relazione alla sensibilità dei bisogni che vi si correlano, sia in relazione all'onere considerevole che la loro soddisfazione comporta; d'altra parte il fatto che, parallelamente, il mercato si articola attraverso attività economiche esercitate in regime di concorrenza e capaci, per quanto conformate, di produrre utili su cui avviene possibile imporre delle prestazioni patrimoniali, apre uno spazio di sperimentazione di modelli alternativi a quelli classici.

In effetti, il convergere dei fattori descritti genera un sistema regolatorio composito che vede l'intervento di più livelli di governo. La fruizione di energia può certo considerarsi un servizio pubblico, che però non ha nel suo complesso carattere locale. Se infatti l'essenza del servizio pubblico sta nella erogazione di una prestazione finale, occorre rilevare che la vendita di energia, che è il tramite di soddisfazione del diritto alla prestazione che si vuole garantito, è oggetto di una attività esercitata in concorrenza, vincolata dalla legge e regolata dall'autorità (nazionale) di settore. Intorno ad essa, orbitano attività parallele, strumentali rispetto a quella e regolate funzionalmente all'obiettivo del servizio pubblico, con cui si perseguono due risultati.

Un primo corpo regolatorio fa fronte alla necessità di promuovere la concorrenza, consentendo che una pluralità di operatori possano raggiungere l'utente finale. Per questo sono offerte a quegli operatori (importatori, grossisti, trasportatori, venditori) garanzie di accesso sia alla rete di trasporto che alla rete di distribuzione, attraverso un insieme di regole diretto a neutralizzare l'effetto limitante che deriva della unicità della infrastruttura. Trasporto e distribuzione sono a loro volta qualificati dal legislatore come servizi pubblici o di interesse pubblico¹⁵; la distribuzione del gas, in

¹⁵ Si vedano in particolare gli artt. 8 e 14, d.lgs. n. 164/2000.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

particolare, quale servizio pubblico locale (su cui si tornerà più avanti). Si tratta però, pur sempre, di servizi resi agli operatori economici, strumentali a garantire che il mercato, attraverso la concorrenza, possa produrre prestazioni di cui l'utente finale fruisce a condizioni accettabili.

Un secondo insieme di norme si fa carico di garantire direttamente la prestazione finale, laddove il mercato, più o meno accidentalmente, non riesca ad erogarla. Il dispacciamento, cioè l'attività tecnica tesa a mantenere in equilibrio flussi in entrata e uscita di energia¹⁶, l'acquisto di quantità di energia da mantenere disponibili come riserva per i casi di *black out* del sistema¹⁷, l'affidamento ad un operatore del compito di fornire prestazioni ad utenti altrimenti non serviti (il cd. prestatore di ultima istanza)¹⁸: tutte attività parallele che consentono il funzionamento del mercato concorrenziale della vendita di energia.

Nel complesso di un servizio pubblico che deriva così da una complessiva regolazione della concorrenza, idonea a conformare il mercato e renderlo in sé capace di produrre prestazioni a condizioni ritenute adeguate, il legislatore ha poi inteso offrire garanzie speciali a soggetti e famiglie economicamente svantaggiati¹⁹. Prima ha lasciato il relativo compito agli enti locali²⁰, poi ha definito esso stesso alcune soglie comuni, per assicurare un accettabile grado di uniformità nel riconoscimento delle agevolazioni, ma attribuendo ai comuni la competenza relativa alle procedure di accesso e all'attivazione del meccanismo «in considerazione della gestione sinergica dei meccanismi di agevolazione che già svolgono»²¹. Più in specifico, il riconoscimento da parte del comune del disagio economico o delle gravi

¹⁶ Art. 8, d.lgs. n. 164/2000; art. 3, d.lgs. n. 79/1999.

¹⁷ Art. 5, d.lgs. n. 79/1999.

¹⁸ Del. AeeG, ARG/gas 131/10, *Procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei fornitori di ultima istanza per il periodo 1 ottobre 2010 – 30 settembre 2011*, adottata ai sensi dell'art. 30 l. n. 99/2009.

¹⁹ Art. 1, c. 375, l. 23 dicembre 2005, n. 266; la applicazione della norma, in origine prevista per la sola energia elettrica, è stata poi estesa al settore del gas ad opera dell'art. 3, c. 9, d.l. 29 novembre 2008, n. 185.

²⁰ Art. 10, del. AeeG n. 237/2000, secondo cui «Ciascun comune può richiedere all'esercente dell'attività di distribuzione l'applicazione, a partire dall'1 luglio 2001, di una quota aggiuntiva non superiore all'uno per cento delle tariffe di distribuzione [...] da destinarsi a contributi alle spese connesse alla fornitura del gas a clienti in condizioni economiche disagiate, ad anziani e disabili».

²¹ Si v. i "ritenuto" del d.m. 28 dicembre 2008, *Determinazione dei criteri per la definizione delle compensazioni della spesa sostenuta per la fornitura di energia elettrica per i clienti economicamente svantaggiati e per i clienti in gravi condizioni di salute*.

condizioni di salute porta all'applicazione di una tariffa ridotta, che va a gravare sulla tariffa applicata agli altri utenti del servizio, uniformemente su tutto il territorio nazionale²². Si è così di fronte ad un nucleo di servizi resi sotto costo, riconosciuti in modo omogeneo sul territorio nazionale, ma gestiti a livello locale²³, finanziato attraverso la solidarietà forzata degli altri utenti. Concretamente, la compensazione si traduce nella applicazione di una componente negativa nella bolletta, ovvero nella erogazione di un bonus da parte di Poste Italiane²⁴.

Quello che interessa di questo modello di intervento è che esso si pone come del tutto alternativo rispetto a quello dell'affidamento e comunque rispetto alla diretta organizzazione dell'offerta di prestazioni. Esso appare in questo senso coerente con il funzionamento di un settore liberalizzato, in quanto idoneo a potenziare gli effetti benefici della concorrenza: il fatto che il legislatore intervenga sul fronte della domanda e non della offerta fa sì che l'utente sostenuto possa comunque scegliere l'operatore e che dunque gli operatori debbano farsi preferire anche da quell'utente, senza poter contare su una esclusiva nel "mercato" delle prestazioni agli utenti disagiati. D'altra parte, un simile modello appare anche capace di selezionare, sulla base delle condizioni soggettive di partenza, le prestazioni da rendere accessibili, evitando che le risorse vengano distribuite indistintamente tra gli utenti. Ciò a prescindere dalla circostanza che, nelle normali condizioni in cui verrebbero altrimenti fornite, per alcuni esse sarebbero comunque fruibili senza sforzi meritevoli di considerazione. In questo senso evita che il finanziamento del servizio pubblico generi effetti redistributivi perversi.

L'opzione del sostegno alla domanda, ben presente nei servizi sociali²⁵, appare insolita per i servizi di rilievo economico, rispetto ai quali le forme di gestione indicate nell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 risultano invece prevalenti. È vero che, rispetto all'energia, quel modello è previsto da una nor-

²² Rispettivamente, art. 2, c.1, art. 3, c. 1, art. 1, c. 2, lett. a), art. 5, c. 5, lett. b), d.m. 28 dicembre 2008. Il sistema è stato poi attuato, in relazione al gas, con del. Aeeg, Arg/gas 159/08.

²³ Il comune è infatti vincolato a indici stabiliti in modo apparentemente esaustivo dallo stesso legislatore, o comunque da una attestazione della Asl relativamente alle gravi condizioni di salute; il che è d'altra parte giustificabile alla luce del fatto che l'onere che deriva dalla agevolazione va a ripercuotersi oltre l'ambito della collettività locale.

²⁴ Del. Aeeg, Arg/com 113/09.

²⁵ A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali fra intervento pubblico e attività privata*, Milano, Giuffrè, 2007, 249 ss.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

mativa speciale, ma può ben essere esteso, sia in quel settore (ove il comune reputi di ampliare le garanzie corrispondenti al livello essenziale ed irrinunciabile del servizio²⁶), sia al di fuori di quello specifico ambito. Una volta infatti assunto un servizio come pubblico, sulla base di una valutazione politica di cui l'ente risponderà essenzialmente attraverso il canale della responsabilità verso gli elettori, si genera una competenza a cui esso potrà rispondere non solo con le forme speciali tipiche previste dall'ordinamento, bensì anche attraverso strumenti che esso ha ordinariamente, e senza l'esercizio di poteri direttamente imperativi.

3. Criteri giuridici per ordinare la scelta tra sostegno all'offerta e "incarico" al mercato. Il rilievo del "principio di concorrenza" e una prima conclusione

Il modello rinvenuto, espressione di un modello generale di intervento pubblico, offre un'alternativa radicale all'affidamento del servizio ad un operatore. Tanto più considerando che se, nell'esempio considerato, esso serve a selezionare le tipologie di utenti da garantire, può anche essere utilizzato per sostenere in modo indifferenziato la categoria dei potenziali utenti. Non è dunque, in tale alternativo modello, l'obbligo di servizio pubblico che rende accessibile la prestazione (o non è solo quello); gli erogatori propongono le loro offerte a condizioni di mercato, che divengono accessibili o più accessibili perché gli utenti sono sostenuti da un finanziamento esterno. In concreto potrà trattarsi poi di un finanziamento diretto agli utenti o di un finanziamento agli erogatori che siano stati scelti dall'utente per rendere la prestazione.

Vi è da chiedersi, in relazione a ciò, se vi siano criteri giuridici che possano orientare la scelta tra queste diverse modalità di intervento (sostegno alla domanda o attribuzione dell'incarico all'erogatore).

In termini generali si può osservare che la decisione di tutelare un interesse dato è rimessa ad una valutazione politica, a fronte della quale non esistono in linea di principio e salvo obblighi costituzionali specifici, situazioni soggettive tutelate²⁷. Altrettanto non sembra potersi però dire per quanto concerne la scelta tra le varie opzioni circa le modalità con cui soddisfare gli

²⁶ Ovviamente assumendone il costo, non essendo previsti poteri regolatori che consentano di imporre prestazioni patrimoniali a carico degli operatori o degli altri utenti.

²⁷ D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 5 ed., 2010, 177.

interessi protetti degli utenti, che invece dovranno rispondere a criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Fino a che punto possa spingersi tale valutazione è un aspetto oltremodo delicato e inevitabilmente controverso.

Per affrontare la questione, occorre verificare l'impatto di quella scelta su un mercato che già operi o che possa operare in condizioni di concorrenza. Ricorrendo tali condizioni, l'attribuzione ad uno o più operatori dell'incarico di erogare un servizio pubblico ha un effetto sempre privativo. L'ente pubblico, attribuendo un incarico, determina l'emersione di un mercato a sé stante, qualificabile come tale perché, per quanto non vi sia una espressa riserva, date le condizioni di offerta sostenute dall'intervento pubblico, nessun altro operatore potrà accedervi. Dunque in un mercato in cui potrebbe esprimersi una potenziale concorrenza, per l'esistenza di una pluralità di imprese già operanti nel settore o interessate a fornire le prestazioni oggetto della garanzia, si crea una riserva in favore di un solo soggetto o di un numero limitato di soggetti: si crea un monopolio o un oligopolio.

Questo punto è nevralgico, perché si interseca con una questione di fondo che non può che condizionare le diverse possibili ricostruzioni del fenomeno.

Il mercato delle "prestazioni sostenute" è un mercato nuovo, che dipende dalla assunzione del servizio. Senza intervento pubblico, quello sarebbe un mercato inesistente. Tale considerazione è stata usata ai fini della risoluzione dei problemi legati alla applicazione dell'art. 118, c. 4, Cost. e della limitazione del rilievo concreto del cd. principio di sussidiarietà. Alla posizione di chi ritiene che all'obbligo di promuovere l'iniziativa privata anche rispetto allo svolgimento di attività di interesse generale corrisponderebbe l'obbligo, per il pubblico, di esternalizzare i servizi, ove non vi siano ragioni per non farlo²⁸, è stato obiettato che prima dell'intervento pubblico non vi è alcuna iniziativa economica autonoma, di talché, nel momento della assunzione del servizio e della scelta di come garantirlo, il principio di sussidiarietà non può rilevare²⁹.

Ma se si imposta la questione non già come un problema di rapporto tra sfera pubblica e sfera privata, bensì come un rapporto tra monopolio e concorrenza³⁰, la questione perde molte delle sue implicazioni e può essere riportata ad un terreno meno pervaso di altri valori di fondo.

²⁸ A. D'Atena, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, 5009 ss.

²⁹ F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit., 352-353.

³⁰ Sul fatto che l'intervento dell'ente in un mercato concorrenziale può determinare la creazione di un monopolio di fatto, D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 58.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

È opinione invalsa quella per cui la concorrenza trovi ormai una tutela costituzionale, anche se diverse sono le ricostruzioni che portano ad affermarlo³¹. Se ne può ricavare che interventi pubblici che limitino la concorrenza debbono considerarsi derogatori rispetto ad uno stato costituzionale doveroso, come tali da giustificare sulla base di esigenze, anch'esse di rilievo costituzionale. Dunque se scegliere tra un intervento pubblico che si sostanzia nell'attribuzione di un incarico, anche se con gara, ed un intervento pubblico di sostegno della domanda, importa scegliere se costituire un monopolio o lasciare che la concorrenza si dispieghi, questa seconda opzione deve considerarsi costituzionalmente preferibile.

In questo senso sembra d'altra parte orientato anche il legislatore. Ad una prima lettura, il regolamento attuativo dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, all'art. 2, c. 1, sembra esplicitare un dato acquisito allorché pretende che gli enti locali limitino l'attribuzione di diritti di esclusiva, coerentemente con una sensibilità crescente circa la necessità di modulare l'intervento pubblico secondo canoni di stretta proporzionalità, non eccedendo quanto necessario per il conseguimento dello scopo. Ma offre spunti nuovi nel momento nel quale dispone che l'ente non deve "attribuire" diritti di esclusiva, salvo diverse previsioni di legge, ma verificare a monte la realizzabilità di una gestione concorrenziale.

Dunque, quando l'ente locale si trova a dover scegliere le modalità di garanzia del servizio pubblico, la prima questione che si pone è se debba necessariamente attribuire un "incarico", creando un mercato riservato in favore di un operatore, ovvero limitarsi a sostenere economicamente, ove ciò non sia più oneroso, le prestazioni che il mercato già sta erogando o che potrà principiare ad erogare una volta che l'ente intervenga a finanziare all'utente la prestazione. Sotto questo secondo profilo, l'ente locale potrà verificare la possibilità di una gestione concorrenziale anche semplicemente selezionando senza contingentare (ove occorra e magari transitoriamente) i soggetti che, in quanto presentino certe caratteristiche o si rendano disponibili ad erogare le prestazioni a certe condizioni, potranno accedere a quel mercato delle prestazioni di servizio pubblico che esso stesso ha creato³².

³¹ G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 987 ss.; E. Bonelli, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 33 ss.

³² Un simile sistema potrebbe dunque convivere con forme di accreditamento o autorizzazione, se possibile generale (su cui, N. Rangone, *I pubblici servizi*, Bologna, Il Mulino, 1999, 265).

Il fatto infine che la decisione debba essere proceduta da un'analisi di mercato, potenzialmente oggetto di parere dell'Agcm³³, se debitamente valorizzato, rende tale decisione ancorabile a criteri economici, che al contempo, divengono criteri da seguire necessariamente nell'esercizio della discrezionalità, potenziale oggetto di sindacato giurisdizionale³⁴. In effetti, il dato economico può diventare un parametro forte di controllo.

Queste considerazioni sembrano aprire lo spazio per affermare una priorità di una garanzia del servizio che si sostanzia in un intervento sul versante della domanda, consentendo al contempo che tutti gli operatori possano accedere al mercato delle forniture di prestazioni specialmente garantite³⁵. Ciò soprattutto (e forse soltanto) in relazione ai servizi di rilevanza economica, l'erogazione dei quali non è motivata da ragioni ideologiche che possono rendere inidonea la prestazione offerta dai privati rispetto ad una prestazione resa dal pubblico apparentemente eguale, ma che può dirsi servizio pubblico proprio e solo perché neutrale³⁶.

Una simile opzione appare d'altronde funzionale non solo alla garanzia delle libertà di iniziativa economica, che rappresenta solo un aspetto della questione, ma anche alla realizzazione dell'interesse degli utenti, i quali potranno rivolgersi, per ottenere la prestazione, ad una pluralità di operatori che dovranno offrire prestazioni che consentano loro di farsi preferire.

Così, da una concorrenza virtuale che si esaurisce nel momento della gara, e che comunque genera una tensione continua tra l'ente e l'erogatore

³³ Previsto solo per i servizi che superino certe soglie di valore; il parere peraltro si intende favorevole se non reso entro sessanta giorni della ricezione della relazione (rispettivamente artt. 4-*bis*, d.l. 112/2008; art. 4, d.P.R. 168/2010; art. 4, d.l. 112/2008).

³⁴ Sotto questo profilo non sembra condivisibile quanto sostenuto da P. Rossi, ... e le forme di affidamento e gestione, cit., 132, laddove afferma che l'analisi di mercato si sostanzierebbe nel sondare il mercato per verificare se esso ha interesse a erogare il servizio alle condizioni desiderate (per cui si tradurrebbe nella redazione e pubblicizzazione di un bando). Come si esposto, il ruolo dell'analisi di mercato può essere più radicale, investendo la scelta del modo di intervento, che, sull'invariante dell'onere che l'ente si assume, dovrà essere compiuta con preferenza per quella che meglio preserva i principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati (tutti principi che l'art. 23-*bis* infatti richiama).

³⁵ S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004, 69, il quale in termini più generali ed in rapporto ad un diverso quadro normativo, slega la titolarità del servizio all'intervento diretto e all'affidamento della gestione, rilevando come essa possa invece legittimare anche solo interventi regolatori.

³⁶ D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, cit., 166; A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali fra intervento pubblico e attività privata*, cit., 150-151.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

(il primo proteso a tutelare gli utenti, il secondo a tutelare le proprie aspettative di profitto), si passa ad una concorrenza reale e continua, in cui è l'operatore ad avere interesse a fornire le condizioni che complessivamente possano consentirgli di essere scelto. È la differenza che corre tra la concorrenza *per* il mercato e la concorrenza *nel* mercato³⁷, ma che si traduce anche nella differenza tra una concezione al fondo autoritaria o paternalistica, in cui l'ente predetermina le condizioni che ritiene soddisfare l'utente, ad una concezione in cui l'utente ha il diritto di scelta, seppure nei limiti e della condizioni che l'ente fissa per ottenere il sostegno³⁸.

Quest'ultimo accenno merita a sua volta un chiarimento.

Una delle obiezioni più forti che, nell'ambito dei servizi economici, può essere mossa a tale ricostruzione è rappresentata dai dubbi che si possono esprimere circa la capacità in concreto della concorrenza, nelle forme comprese in cui spesso si manifesta, di determinare una competizione effettiva, tale da imporre alle imprese di formulare offerte competitive, nonostante il loro contraente potenziale abbia un bisogno forte della prestazione. L'ente locale può tuttavia stabilire che certe prestazioni possono essere finanziate in quanto siano erogate secondo livelli economici e qualitativi accettabili o da soggetti, magari individuati attraverso procedure di accreditamento, che presentino certe caratteristiche³⁹; ove ciò non sia o non sia più, l'imprenditore perde la capacità di partecipare al mercato delle prestazioni di servizio pubblico⁴⁰. Non vi è così alcuna pretesa diretta che l'impresa possa vantare nei confronti dell'amministrazione, né alcun potere

³⁷ Sulla preferibilità di forme di concorrenza *nel* mercato, G. Di Gaspare (a cura di), *Forme di concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali*, in Id., *Servizi pubblici in trasformazione*, cit., 52; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2604.

³⁸ Sotto questo profilo, la normativa richiama molti principi la cui applicazione dovrebbe informare la scelta sul come garantire i servizi; il fatto che tra i tanti non venga menzionato il principio del diritto alla scelta, come profilo soggettivo dell'operare del meccanismo concorrenziale, appare una grave lacuna.

³⁹ D'altra parte, in qualsiasi gara pubblica le amministrazioni indicano requisiti di partecipazione anche ulteriori rispetto a quelli indicati dalla normativa, in riferimento allo specifico interesse pubblico che il contratto da attribuire deve soddisfare (tra le altre, Cons. St., sez.V, 4 agosto 2010, n. 5201); dunque, un "accreditamento" è di fatto sempre richiesto, e ben può essere imposto, a prescindere da previsioni di legge che lo prevedano, come condizione per ricevere finanziamenti pubblici, seppure nella forma del sostegno della domanda che l'imprenditore soddisfa.

⁴⁰ In questo senso, non si perde il potere dell'ente di "gestire la concorrenza", conformando il mercato per garantirne la strumentalità rispetto agli interessi sociali sottesi; sulla specificità del rapporto tra concorrenza e servizi pubblici, G. Clemente di San Luca, *La morfologia dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 36.

privato esercitabile nei confronti dell'utente: in questa costruzione, è l'impresa il soggetto debole, che, senza poter accampare aspettative tutelate, è spinta a raggiungere le condizioni di partecipazione al mercato delle prestazioni in un logica essenzialmente commerciale. Ristabilire un rapporto diretto tra ente ed utente, fondato sul finanziamento, e lasciare che sia l'erogatore a non poter far leva sull'esistenza di un rapporto stabilizzato fondato su un incarico può in effetti ribaltare certi patologici rapporti di forza che mettono a rischio o l'erogazione del servizio o la finanza pubblica.

È chiaro, ed è questo un elemento critico da molte parti sottolineato, che le condizioni per l'ottenimento di un finanziamento debbono essere definite con estrema attenzione. Occorrerà dunque, per far fronte alle esigenze che la garanzia del servizio pone, lo sviluppo o il potenziamento progressivo di un sistema regolatorio, aspetto complesso, potenzialmente oneroso e comunque reso problematico dai vincoli derivanti dal patto di stabilità. Ma l'esigenza di *expertise* tecnica, in settori economici anche complessi, si pone in termini generali anche in relazione alla definizione delle condizioni di bando, allorquando si attribuisce un incarico al mercato, tanto più in esclusiva⁴¹. Anzi, il rischio dell'asimmetria informativa in certo senso si stempera, perché altro è fissare *ex ante* in un bando le condizioni di un servizio che avrà durata pluriennale (o comunque verificare le condizioni economiche di opportunità di costituzione di società *in house* o comunque partecipate, cui le amministrazioni locali, anche di piccole dimensioni, hanno abbondantemente ed in modo disinvolto fatto ricorso), altro è definire le condizioni per l'erogazione di prestazioni, attraverso una attività regolatoria, partecipata, che potrà essere sempre e costantemente adattata nel tempo.

D'altra parte, ad un simile mutamento di prospettiva dovrebbe anche accompagnarsi uno smantellamento progressivo di certe articolate strutture societarie pubbliche (e a carico del pubblico), che sono state istituite in modo talora improvvisato. Perché questo è un punto che non si può non sottolineare: la scelta di creare ed organizzare società di erogazione di servizio è scelta non meno complessa, che, se non ponderata in modo adeguato e con adeguati mezzi conoscitivi, può rappresentare un veicolo di grave inefficienza.

Il fatto infine che, un simile meccanismo renda il sistema di finanziamento del tutto trasparente, evitando in più che parte di esso serva a so-

⁴¹ Lo sottolinea M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 128, il quale evidenzia anche la necessità, per superare tali insufficienze, di valutare la possibilità di forme aggregative per ambiti (152).

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

stenere ulteriori strutture burocratiche, non sembra infine un aspetto trascurabile.

4. Dati normativi e di sistema. Il dissolubile legame tra assunzione ed affidamento

Dalle considerazioni svolte emerge un dato ulteriore rilevante per la continuazione del ragionamento. Non sempre i servizi pubblici locali sono gestiti utilizzando gli strumenti offerti dall'art. 23-*bis*; certe modalità generali di intervento esulano dalle forme considerate tipiche di gestione. Gli artt. 112, d.lgs. n. 267/2000 e 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 non sono dunque stretti da un legame indissolubile: certe attività possono acquisire i tratti del servizio pubblico in conseguenza di un fattivo intervento pubblico di condizionamento del mercato⁴², che si esaurisce al di fuori della logica dell'affidamento.

Da questo punto ci si può però spingere oltre, verso una più radicale revisione dell'ambito applicativo dell'art. 23-*bis* per chiedersi se l'ente possa o debba agire prescindendo dagli strumenti previsti in quella norma, anche al di là dell'ipotesi del sostegno alla domanda, e dunque quando possa rendersi necessario un intervento più invasivo che si sostanzia nel conferire uno specifico incarico ad uno o più operatori un incarico.

Il presupposto di operatività dell'art. 23-*bis* è che vi sia un "affidamento". Se però, nella normativa, si trova una definizione, pur generica, di servizio pubblico locale⁴³, manca del tutto una definizione di "affidamento", il che è in fondo sorprendente. Il legislatore ne ha con sempre maggiore minuzia regolato le modalità, ma non spende parole per chiarire che cosa significhi affidare un servizio. Sottesa a ciò, l'idea per cui un simile chiarimento risulterebbe inutile, sotto il peso della tradizione che suole riportare alla nozione di affidamento qualsiasi ipotesi di attribuzione a terzi della gestione del servizio.

L'origine di questa tradizione è riconoscibile. Il t.u. n. 2578/1925 consentiva all'ente di assumere servizi, per poi gestirli attraverso proprie

⁴² L'assunzione è possibile in quanto ed ogni volta in cui l'ente abbia una competenza che racchiude il bisogno da soddisfare (e in relazione a ciò la competenza amplissima, se non addirittura illimitata), cioè quando, altrimenti detto, certe attività «siano considerate ragionevolmente rilevanti per le comunità di riferimento»: D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 57.

⁴³ Art. 112, d.lgs. n. 267/2000.

strutture o concederne la gestione e privati⁴⁴. Dunque, l'assunzione del servizio pubblico e, in questo senso, la conformazione di una attività come servizio pubblico, faceva sorgere un potere concessorio che, soprattutto stando alle teorizzazioni dell'epoca, era un potere a tutti gli effetti. Servizio pubblico e potere erano termini di una relazione imprescindibile.

Questo assunto ha condizionato i successivi sviluppi teorici dell'approccio al tema dei servizi pubblici locali. Non sembra altrimenti spiegabile il fatto che il servizio pubblico locale venga pressoché esclusivamente legato al concetto di affidamento, che, per come sviluppato, evoca l'esistenza del potere pubblico di concedere ad un privato una utilità di cui egli non può disporre. È in fondo l'esistenza di questo potere che giustifica la peculiarità delle modalità di attribuzione dell'incarico di gestione, rispetto a quelle con cui ordinariamente si attribuisce al mercato l'incarico di prestare un servizio in forme puramente contrattuali; è l'esistenza di questo potere che dà origine alla tradizione pubblicistica della dogmatica del servizio pubblico, capace di ammantare di pubblicità ogni aspetto del processo di organizzazione e produzione del servizio pubblico, dalla assunzione, alla gestione, al controllo.

E anzi se, rispetto ai servizi pubblici di dimensione nazionale, la teorica del servizio pubblico oggettivo, da un lato e, dall'altro, l'avanzare dei processi di liberalizzazione hanno indotto a ricostruzioni del fenomeno anche in parte privatistiche, sul versante dei servizi pubblici locali, che mai si sono del tutto affrancati da quell'idea originaria della concessione come necessario strumento per attribuire un servizio assunto, ciò è mancato.

Ma, ad una analisi più attenta, il potere dell'ente locale sembra emergere (almeno con evidenza) solo ove si abbia un mercato riservato, in via di fatto o giuridicamente, per effetto della appartenenza di un certo *quid* all'ente locale e, segnatamente, in due ipotesi.

La prima ipotesi è quella in cui la legge riservi l'attività, che l'ente si trovi poi a dover concedere a terzi. Ma i casi di riserva sono sempre più residuali; è il caso per esempio del trasporto pubblico locale su ruote, almeno secondo certe legislazioni regionali⁴⁵.

Il potere può poi derivare dall'esigenza di gestire un bene pubblico, che, in quanto destinato ad un servizio pubblico, non può che appartenere o al demanio o al patrimonio indisponibile dell'ente. Una giurisprudenza

⁴⁴ Artt. 1, 2 e 26, r.d. n. 2578/1925.

⁴⁵ A. Brancasi, *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, in Id., (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto pubblico terrestre e servizi pubblici economici*, cit., 180 ss.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

oramai solida⁴⁶ ha chiarito che l'unico strumento utilizzabile per l'attribuzione, in questo caso, è il provvedimento amministrativo di concessione⁴⁷. Tuttavia il concetto di "gestione" del bene dovrebbe essere considerato in senso tecnico, non tale da comprendere anche attività strumentali o aggiuntive rispetto alla gestione⁴⁸, appare dubbio. Parallelamente, anche il rapporto tra bene pubblico e servizio pubblico, tale da vincolare il bene al regime di diritto amministrativo, dovrebbe essere chiarito in termini di una necessaria strumentalità, come pure dovrebbe meglio precisarsi la nozione di servizio pubblico ai fini della ricomprensione del bene nel patrimonio indisponibile, che, nella interpretazione invalsa, non si misura, come forse dovrebbe, con il dato della esistenza di concorrenti attività svolta da parte di privati utilizzando beni analoghi⁴⁹.

Ma, prescindendo da simili precisazioni, il concetto di "affidamento" viene comunque richiamato indistintamente anche al di fuori di questi casi, quando l'amministrazione non affida una attività che altrimenti l'imprenditore non potrebbe svolgere, né attribuisce un bene pubblico, ma si limita a proporre ad un imprenditore di rendere il suo servizio a condizioni diverse da quelle a cui autonomamente egli lo avrebbe offerto⁵⁰.

⁴⁶ Tra le altre, Cons. St., sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040; Cass., sez. un., 16 luglio 2009, n. 16568; Cass., sez. un., 27 maggio 2009, n. 12251; Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6259; Cass., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10157.

⁴⁷ Un esempio (in cui convergono a ben vedere riserva di attività e gestione di un bene funzionale al servizio pubblico) è dato dal caso della distribuzione del gas e del relativo affidamento della rete, attività di servizio pubblico che l'ente locale affida, peraltro rimanendo titolare di poteri di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo, regolati sì dal contratto di servizio, ma che esistono a prescindere da quello (art. 14, d.lgs. n. 164/2000).

⁴⁸ Richiamare per esempio l'esistenza di un potere, o la necessità di forme pubblicistiche di attribuzione, in relazione al servizio di illuminazione votiva (Cons. St., sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Cons. St., sez. V, 29 marzo 2010, n. 1790).

⁴⁹ Altro è per esempio affidare il servizio dei parcheggi e esazione delle tariffe su strada pubblica, altro è incaricare terzi di gestire immobili, anche pubblici, adibiti a parcheggio, magari in concorrenza con imprese private, o finanche considerare "affidato" e non appaltato il servizio di parcheggio che terzi svolgono su beni propri solo perché convenzionalmente ente ed erogatore definiscono le tariffe delle prestazioni.

⁵⁰ È il caso del servizio pubblico locale di trasporto ferroviario: in un mercato (almeno giuridicamente) liberalizzato, l'amministrazione, anche locale, può stipulare dei contratti di servizio che definiscono le modalità con le quali le prestazioni debbono essere rese, allo scopo di fornire servizi aggiuntivi rispetto a quelli minimi qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, garantiti dalle regioni. In effetti, l'art. 59, c. 2, l. n. 99/2009 consente che il mercato del titolare del contratto di servizio possa essere protetto dalla concorrenza di altri, disponendo che «lo svolgimento di servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale, ivi compresa la parte di servizi internazionali

Si prefigura così un modello diverso, che appare espressione della normale autonomia contrattuale dell'ente locale⁵¹, non essendo dubbio che in termini generali l'amministrazione possa acquistare prestazioni nel mercato, sempre che l'impresa accetti di stipulare il contratto (non avendo l'amministrazione la possibilità di coartarla e di pretendere altrimenti la prestazione desiderata⁵²). Vi è da chiedersi allora se anche in simili ipotesi (che tendono ad ampliarsi anche perché l'appartenenza della materia dei servizi pubblici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ha esercitato una visibile pressione a configurare molte attività come servizio pubblico) si sia o meno in presenza di una ipotesi di affidamento. La questione che si pone è insomma, al fondo, se l'ente possa gestire un servizio senza esercitare un potere (verso l'erogatore).

5. L'autonomia contrattuale come fondamento alternativo al potere del servizio pubblico

L'appartenenza ontologica del servizio pubblico allo Stato è stata teorizzata in temi lontani⁵³. E sebbene si sia riconosciuto che anche i servizi pubblici possano essere svolti da privati, si è comunque postulata una distinzione tra titolarità e gestione: la prima apparterrebbe comunque a soggetti pubblici, al punto da profilarsi una titolarità pubblica del mercato⁵⁴, mentre solo la seconda potrebbe, con mezzi provvedimenti idonei, essere delegata a soggetti privati⁵⁵. Tale postulato è il canale necessario per il

svolta sul territorio italiano, possa essere soggetto a limitazioni nel diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico». Si tratta però di un meccanismo diverso, che non si sostanzia nell'attribuzione di una attività riservata, ma in divieti eventualmente posti a terzi, da parte di una autorità di settore (il Ministero, ai sensi dell'art. 37, d.lgs. n. 188/2003) diversa dall'ente che ha stipulato il servizio, funzionalmente alla tutela della redditività di quel servizio.

⁵¹ Sulla capacità negoziale dei comuni, D. Sorace, *Attività economica e intervento dei poteri locali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 856 ss.

⁵² Ciò significa anche che il contratto di servizio, in simili ipotesi, non sostituisce un provvedimento amministrativo, e non rientra nella tipologia degli accordi amministrativi.

⁵³ Lo ricorda A. Police, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, cit., 67.

⁵⁴ A. Police, *op. ult. cit.*, 71.

⁵⁵ A. Romano, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 1995, 39. In questo senso anche M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2591.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

riconoscimento di un potere generale in capo all'ente, cui segue una costruzione inevitabilmente pubblicistica del rapporto con un qualsiasi terzo che dal potere sia in qualche modo investito.

Ma, in termini teorici, l'affermazione per cui dall'atto di assunzione dell'ente deriverebbe necessariamente un potere non sembra condivisibile: il principio di legalità porta infatti ad escludere che il solo fatto della assunzione del servizio generi un potere, e che dunque, il solo fatto che l'ente qualifichi un interesse alla prestazione sia capace di per sé di attrarre il fenomeno in un'orbita pubblicistica.

La tesi contraria è in realtà autorevolmente sostenuta in dottrina, sulla base del rilievo per cui, anche in assenza di una riserva in favore di un pubblico potere, con la conseguente esigenza di un atto amministrativo di concessione dell'attività riservata, vi sarebbe comunque, a seguito della assunzione del servizio da parte dell'ente, una sua responsabilità circa i risultati della gestione del servizio⁵⁶. Questo è certamente condivisibile. Tuttavia nel momento in cui l'ente si riconosce responsabile per la fruizione di un servizio, sorge solo una competenza ad intervenire: l'assunzione del servizio ha un significato tutto *verso* l'amministrazione, nel senso che importa che l'ente deve provvedere, nei limiti della ragionevolezza, alla garanzia della fruibilità prestazione.

Dalla assunzione deriva così ordinariamente un dovere e non già un potere, da assolvere attraverso gli strumenti ordinariamente disponibili o comunque previsti in specifico per determinati settori. Poteri certo potranno esservi, ma solo in quanto l'assunzione interagisca con specifiche norme di legge che lo attribuiscono⁵⁷. In altri termini, il cuore del problema sembra risiedere nel regime dell'attività e non nel fatto che l'ente si interessi ai risultati che essa produce.

È vero che nel momento nel quale l'amministrazione assume il servizio, genera un mercato specifico, che opera non già secondo i suoi ordinari meccanismi, ma che risulta alterato dall'intervento pubblico, e che dunque, consegnando quel segmento protetto di mercato ad un mono-

⁵⁶ F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 91.

⁵⁷ In questo senso, G. Greco, *Accordi amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2003, 164, il quale osserva che i contratti di servizio che, in molti settori di pubblici servizi dovrebbero sostituire le concessioni, si configurano come normali appalti di servizio, quindi contratti di diritto comune, salvo l'esistenza o la sopravvenienza di norme che attribuiscono potestà amministrative, rilevando anche che, per tali contratti, la stessa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo suscita dubbi di legittimità costituzionale. Quest'ultimo profilo, che offre uno spunto oltremodo interessante, sarà ripreso *infra*, par. 7.3.

polista o a un oligopolista, attribuisce a questi e non ad altri il beneficio degli utili che quel mercato può produrre. Ma questo non presuppone necessariamente che l'assegnazione del beneficio, una volta esperita la fase della individuazione del beneficiario, venga fatta esercitando un potere pubblico: d'altra parte, un simile fenomeno si manifesta rispetto ad ogni caso di appalto pubblico, della cui natura privatistica invece non si discute.

L'impostazione seguita sembra coerente con il disposto dell'art. 1-*bis*, l. n. 241/1990 che assoggetta la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa e salvo diverse disposizioni, al diritto privato. In questo caso l'amministrazione non agisce autoritativamente (almeno non in relazione alla decisione di attribuire un incarico al mercato, che è quanto qui rileva, e prescindendo dai profili legati alla selezione del contraente). Né può essere considerato fonte di deroga l'art. 23-*bis*, che disciplina il potere di affidamento, senza però attribuire un generale potere di affidare.

Allora o vi è una norma che legittima l'amministrazione ad agire in via d'autorità, perché riserva l'attività o comunque rimette un bene da attribuire ad un regime pubblicistico, oppure altrimenti operano i principi (e l'art. 1-*bis* che di quei principi è espressione). In questo secondo caso gli strumenti da impiegare nel garantire il servizio assunto sono quelli dipendenti dalla capacità di diritto comune dell'ente, dunque quelli offerti dal diritto privato, sebbene corretti (poiché opera il codice dei contratti pubblici e non solo il codice civile). In questo senso, l'art. 1-*bis* codifica l'inesistenza del potere dell'amministrazione di scegliere il suo diritto, in conformità con quella giurisprudenza, già citata, che, come afferma che di fronte ad un bene demaniale o appartenente al patrimonio indisponibile ogni forma di gestione è espressiva di un potere che produce una concessione, analogamente afferma che invece, di fronte ad un bene che non appartiene a tali tipologie, l'attribuzione della gestione a terzi si atteggia inevitabilmente un contratto di diritto privato⁵⁸.

Né in senso contrario possono assumersi le indicazioni dell'Unione europea. Essa, infatti, utilizza sì il concetto di "concessione", ma in senso radicalmente difforme rispetto allo strumentario concettuale proprio della tradizione nazionale⁵⁹. Concessione è infatti, nell'ottica europea, un contratto caratterizzato da un particolare meccanismo di remunerazione (il

⁵⁸ *Supra* nota 46.

⁵⁹ Ciò può determinare evidentemente degli equivoci, come quello in cui cade la giurisprudenza allorché qualifica un atto come concessione ai fini della applicazione della disciplina sui servizi pubblici, sulla base dei criteri essenzialmente economici posti dal codice dei contratti (Cons. St., sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620).

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

corrispettivo consiste o solo nella gestione, o nella gestione accompagnata da un prezzo). Un simile modello negoziale, che corrisponde alle caratteristiche dei rapporti che l'attribuzione dell'incarico di gestire un servizio pubblico può importare, non ha alcuna relazione necessaria con il potere (il potere non è elemento costitutivo di quella nozione di concessione, mentre lo è nella concezione tradizionale italiana di concessione, sebbene talora messa in discussione o comunque ridimensionata escludendo il tratto dell'autoritatività⁶⁰), per cui può ricomprendere tanto provvedimenti accompagnati da accordi⁶¹, quanto contratti di diritto privato⁶².

Dunque, in questo magma definitorio, l'attribuzione del servizio pubblico si configura ordinariamente come una concessione ai sensi del diritto europeo e del codice dei contratti, che da quel diritto (e segnatamente dalla direttiva 2004/17/Ce) mutua le definizioni degli istituti che disciplina, ma può non configurare una concessione nel senso tradizionale del termine, dunque un atto amministrativo cui accede un accordo. Che una revisione lessicale sistematica si imponga, appare del tutto evidente.

6. La residualità dell'art. 23-bis; la centralità dell'autonomia contrattuale degli enti locali

Analizzando la disciplina sostanziale dei servizi pubblici locali, sono emerse due forme diverse di intervento dei pubblici poteri: una corrisponde a un paradigma comune di azione pubblica, riferibile all'autonomia contrattuale dell'ente locale, in quanto soggetto giuridico dell'ordinamento, l'altra deroga al diritto comune con la previsione di un potere, attribuibile all'ente locale in quanto soggetto pubblico/autorità. In entrambi i casi si è in presenza di una responsabilità pubblica, cui però l'ente dà risposta con strumenti diversi: comuni o speciali. Ma se questo è vero, sembra potersi rovesciare il modo tradizionale di affrontare il tema della gestione dei servizi pubblici.

Al proposito, si possono fare alcune precisazioni, assieme terminologiche e concettuali. Essere titolare di un servizio pubblico significa dover

⁶⁰ D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative* (voce), in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1988, III, 290.

⁶¹ Il codice dei contratti, non a caso, ricomprende nella concessione anche i casi in cui ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice vengano attribuiti «diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico».

⁶² Dir. 2004/17/Ce, art. 1, par. 3.

definire, programmare, attuare le modalità di soddisfacimento degli interessi generali sottesi ad una attività economica e non, o almeno non necessariamente, disporre dell'attività economica attraverso cui il servizio è erogato. L'ente titolare del servizio pubblico garantisce la coerenza dell'erogazione del servizio con gli interessi ritenuti meritevoli, quale sia il modo con cui allinea l'una agli altri, anche solo attraverso una attività di regolazione, controllo, sovvenzione, in un mercato che opera in concorrenza. Il servizio è insomma in capo all'ente nel senso che la sua competenza sugli interessi sottesi implica intestazione della responsabilità di soddisfarli; nulla ha a che vedere, la titolarità del servizio, con la titolarità dell'attività⁶³, che, salvo diverse indicazioni legislative, è riferibile alla libertà di iniziativa economica (privata⁶⁴).

Ove occorra garantire il servizio pubblico, anche incaricando una più imprese di una specifica attività (quindi creando un mercato riservato di prestazioni rese dall'operatore con modalità possibili solo per effetto dell'intervento pubblico), si apre il problema di *chi* debba gestire l'attività e di *come* si conferisca quell'incarico. Rispetto a ciò, se è vero quanto si è sinora osservato, l'affidamento del servizio, inteso in senso tecnico come forma pubblicistica di consegna al mercato della cura di interessi sociali, è solo una delle modalità possibili ma, in quanto derogatoria rispetto a forme di diritto comune, non è giuridicamente prioritaria e comunque richiede una norma *ad hoc* che la giustifichi.

Come ha osservato la Corte costituzionale, l'affidamento del servizio corrisponde ad un modello di esercizio del potere che, in quanto tale, ha modalità di esercizio necessariamente tipiche: l'art. 23-*bis* costituisce lo strumento di soddisfacimento del principio di tipicità, ma diviene in questa prospettiva una norma residuale che disciplina in forme tipiche l'esercizio di poteri (di affidamento) anch'essi tipici, previsti da norme specifiche che lo attribuiscono.

Diversamente, quando l'intervento pubblico si realizza attraverso modalità comuni, esso non richiede (e mal tollera) una norma che ne tipizzi le modalità; in questo caso il ricorso al contratto, nell'esercizio dell'autonomia

⁶³ In questa prospettiva, ma con un diverso utilizzo dei termini, G. Di Gaspare (a cura di), *Forme di concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali*, in Id., *Servizi pubblici in trasformazione*, cit., 66, il quale osserva efficacemente come «l'Ente locale pertanto non è più titolare del servizio: in un sistema di *public utilities* la titolarità di un'attività economica non sussiste».

⁶⁴ Si può notare infatti che i limiti oramai posti alla iniziativa economica pubblica, che pure trova spazio in Costituzione, sono oramai tali da distinguerla nettamente, per i più ridotti contenuti, da quella privata.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

contrattuale dell'ente, costituisce la modalità generale di attribuzione dell'incarico.

Questa enfattizzazione dell'autonomia contrattuale come momento centrale nelle scelte sulla gestione dei servizi pubblici risponde all'obiezione per cui la tipicità circa la disciplina dell'affidamento contraddirebbe l'autonomia organizzativa dell'ente⁶⁵. La tipicità è infatti necessaria, perché si lega al potere; quando ciò non è si applica il diritto comune dei contratti. Il fatto poi che il diritto comune dei contratti possa essere molto stringente non è questione che riguardi i servizi pubblici; è questione d'ordine generale che va risolta in termini analogamente generali.

Se le premesse del ragionamento sono corrette, deriva da ciò che, ordinariamente, la disciplina di riferimento dei servizi pubblici locali non emerge dal combinato risultante dagli artt. 113, d.lgs. n. 267/2000, e 23-bis, d.l. n. 112/2008 e relativo regolamento di attuazione, ma dal codice dei contratti pubblici⁶⁶. Quest'ultimo, d'altra parte, espressamente contempla (sia pure sottoponendolo ad una normativa in parte derogatoria) lo strumento della concessione di servizi⁶⁷, anche prevedendo che al concessionario possa essere imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori ai costi sostenuti e così facendo riferimento proprio ad una fattispecie di servizio pubblico: il codice dei contratti intende dunque, con ogni evidenza, disciplinare anche il fenomeno dei contratti aventi ad oggetto l'attribuzione di servizi pubblici.

Le conseguenze che questa impostazione comporta in ordine alle modalità di gestione dei servizi pubblici possono essere rilevanti. Tra i due blocchi normativi (il codice dei contratti e la disciplina degli affidamenti), vi sono infatti punti di confluenza, espressivi di linee convergenti di sviluppo dell'ordinamento, ma anche significative diversità. Tre aspetti possono metterlo in luce: la questione dell'autoproduzione; la natura del rapporto e la questione dei poteri pubblici in corso di esecuzione, la questione della giurisdizione.

⁶⁵ G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 298-304 e 451-462.

⁶⁶ Come è stato osservato «l'esternalizzazione mediante contratti è sottoposta agli stessi principi e regole di diritto positivo in materia di procedure e contratti ad evidenza pubblica (appalti pubblici per forniture, lavori e servizi pubblici)» (G. Di Gaspare, *Esternalizzazioni, societarizzazioni e privatizzazioni*, in Id., *Servizi pubblici in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010, 142).

⁶⁷ Art. 30, d.lgs. n. 163/2006. Su tale norma, si veda F. Mastragostino, *L'ambito applicativo del codice e i contratti esclusi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 278-271, il quale sottolinea il progressivo avvicini-

7.1. Conseguenze della tesi: i limiti all'autoproduzione

L'art. 23-bis limita fortemente le possibilità di ricorso a società *in house*, subordinandone l'utilizzo a situazioni eccezionali legate a peculiari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento, tali da non consentire un efficace e utile ricorso al mercato. Si può in questo senso rilevare l'accentuarsi progressivo della pressione legislativa verso una riduzione della sfera pubblica.

Secondo una interpretazione che si è subito affacciata, tale norma limiterebbe anche le possibilità di autoproduzione, impedendo all'ente di gestire direttamente, con le proprie risorse interne, il servizio; la giurisprudenza ha per esempio annullato la scelta del comune di riappropriarsi e gestire in economia un servizio pubblico locale di rilevanza, precedentemente affidato a terzi con gara, in quanto la gestione diretta non sarebbe prevista tra le forme di gestione indicate nell'art. 23-bis⁶⁸.

Un simile divieto non sembra però in realtà emergere dalla norma: anche a prescindere da argomenti sistematici pure rilevanti, letteralmente la norma richiamata si applica a casi di "affidamento e gestione" o di "conferimento", e nulla dice circa il fatto che l'ente reputi di non affidare e non conferire, ma trattenere a sé il servizio. D'altra parte, il fatto che, come più volte detto, vi sia in questo caso all'origine un potere, a maggior ragione lascia impregiudicata la scelta di trattenere o esternalizzare, nei limiti in cui l'ente sia in grado di produrre le prestazioni in via diretta (il che, considerando i limiti derivanti dalla normativa sulla finanza pubblica, è comunque sempre più improbabile).

L'applicazione del codice dei contratti ai casi di attribuzione "senza potere" risulta però, sotto questo profilo, ancora più restrittiva. L'art. 125 del codice, manifestando un evidente disfavore nei confronti dell'amministrazione che "produce" beni e servizi, limita la possibilità dell'autoprodu-

narsi della concessione all'appalto, anche per il mutare del criterio distintivo, perché il criterio legato alla natura dell'atto (atto privato, il contratto di appalto, atto essenzialmente organizzativo che attribuisce attività e funzioni proprie della p.a., la concessione) è stato oramai sostituito da un nuovo criterio economico-finanziario. Già prima della adozione del codice dei contratti, sulle incertezze circa la natura della concessione come contratto o provvedimento: R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 95-97; E. Picozza, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. Franchini, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2010, 42.

⁶⁸ Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 460.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

zione a quei servizi il cui valore non ecceda certe (modeste) soglie di valore⁶⁹, con l'espresso divieto per l'ente di frazionare artificiosamente le prestazioni allo scopo di eludere i limiti posti.

Anzi, in mancanza di altre normative, il limite potrà riguardare tanto la produzione diretta, quanto la produzione a mezzo società *in house*, poiché entrambe sono qualificabili come forme di erogazione del servizio "in economia". Questo risulta d'altra parte evidente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ove si esclude l'applicazione della disciplina degli appalti proprio in quanto tra ente e società non vi è alcuna alterità, ed il rapporto che si crea si fonda non su un contratto, ma su una relazione organizzativa tutta interna alla struttura pubblica⁷⁰.

Deriva da ciò un limite considerevole alle possibilità della gestione *in house*, che incontra un divieto netto a prescindere dall'analisi di mercato circa la convenienza od opportunità di tale forma di gestione.

Non sembra ostare a questa interpretazione il fatto che, ove l'ente locale si rivolga al mercato, dovrebbe farlo in questi casi stipulando una concessione di servizio pubblico, ai sensi dell'art. 30 del codice dei contratti. Invero tale norma, detta disposizioni derogatorie, prevedendo che, ad eccezione di quanto da essa stessa disposto, il codice dei contratti, in relazione alla concessione, non debba applicarsi. Ciò non significa però che non valga allora il limite all'autoproduzione posto dall'art. 125 del codice. L'art. 30 ed il regime speciale dettato per le concessioni potrà rilevare nel momento in cui l'amministrazione decida di affidare il servizio al mercato (perché è una norma sulle concessioni a terzi), ma non prima, quando si tratti di scegliere tra autoproduzione o esternalizzazione; in altri termini, ove l'ente decida di non rivolgersi al mercato, sembra inevitabile applicare comunque la norma che regola (e limita) la possibilità di autoprodoturre servizi.

7.2. (segue) *Poteri pubblici e poteri contrattuali del soggetto pubblico in fase di esecuzione*

Una seconda questione, anch'essa rilevante, attiene alla natura del rapporto generato dall'attribuzione dell'incarico da parte dell'ente: ove non vi sia potere, la relazione tra l'ente locale e l'erogatore del servizio avrà la

⁶⁹ Si veda, a commento della norma, G. della Cananea, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., 393 ss.

⁷⁰ La società *in house* si annovera infatti tra gli strumenti tecnici "propri" della amministrazione (in questo senso la Corte di giustizia nelle note decisioni *Stadt Halle* – 11 gennaio 2005, C-27/03, 48 – e *Parking Brixen* – 13 ottobre 2005, C-458/03, 61).

natura di una ordinaria relazione contrattuale. Le conseguenze non hanno però la portata dirimpente che apparentemente potrebbe supporre: anzi, ciò che è significativo è piuttosto la sostanziale indifferenza della conseguenze dipendenti dalla disciplina applicabile.

La generalizzazione del contratto di servizio, come strumento regolativo dei rapporti tra soggetti pubblici ed erogatore del servizio, in principio riconduce il rapporto comunque ad una matrice di diritto comune, quale che sia la sua ricostruzione teorica. Infatti, anche ove il contratto appaia sostitutivo di un provvedimento amministrativo, dovrà applicarsi l'art. 11, l. n. 241/1990 che disciplina l'accordo in termini privatistici, seppure nei limiti di una non precisata compatibilità. L'articolo prevede poi al suo interno alcune deroghe, ma non già necessariamente al diritto privato in sé, quanto più semplicemente all'operare della disciplina ordinaria dei contratti.

Dunque, il diritto privato costituisce sempre, in questo senso, il primo riferimento per la definizione del regime del rapporto. Ma, al di là di ciò, anche il confronto puntuale delle normative applicabili al contratto di servizio/accordo amministrativo, da un lato, e al contratto di servizio/contratto, dall'altro, evidenzia una sostanziale coincidenza.

Non vi sono differenze per ciò che concerne le modalità di gara. Il contratto che attribuisce un servizio al pubblico in quanto si atteggia a concessione, non presuppone il rispetto delle modalità di gara che l'amministrazione deve ordinariamente seguire nell'aggiudicazione di contratti di appalto, ma è soggetto solo all'applicazione «dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità»⁷¹. Tali principi valgono specularmente per la scelta di un concessionario di servizio pubblico attraverso un atto di esercizio di potere concessorio⁷².

Il contratto, come l'accordo, deve sempre essere preceduto da una determinazione, la cui esistenza (e permanenza) ne condiziona validità ed efficacia; anzi, rispetto al contratto vi è una possibilità, prevista da una norma derogatoria e dunque di stretta interpretazione, di far sopravvivere l'attribuzione dell'incarico di gestire il servizio anche in caso di annullamento dell'aggiudicazione dipendente da gravi violazioni, per motivi imperativi di interesse generale⁷³, o, negli altri casi, sulla base di una valutazione degli interessi coinvolti, che non ricorre invece nel caso dell'annullamento della

⁷¹ Art. 30, c. 3, d.lgs. n. 163/2006.

⁷² Come ora espressamente prevede l'art. 23-bis, c. 2, lett. a), d.l. 112/2008.

⁷³ Art. 121, cod. proc. amm.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

determinazione su cui l'accordo si fonda⁷⁴. Tanto il contratto⁷⁵ quanto l'accordo⁷⁶ debbono essere stipulati per iscritto, a pena di nullità. Il contratto non può essere ceduto a terzi senza autorizzazione⁷⁷, così come, per giurisprudenza costante, l'*intuitus personae* che connota i provvedimenti concessori non ne consente la cessione, pena la decadenza⁷⁸.

L'elemento fiduciario incide peraltro anche sotto altro profilo: il codice civile⁷⁹ consente la risoluzione del contratto in caso di inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti. Dunque, la ragionevole aspettativa circa l'affidabilità dell'erogatore del servizio è comunque condizione di permanenza anche del contratto.

Quanto al potere nevralgico del recesso⁸⁰, il codice civile è finanche più "generoso" per la stazione appaltante rispetto a quanto non sia la legge sul procedimento riconoscendo all'amministrazione la possibilità di recesso *ad nutum* e senza obblighi di motivazione (senza dunque che occorranza i sopravvenuti motivi di interesse pubblico, di cui dare esplicitazione)⁸¹. L'appaltatore deve in questo caso essere tenuto indenne delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno, a ristoro del danno prodotto, norma al suo fondo non dissimile, se non forse per il *quantum*, da quella che subordina il recesso dagli accordi al pagamento di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato⁸².

Le differenze potrebbero però cogliersi sul piano della disciplina non

⁷⁴ Obbligando in questo modo l'amministrazione a tutelare gli interessi degli utenti attraverso l'esercizio di autonomi poteri di urgenza.

⁷⁵ Come previsto dall'art. 3, c. 6, d.lgs. n. 163/2006, e comunque come risulta da una giurisprudenza consolidata: Cass., sez. III, 15 marzo 2004, n. 5234.

⁷⁶ Art. 11, c. 2, l. n. 241/1990.

⁷⁷ Art. 1656 c.c. applicabile in virtù del fatto che ai contratti che assumono la veste delle concessioni (a norma del codice dei contratti), il diritto privato speciale dei contratti pubblici non può applicarsi.

⁷⁸ Cons. St., sez. VI, 12 marzo 2002, n. 1452. In dottrina, G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, *La concessione di pubblico servizio*, cit., 99.

⁷⁹ Art. 1564 c.c., richiamato per l'appalto di servizi dall'art. 1677 c.c.

⁸⁰ Il potere di sottrarsi all'accordo è sempre stato considerato come l'elemento davvero distintivo della disciplina delle concessioni, da quella dei contratti (G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, cit., 84; criticamente, invece D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative* (voce) cit., 297).

⁸¹ Art. 1671 c.c.

⁸² Art. 11, c. 4, l. n. 241/1990.

legislativa, sul piano cioè di quella disciplina ricostruita *praeter legem* sulla scorta dei principi, che fa leva sulla inesauribilità del potere amministrativo e dunque sulla esistenza di poteri impliciti nel rapporto concessorio che potrebbero pertanto essere esercitati anche in mancanza di espresse previsioni. Poteri di direzione, di controllo, di sostituzione, la cui esistenza può essere considerata come un limite di compatibilità nella applicazione del diritto privato⁸³. I contorni di tali poteri sono alquanto nebulosi, e, d'altra parte, non è scontato che possano davvero considerarsi esistenti. Ma, di nuovo, essi non sono affatto estranei al regime legislativo del contratto d'appalto.

Poiché il codice civile consente di apportare variazioni unilaterali al servizio da erogare⁸⁴, l'obiezione per cui il contatto avrebbe l'effetto di stabilizzare il modo di erogare prestazioni che potrebbero invece richiedere successivi adattamenti viene meno. Tale facoltà è soggetta a limiti, sia sotto il profilo economico, sia in relazione alla natura del servizio da eseguire: a ben vedere però lo stesso limite, ancorché più sfumato vale anche per una concessione attribuita a seguito di gara, poiché, ove la variazione configurasse uno stravolgimento del contenuto della concessione, si avrebbe una violazione del principio dell'evidenza pubblica. Quanto al controllo, il committente ha comunque il diritto di controllare l'esecuzione del contratto e, ove accerti che la sua esecuzione non procede secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni, trascorso inutilmente il quale il contratto è risolto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno⁸⁵. La disciplina non sembra meno efficace di quella procedimentalizzata cui è subordinata la decadenza da un accordo.

Insomma, in conclusione, il ricorso al contratto, il luogo dell'accordo sostitutivo non sembra minare le facoltà concretamente esercitabili dall'ente e, in questo senso, la intensità e la continuità dei poteri di garanzia del servizio.

7.3. (segue) *La giurisdizione sui servizi pubblici locali*

Se il diritto sostanziale applicabile al rapporto tra ente locale ed erogatore non appare determinare una cesura tra l'assetto "tradizionale" della gestione dei servizi pubblici ed un assetto invece fondato su strumenti

⁸³ G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, cit., 100 ss.; A. Brancasi, *L'auto-trasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., 118.

⁸⁴ Art. 1661 c.c.

⁸⁵ Art. 1662 c.c.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

di diritto comune, la conseguenza principale che deriva dalla riconduzione dell'attribuzione del servizio pubblico al *genus* del contratto, attiene piuttosto alla giurisdizione.

Tutto ciò che ha a che fare con l'assunzione del servizio e con le procedure di selezione del contraente rimane inevitabilmente attratto dalla giurisdizione del giudice esclusiva del giudice amministrativo. Viceversa, la tesi esposta sottrae alla giurisdizione del giudice amministrativo la gestione del rapporto contrattuale tra ente locale ed erogatore. Come ha rilevato la Corte costituzionale, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo trova un limite, in termini generali e per conseguenza anche nella materia dei servizi pubblici, potendosi estendere solo sin dove vi è una traccia di potere, come, secondo una delle esemplificazioni che la Corte si è data carico di fare, nel caso degli affidamenti.

Se è corretto dire che l'incarico di erogare prestazioni di servizio pubblico dato al mercato con strumenti di diritto comune non configura di per sé una ipotesi di affidamento e se, comunque, è corretto dire che in molti di quei casi l'attribuzione non è espressione di un potere amministrativo, se ne deve ricavare che la giurisdizione sul rapporto contrattuale che regge l'incarico fuoriesce dalla previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sugli affidamenti di servizi pubblici per essere attratta dalla generale giurisdizione del giudice ordinario⁸⁶.

8. Alcune valutazioni, a consuntivo

Le conseguenze dei mutamenti del sistema dei servizi pubblici ed il passaggio da un sistema di gestione ad un sistema di semplice garanzia (ammesso che garantire il servizio sia in sé semplice) non sono valutate in termini univoci.

Vi è stato chi ha salutato il mutare della normativa come foriero di elementi che esaltano le potenzialità democratiche nell'organizzazione dei servizi, facendo riscoprire l'identità e la vocazione sociale dell'ente locale «a spese del profitto burocratico di autorità amministrativa»⁸⁷. Vi è stato invece chi ha rilevato come gli ostacoli ed i limiti posti alla gestione diretta possano

⁸⁶ Sulla necessità di verificare, ai fini della ricompressione di una controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, tanto l'inerenza alla materia dei servizi, quanto, disgiuntamente, la ricorrenza di un potere autoritativo: Cons. St., sez., IV, 5 ottobre 2004, n. 6489.

⁸⁷ G. Di Gaspare, *Forme di concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali*, in Id. *Servizi pubblici in trasformazione*, cit., 66.

rappresentare un *vulnus* alle garanzie partecipative della comunità locale, precludendo al cittadino/utente di intervenire nella gestione del servizio⁸⁸ e comunque attenuare i poteri di vigilanza dell'ente locale, estromesso dalla conoscenza diretta delle informazioni rilevanti per poter esercitare un controllo efficace. Postulare, come si è fatto, ulteriori limiti al ricorso a società *in house* e ricostruire la relazione tra l'ente locale e l'erogatore in termini puramente contrattuale accentua il valore di queste ultime obiezioni.

Sotto il primo profilo, tuttavia, il ricorso a modelli societari *in house* nasce con un elemento di ambiguità che negli anni si è accentuato. Esso infatti avrebbe dovuto, da un lato, creare o accentuare un elemento di alterità tra il regolatore del servizio⁸⁹, l'ente e la società erogatrice, che avrebbe dovuto consentire una gestione tecnica, da parte di un soggetto che avrebbe dovuto muoversi secondo logiche prettamente aziendali. Questo sul presupposto che, fissate da parte dell'ente le regole da seguire (e protetto, attraverso queste regole, l'interesse pubblico sotteso) una gestione aziendalistica del servizio avrebbe consentito di realizzare quegli interessi nel modo più efficiente. Anzi, proprio sul presupposto della necessità di creare questa alternatività, la società è divenuta talora una forma di gestione necessaria del servizio⁹⁰. L'applicazione, all'organizzazione e all'attività della società, del diritto privato, doveva altresì contribuire a garantire tali risultati.

Al di là di altre considerazioni di diversa natura, circa la propensione dimostrata dalla politica di volersi (e riuscire ad) appropriarsi della gestione della società, il diritto comunitario ha frustrato tali aspettative, imponendo che l'ente debba poter svolgere sulla società in controllo analogo a quello che esercita sui propri uffici, richiedendo altresì che sia prevista una possibilità di ingerenza continua dell'ente sulla gestione. Giuridicamente, dunque, un'alterità non può esservi e nell'attuale assetto, l'«endemico conflitto

⁸⁸ F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit., 355, 368, 349.

⁸⁹ Già il modello dell'azienda speciale imponeva infatti, almeno in una prima fase, una “applicazione di rigore del principio di separazione tra funzioni di programmazione e controllo dell'ente territoriale e compiti di gestione dell'azienda”, poi stemperata dall'attribuzione a tale azienda della definizione del programma di gestione da sottoporre all'approvazione dell'ente (così, R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998, 40).

⁹⁰ Secondo l'art. 6, d.lgs. n. 259/2003, «Lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, o loro associazioni, non possono fornire reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, se non attraverso società controllate o collegate».

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

di ruolo che attanaglia gli enti locali»⁹¹ diviene una condizione strutturale perché indotta dal quadro normativo.

Parallelamente, il diritto applicabile alle società si è sempre più avvicinato al diritto applicabile all'amministrazione, in fatto di procedure di assunzione e di gestione del personale⁹², aggiudicazione degli appalti⁹³, procedimentalizzazione dell'attività⁹⁴, diritto di accesso⁹⁵.

In questo contesto, delle ragioni che sembrano giustificare il ricorso a società interamente pubbliche sembra perdersi, e quella esigenza di alterità tra amministrazione ed erogatore altro non può soddisfarsi se non attraverso una effettiva esternalizzazione del servizio. Salvo rimettere in discussione la fondatezza di tale esigenza e dunque il presupposto che ha fondato il processo di riforma. Renderle uno strumento di gestione solo residuale, che, in quanto tale, può essere utilizzato solo eccezionalmente, appare dunque una scelta coerente con il mutare delle premesse che ne avevano giustificato la previsione.

Per altro verso, che però il diverso ruolo dell'ente incida sulla capacità di incidenza del cittadino sulla gestione del servizio, frustando i suoi diritti civili non è scontato. Per un verso, infatti, il legame tra ente e società porta al rischio concreto che l'ente difenda l'interesse della società, finanche al punto da porsi, con essa, come la controparte dell'utente. Per altro verso, comunque, come il cittadino incede sul servizio direttamente gestito, nello stesso modo può incidere sulla regolazione pubblica che conforma il servizio, ovvero sul controllo che l'ente può successivamente svolgere. In questo senso, la democrazia risulta preservata nell'uno e nell'altro caso. D'altra parte, un ente efficiente può controllare con la stessa efficacia con cui erogherebbe direttamente il servizio; un ente non efficiente non riuscirà a fare efficacemente né l'una né l'altra cosa, ed il problema diviene la sua inefficienza e non già la disciplina del servizio. Il fatto però che, a livello locale,

⁹¹ M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 134.

⁹² Art. 7, d.P.R. n. 168/2010, ma già art. 18, d.l. n. 112/2008. Si veda a commento G. Piperata, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lavoro nelle pubbl. amm.*, 2009, 629 ss.

⁹³ Art. 32, d.lgs. n. 163/2006.

⁹⁴ Art. 29, l. n. 241/1990 e, almeno secondo una non scontata lettura della norma che riconduce nella nozione di attività amministrativa anche l'erogazione di servizi, art. 1-ter, l. n. 241/1990.

⁹⁵ Come peraltro in termini più generali previsto per tutti i gestori di servizi (art. 23, l. 241/1990).

della garanzia del servizio si occupi un ente politico e non, come a livello nazionale, un ente solo tecnico, magari indipendente, può attenuare il problema, perché rende l'inefficienza politicamente sanzionabile e dunque pone la questione della garanzia dei servizi come una questione di responsabilità politica⁹⁶.

Né la costruzione della relazione tra l'ente e l'erogatore in termini contrattuali sembra incidere sulle possibilità concrete di esercitare un controllo. Riepilogando, il confronto tra la disciplina formale ed informale degli accordi con la disciplina formale dei contratti di appalto fa emergere differenze che possono essere considerate non sostanziali. A prescindere dal fatto che, in astratto, un contratto ben concepito e strutturato possa produrre gli stessi risultati di un accordo amministrativo⁹⁷, in realtà tale corrispondenza è in larga misura prevista *ex lege*. Ed anzi questo stempera una certa retorica delle "esigenze" che il servizio pubblico presenterebbe rispetto ad un servizio altro: non perché esigenze specifiche non vi siano, non perché tali esigenze non siano davvero molto sensibili, ma perché il contratto, nella sua ordinaria strutturazione, sembra potervi rispondere, purché le facoltà contrattuali vengano efficacemente esercitate da una amministrazione attrezzata ed attenta, aspetto che, come in ogni frangente dell'azione amministrativa, si conferma il vero aspetto nevralgico.

Anzi, l'atto concessorio, ancorché integrato o sostituito da un contratto di servizio, per la sua natura pubblicistica finisce con l'importare una sorta di condivisione di responsabilità nella soddisfazione degli interessi tra l'uno e l'altro e a non definire con esattezza i confini dei rispettivi ruoli. E, in questo magma, il significato politico di una corretta regolazione e di un efficace controllo, compiti essenziali dell'ente, tende a stemperarsi.

Né può rilevare, nel giudizio, lo spostamento della giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice ordinario. La differenza non è secondaria, ma non può essere oggetto di una valutazione in termini positivi o negativi. Essa implica diversità di regole processuali, tecniche di sindacato, approccio e sensibilità che di fatto non possono essere relegate su un piano puramente giurisdizionale. Ma non si può ritenere che ciò possa costituire un elemento che incide, in senso positivo o negativo, sulla garanzia del servizio pubblico, poiché la giurisdizione (quale che sia) tende solo alla legalità e non è, né può essere, permeabile al valore degli interessi sottesi alla controversia⁹⁸.

⁹⁶ Sui rischi dell'inefficienza, G. Clemente di San Luca, *La morfologia dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza*, cit., 27-28.

⁹⁷ F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 91.

⁹⁸ A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*.

le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

Abstract

The aim of the article is to review the traditional notion of local public service concession, and through this, to define in new terms the limits of the application of the concerning public law regulation (namely, Article 113 of Decree-Law n. 267/2000 and Article 23-bis of Decree-Law n. 112/2008).

The article tries to demonstrate that local authorities can guarantee a public service without resorting to an administrative act of concession. In this perspective, a model which is radically alternative to concession is analysed.

Local authorities can intervene by granting a subvention to consumers, so to make them addressing to the market in order to buy the service. Following this model, local authorities do not charge providers with offering affordable services (which implies crating a monopoly or an oligopoly in the relevant market of regulated services), but let consumers choose among the existing undertakings. Furthermore, competition among different providers can easily be established: they are supposed to have the economic interest to offer the service at the best conditions. Such a model seems to be coherent with the legislative effort to open even public utilities sector to competition and legally preferable.

Nevertheless, even when local authorities establish the conditions that providers have to follow in service supplying, the act by which they charge the providers with such obligations is not necessarily an administrative act. A concession can only be used when the local entity is empowered with a public authority, that is when the law entitles a local entity with the power to grant exclusive or special rights. In all different circumstances, public entities can only act by contract: they are not subject to the provisions of Article 113 of the Decree-Law n. 267/2000 and Article 23-bis of the Decree-Law n. 112/2008 but to those of the Code of public contracts.

The article also evaluates the concrete impact of this model, trying to demonstrate that it does not hamper the real possibilities for local authorities to preserve public interests.

ARTICOLI

GIACINTO DELLA CANANEA

PER UN NUOVO ASSETTO DELLE RETI DI SERVIZI PUBBLICI*

SOMMARIO: 1. Dai *cahiers de doléances* alle analisi comparate degli ordinamenti. – 2. Centralità delle infrastrutture e delle reti. – 3. Le reti come “beni economici”: implicazioni. – 4. L’impegno dello Stato nella promozione degli investimenti nelle reti di servizi pubblici: tre scenari. – 5. Lo Stato proprietario. – 6. Lo Stato finanziatore. – 7. Lo Stato regolatore. – 8. Una questione “culturale”.

1. Dai *cahiers de doléances* alle analisi comparate degli ordinamenti

La qualità delle attività svolte dai pubblici poteri nell’interesse del corpo sociale non è stata messa in discussione soltanto dopo l’avvento delle istituzioni rappresentative alle quali siamo assuefatti. L’esempio più famoso, all’epoca dell’*ancien régime*, è costituito dai *cahiers de doléances*, registri nei quali le assemblee incaricate di eleggere i deputati agli Stati generali della nazione francese annotavano abusi e ingiustizie. In uso fin dal XIV secolo, alla fine del XVIII ne furono redatti – secondo alcune stime – ben sessantamila. Essi vennero presentati agli Stati generali nel maggio 1789. Espressero lo scontento dei sudditi, che sfociò nella Rivoluzione. Diedero spazio soprattutto a due tipi di richieste: da un lato, di abolizione delle imposte, delle decime ecclesiastiche e dei privilegi signorili; dall’altro, di garantire le libertà civili, in particolare quella personale e di stampa. Utilizzando una terminologia moderna, potrebbe dirsi che quelle richieste si appuntavano principalmente sull’esercizio delle potestà d’imperio, pur se non mancavano sollecitazioni a riformare la giustizia.

* Riunisco in questo breve scritto la relazione presentata all’incontro di studio organizzato da I-com, a Roma, sulle reti di nuova generazione nelle comunicazioni elettroniche e l’intervento al seminario sulle reti organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Benevento. Ringrazio Lorenzo Saltari e Fabiana Di Porto per i commenti a una prima versione, ma resto l’unico responsabile per eventuali errori od omissioni.

Nei paesi economicamente sviluppati del Duemila, la questione fiscale, il problema di come sia possibile tutelare i consociati dagli abusi di governanti e amministratori non hanno certamente perso importanza. Ma da oltre un secolo ha assunto un'importanza almeno pari un altro ordine di questioni. Esso riguarda la spesa pubblica destinata a far fronte ai bisogni espressi dai cittadini e dalle formazioni sociali all'interno delle quali essi agiscono. Lo Stato, ogni Stato, è divenuto così intermediario nell'allocazione della ricchezza. Non vi è d'ostacolo l'unificazione da tempo in corso in Europa. L'adozione di un'unica *lex monetae*, la realizzazione del mercato unico non hanno comportato il venir meno delle differenze nel rendimento dei pubblici poteri o, per usare un diverso ordine di concetti, i "dislivelli di staturalità"¹: li hanno esaltati. Vi hanno influito la determinazione di taluni standard, generali e specifici; la possibilità di misurare i risultati senza la distorsione indotta dalla diversità delle valute; l'assuefazione ai raffronti, non più percepiti come indebite ingerenze. Quei dislivelli sono messi in evidenza dalle analisi comparate. Esse hanno ormai una ragguardevole, crescente diffusione. Nell'istruzione e nel finanziamento della ricerca, nell'approntamento di infrastrutture essenziali per la vita quotidiana d'una moderna società come le ferrovie e le reti di telecomunicazioni, nella difesa del suolo dagli agenti naturali, le risorse finanziarie destinate dai governi e soprattutto il loro utilizzo e i risultati effettivamente conseguiti sono misurati, confrontati, valutati. Ne vengono tratti spunti per pungolare i governanti a far di più e meglio, per criticarli.

I limiti di oggettività di tali raffronti, quanto agli ambiti prescelti e ai criteri utilizzati, non possono nascondere la loro rilevanza. Da essi si evince che sono pochi gli scostamenti che la situazione italiana presenta rispetto a quella dei principali *partners* europei, i quali si configurano come elementi di forza. Sono decisamente più numerosi, e soprattutto più caratterizzanti l'assetto complessivo dei servizi, i tratti distintivi che si configurano come elementi di debolezza. Nelle infrastrutture tradizionali, che certamente non hanno perso importanza, come le ferrovie e gli acquedotti, l'Italia presenta una dotazione modesta in termini assoluti e relativi, con effetti negativi rilevanti. Sui risultati complessivi incidono particolarmente le punte estreme, come le perdite d'acqua in alcune regioni meridionali e la circostanza che, nelle stesse parti del Paese, le reti ferroviarie siano poco più estese che nel

¹ S. Cassese, *Lo Stato introvabile*, Roma, Donzelli, 1996, 11.

² P. Ciocca, *Economia e diritto delle infrastrutture* (2011), www.apertacontrada.it, 2-3; *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati, G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 2009; Confindustria, *Le sfide della politica economica*, Roma, 2008, 37.

per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici

primo Novecento. Nelle infrastrutture tecnologicamente più avanzate, come le reti di nuova generazione per le comunicazioni elettroniche, il ritardo è non meno grave, anzi va aggravandosi per via dei progressi registrati in altri Paesi appartenenti all'Unione. Attorno a queste tematiche vi è stato dibattuto. Soluzioni concretamente attuabili sono state prospettate nelle sedi istituzionali, oltre che in quelle scientifiche. Il Parlamento ha provato a legiferare, su iniziativa governativa, e in una certa misura vi è riuscito. Ma, con poche importanti eccezioni, il cantiere delle grandi opere è rimasto – desolatamente – pressoché vuoto non soltanto nella fase finale del XX secolo, ma anche nello scorcio del nuovo, sia per le nuove infrastrutture, sia per la manutenzione di quelle esistenti².

Un'ultima osservazione può utilmente completare il quadro sin qui descritto. La circostanza che da quelle analisi emergano giudizi di complessiva inferiorità del nostro Paese rispetto ad altri, in rapporto alla fornitura di beni essenziali per una moderna società, non ha importanza soltanto per i cittadini e le imprese nazionali. Ne ha anche per gli operatori economici e per gli investitori esteri. Soprattutto i Paesi – come l'Italia – contraddistinti da cronica scarsità di capitali hanno necessità di attingere ai mercati finanziari internazionali. Per attrarre investimenti, non è sufficiente la manovra dei tassi d'interesse: nell'attuale fase della globalizzazione³, le scelte degli investitori dipendono ampiamente dalla disponibilità di servizi, dalle poste alla giustizia.

2. Centralità delle infrastrutture e delle reti

Dell'importanza che le infrastrutture e le reti hanno per la società tutta vi è da tempo consapevolezza. Per l'Adam Smith della *Ricchezza delle nazioni* la realizzazione delle opere pubbliche indispensabili alla vita sociale, come i porti e le vie di comunicazione terrestri, era da annoverare tra le funzioni pubbliche essenziali degli Stati, quelle – cioè – alle quali nessuno Stato civile poteva rinunciare⁴. L'importanza di tali opere è ancora maggiore nel-

³ R.A. Kagan, D.Vogel (eds.), *Dynamics of Regulatory Change. How Globalization Affects National Regulatory Policies*, Berkeley, University of California Press, 2004; J.B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, Montchrestien, 2010, 2 ed.

⁴ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), VI.3: «The third and last duty of the sovereign or commonwealth is that of erecting and maintaining those public institutions and those public works, which, though they may be in the highest degree advantageous to a great society, are, however, of such a nature that the profit

l'impostazione di John Maynard Keynes. In questa impostazione, lo Stato non è semplicemente centro di assorbimento e di erogazione di risorse corrisposte dalla collettività. Effettua in prima persona, direttamente, investimenti su larga scala, per promuoverne il benessere. Anche per le impostazioni avverse a quella di Keynes, non vi è dubbio che la realizzazione delle infrastrutture essenziali rientri tra i compiti dello Stato. Anzi, essa è annoverata tra le circostanze che legittimano il ricorso all'indebitamento per finanziare le spese pubbliche, sul presupposto che le spese per il capitale e gli interessi vengano recuperate nel corso del tempo, grazie alla maggiore crescita economica e al conseguente incremento delle entrate fiscali dovuto all'accresciuta capacità di generare ricchezza. Il contributo di quegli investimenti (personalmente, ritengo che vi rientrino le spese per l'istruzione e la ricerca, ma non è questa la sede per darne ragione) al progresso dell'economia dipende, ovviamente, dalla misura in cui le infrastrutture e le reti (di trasporto, di telecomunicazione) recano un apporto effettivo al progresso tecnico e civile. A nulla (di buono) servono le molte opere incomplete di cui sono costellate le cronache.

Nella cultura giuridica italiana, non è mancata attenzione per le opere di pubblico interesse. Ad esse sono stati dedicati contributi significativi in sede scientifica, oltre a una produzione "minore", di crescente ampiezza. Tuttavia, dovere di onestà intellettuale impone di dare conto di almeno due punti deboli. Mentre il primo attiene all'allocazione della spesa, l'altro concerne la nozione di "rete". La parte scientificamente più avanzata della nostra cultura giuridica – con Costantino Mortati e Massimo Severo Giannini – ha probabilmente sopravanzato altre culture nazionali nel comprendere che l'ampliamento dell'elettorato ha comportato un mutamento che è corretto ritenere di rilievo costituzionale. Si è esattamente osservato che gli Stati sono divenuti, da enti dotati d'una serie di potestà più o meno limitate, centri di assorbimento del risparmio e di erogazione di denaro⁵. Una volta detto ciò, peraltro, si sarebbe forse dovuto aggiungere che lo Stato sociale non ha fatto venire meno la preoccupazione tipica dello Stato di diritto ottocentesco per il risparmio pubblico negativo, per il meccanismo perverso dell'incremento del debito e degli interessi, accollati alla collettività. Nel novero degli argomenti che sorreggono questa ricostruzione, che

could never repay the expense to any individual or small number of individuals, and which it therefore cannot be expected that any individual or small number of individuals should erect or maintain».

⁵ M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986.

valorizza le spese destinate agli investimenti rispetto alle altre, almeno tre hanno un preciso rilievo costituzionale: a) la scelta di fondo per un'economia di mercato – che si manifesta, in particolare, nell'art. 41 – postula che i pubblici poteri accrescano l'efficienza degli investimenti idonei a procurare vantaggio alla società tutta, quanto meno non ostacolandoli; b) l'obbligo di assicurare l'effettiva copertura delle leggi di spesa – secondo l'interpretazione più rigorosa dell'art. 81, risalente a Luigi Einaudi e della quale Fabio Merusi ha acutamente sottolineato i nessi con gli artt. 10 e 11⁶ – va diversamente modulato a seconda che quelle spese siano di natura corrente o sostengano investimenti; c) le regioni e gli enti locali – in base all'ultimo comma dell'art. 119 – possono indebitarsi soltanto per le spese di investimento, onde evitare che si dilati il lascito negativo per le generazioni future, e in ogni caso senza la garanzia dello Stato, per far sì che all'autonomia dei vari centri di spesa corrisponda la loro responsabilità.

Il secondo aspetto insoddisfacente chiama in causa la cultura giuridica. Nelle generazioni di studiosi che si sono formate nella prima metà del XX secolo, è stata portata a un ulteriore grado di affinamento la riflessione sui rapporti dominicali svolta nel secolo precedente sul tronco del diritto romano. In particolare, è associata al nome di Salvatore Pugliatti un'acquisizione fondamentale per gli studi giuridici: il dissolversi dello statuto unitario della proprietà in una varietà di statuti speciali, sia pure nel quadro di alcune norme generali, valide per tutti⁷. All'insegnamento di Pugliatti si sono espressamente richiamati, in almeno due generazioni di studiosi del diritto pubblico, coloro i quali hanno esaminato la disciplina dei beni pubblici, come lo stesso Giannini, Sabino Cassese e Vincenzo Cerulli Irelli⁸. È mancato, in seguito, un approfondimento relativo al concetto di “rete”.

⁶ La tesi di Merusi è esposta, in particolare, nel *Commento all'articolo 47 della Costituzione*, in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1980. L'importanza di questa interpretazione è giustamente sottolineata da S. Cassese, *Innovazione e tradizione in Fabio Merusi*, in *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. Benvenuti e M. Clarich, Pisa, ETS, 2010, 14.

⁷ S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, 308 (per la tesi che all'«unico schema saldo e compatto [sia subentrata] una serie di schemi più o meno autonomi l'uno rispetto all'altro»).

⁸ M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963 (per una critica al concetto di “proprietà pubblica”, messo a punto dalla pandettistica); S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983. Non è privo d'interesse, ai fini che qui interessano, che, analogamente a Giannini, Feliciano Benvenuti abbia messo in rilievo il nesso tra la sovranità e i beni demaniali: *Il demanio fluviale* (1961), in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Vita e pensiero, 2006, 2005.

giacinto della cananea

Una spiegazione di questa lacuna non è stata finora tentata, neppure in uno studio, recente e accurato, che esplora le varie accezioni della locuzione “rete”⁹. Essa sarebbe di estremo interesse. Una possibile ipotesi è che abbia avuto un’influenza negativa l’ottica alla quale buona parte dei giuristi seguivano ad attenersi, seguendo pedissequamente il codice civile del 1942, dando rilievo più all’appartenenza dei beni che alla loro destinazione, cioè agli usi ai quali essi sono adibiti. Un’altra possibile ipotesi è che, malgrado le potenzialità insite nella messa a punto di Aldo M. Sandulli relativa ai beni di appartenenza privata, ma contraddistinti dall’inerenza di interessi pubblici, vi sia stato un ritardo nel cogliere le potenzialità che quella messa a punto presentava in rapporto alle reti di servizi pubblici¹⁰. Pure, ne esistevano più specie: dalle ferrovie agli elettrodotti e alle telecomunicazioni.

Il ritardo della cultura giuridica è, al tempo stesso, concausa ed effetto dell’inadeguatezza della disciplina apprestata dall’ordinamento. Almeno fino al Duemila, sono state prodotte soltanto disposizioni legislative, più o meno dettagliate, riguardanti questa o a quella specie di rete, e anzi questo o quell’aspetto (i beni e le “cose” che, combinati, costituiscono l’elemento strutturale d’una rete, le modalità di gestione e utilizzo). Per esempio, le reti di comunicazioni elettroniche hanno una disciplina a sé stante. Lo mostra chiaramente la disposizione della direttiva comunitaria 21/2002 che fornisce la definizione di “rete”, anzi di “reti”, visto che ve n’è più d’una¹¹. Vi sono incluse le reti per le trasmissioni televisive e quelle di trasporto dell’energia elettrica. Non è stata elaborata – invece – una designazione legislativa unitaria – per usare ancora una volta le parole di Pugliatti – che facesse riferimento alle reti in un’ottica generale. Non sorprende, quindi, che la cornice giuridica esistente sia disomogenea, frammentaria. Essa presenta un’ulteriore, duplice, caratteristica: la natura, per dir così, servente delle disposizioni riguardanti le reti rispetto alle disposizioni che reggono ciascun servizio

⁹ F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell’economia*, Padova, Cedam, 2008.

¹⁰ A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 28, e, in precedenza, *Spunti per uno studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Il diritto dell’economia*, 1956, 163 (con specifico riferimento ad autostrade e ferrovie in concessione). Per alcuni sviluppi, M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹¹ L’art. 2, lett. a), della direttiva comunitaria n. 2002/21, dispone che, «ai fini della presente direttiva si intende per: a) reti di comunicazione elettronica: i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, compresi le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (...) i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, (...) le reti televisive via cavo».

pubblico; l'essere le norme d'apice sulle reti poste dalla normazione dell'Unione europea, mossa dalla finalità di liberalizzare i vari mercati delle reti, oltre a quelli dei servizi.

3. Le reti come “beni economici”: implicazioni

Le constatazioni, più che osservazioni, finora esposte (la disciplina delle reti adibite all'erogazione dei servizi pubblici è frammentaria, è meramente funzionale rispetto a quei servizi, è frutto soprattutto della normazione europea), tornano utili per fissare due punti essenziali relativi alle reti.

Il primo, e più ovvio, è che quella di “rete” è una nozione non univoca sul piano giuridico¹². La “rete” di operatori economici privati che viene realizzata, su impulso di essi o di un distinto centro di riferimento d'interessi, per la produzione, la distribuzione o la vendita al pubblico d'un prodotto o d'una serie di prodotti non è distinta dalla rete adibita all'erogazione di un servizio pubblico soltanto per il connotato di doverosità che l'ordinamento giuridico imprime a quest'ultima attività, che non è quindi lasciata alla libertà dei privati quanto all'esservi o non esservi. Se ne differenzia, altresì, per via della diversità dei beni che sono ricondotti a unità sul piano teleologico. Planando dall'astrattezza delle teorie alla concretezza di tali beni, i circuiti e gli snodi, i cavidotti e le apparecchiature fisse e mobili (da tenere distinte da altri tipi di beni, come le locomotive e i vagoni, utilizzati per la gestione dei servizi), assumono un rilievo specifico in ragione della destinazione a un determinato servizio. Ciò non esclude, beninteso, che possano avere rilievo anche ad altri fini, come accade agli impianti di telecomunicazioni che accedono a una rete ferroviaria, ma sono suscettibili di un uso distinto e autonomo, non meramente servente rispetto a quella rete (si parla comunemente di interrelazione fra reti). Non la sola connessione tra le diverse parti di un tutto, bensì la riconduzione ad unità di quelle parti in vista della realizzazione d'uno scopo unitario presenta dunque rilievo sul piano giuridico.

Non è determinante, da questo punto di vista, che le reti siano fisiche o “virtuali”, come suole dirsi per mettere l'enfasi sulla convergenza tecnologica tra diverse piattaforme (es., computer, telecomunicazioni, televisioni). Non lo è nemmeno che le figure giuridiche soggettive titolari dei diritti su quei beni assicurino autonomamente la propria disponibilità in vista del

¹² F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, cit., 12.

loro utilizzo unitario. Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, e di riflesso in quello nazionale, si moltiplicano infatti le situazioni nelle quali le norme positive impongono obblighi non solo di negoziare, ma di contrarre¹³, finanche con l'ablazione di quella significativa componente dell'autonomia privata che si esplica nella determinazione del corrispettivo per le prestazioni reciprocamente messe a disposizione. L'ablazione si realizza in forza d'una norma primaria, ma non è disposta da questa, bensì da un'autorità pubblica. Questa si interpone tra gli operatori economici, titolari di interessi eguali e contrapposti, per tutelare altri interessi: dei consumatori, della società tutta all'efficiente utilizzo delle risorse scarse o allo sviluppo tecnologico.

Ciò che più conta, ai fini che qui interessano, è peraltro un aspetto logicamente e giuridicamente preliminare rispetto all'intervento non soltanto dell'autorità pubblica, ma della stessa legge che ne agisce in chiave di legittimazione: il regime costituzionale delle infrastrutture e delle reti. L'art. 42 Cost. si apre con una duplice prescrizione: «la proprietà è pubblica o privata» e «i beni economici appartengono allo Stato, a enti o a privati». L'interpretazione più soddisfacente, sul piano letterale e sistematico, è che le due prescrizioni abbiano oggetti e finalità ben distinti¹⁴. L'enunciato costituzionale per cui «la proprietà è pubblica o privata» comporta il riconoscimento, conformemente a una tradizione plurisecolare, di altri diritti dominicali dei pubblici poteri e degli enti pubblici sui beni, retti da apposite norme, cioè di un regime giuridico pubblicistico dei beni. Il secondo enunciato non implica soltanto che i pubblici poteri e gli enti pubblici dispongano della legittimazione ad acquisire la titolarità del diritto di proprietà in rapporto ai beni economici o produttivi, allo stesso modo in cui i privati possono esserne titolari. Stabilisce un principio fondamentale concernente non la disciplina dei beni, bensì un momento antecedente, cioè alla disciplina dell'appropriazione dei beni¹⁵. Coerentemente con i presupposti dell'economia di mercato capitalistica, i diritti relativi a quei beni non possono essere sottratti ai privati (individui, imprese) in termini generali. In altre parole, la loro legittimazione è un tratto non modificabile dalla legislazione, ed è anzi ragionevole sostenere che nemmeno una revisione costituzionale potrebbe intaccarne il nucleo essenziale. È ammessa unicamente l'apposizione di riserve in casi specifici (per esempio, le acque), ed entro i limiti previsti dalla

¹³ C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, Giappichelli, 2003.

¹⁴ M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, 478.

¹⁵ S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., 105.

per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici

Costituzione, dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea e dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (art. 117, c. 1, Cost.).

Un discorso analogo può essere intavolato per l'art. 41 Cost. La disciplina generale che esso stabilisce legittima l'apposizione di limiti alle attività delle imprese e lo svolgimento di controlli sull'osservanza di quei limiti. Rispetto a questa norma generale, si configura come speciale la previsione delle collettivizzazioni, nel quadro dell'art. 43. Sebbene questa disposizione sia rimasta inalterata, il suo ambito di operatività si è notevolmente ridotto per via della *pre-emption* effettuata dalle norme dell'Unione europea volte – all'opposto – a liberalizzare i mercati dei servizi pubblici¹⁶.

Tutte le reti e, più in generale, le infrastrutture per i servizi pubblici sono state coinvolte dai processi di adeguamento dell'ordinamento giuridico alla “natura delle cose”, ossia ai mutamenti tecnologici ed economici, e alle norme dell'Unione europea che a quel criterio direttivo ampiamente s'ispirano. Le norme dell'Unione configurano l'esercizio delle reti e dei servizi come attività non sottratte alla libera impresa. Rendono, peranto, doverosa la disgiunzione tra l'attività di regolazione e l'esercizio delle reti e dei servizi. Scindono, sotto quest'ultimo profilo, la gestione delle infrastrutture dalla erogazione dei servizi, onde consentire a più d'un operatore di avvalersi della medesima struttura, anche se di proprietà privata, ove essa non sia replicabile (*essential facility*)¹⁷.

La peculiarità del caso italiano, che si è configurata nel prevalere delle collettivizzazioni rispetto ai controlli, si è quindi attenuata, senza peraltro lasciare spazio a concezioni oltranziste del mercato. Con buona pace di quanti coltivano il mito del mercato che spontaneamente si regola, la costituzione economica dell'Unione europea fissa il ben diverso principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, assegnando ai pubblici poteri il compito di promuoverla, sostenerla. La locuzione “libera concorrenza” non va intesa come sinonimo d'una concorrenza perfetta, ma d'una *workable competition*. Nel novero delle potestà che le istituzioni pubbliche detengono, non vi è soltanto quella d'intervenire *ex post*, per assicurare che la concorrenza non sia falsata. Vi è anche quella di stabilire regole volte a disciplinare l'esercizio dei diritti relativi all'uso dei beni e alla circolazione di quei diritti. Ne esistono diverse specie, come le limitazioni assolute del diritto di

¹⁶ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 12; *La nuova costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. della Cananea, G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 1998, 18.

¹⁷ D. Durante, G. Moglia, A. Nicita, *La nozione di “Essential Facility” tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, 257.

giacinto della cananea

edificare in alcune aree e il diritto di prelazione dello Stato in ordine all'acquisizione dei diritti di proprietà sui beni appartenenti al patrimonio culturale. Non costituisce un'anomalia, quindi, la pretesa di disporre la condivisione delle infrastrutture essenziali tra una pluralità di operatori, pubblici e privati. Si tratta d'una potestà prevista e disciplinata dalle norme e dagli atti d'indirizzo dell'Unione europea; è giustificata da precisi interessi della collettività, all'uso efficiente delle risorse scarse esistenti, che non è fisicamente possibile o economicamente sostenibile duplicare, e alla effettiva concorrenza tra gli operatori tradizionali e i nuovi; coerentemente con le garanzie costituzionali del diritto di proprietà, non ne intacca il nucleo essenziale. Soltanto il ritardo nell'acquisire piena consapevolezza della coerenza di questo tipo di limiti con le norme di grado superiore può spiegare – unitamente, è ovvio, ai ragguardevoli interessi economici dei *beati possidentes* – il persistere di un'altra peculiarità italiana, che proietta sui diritti dominicali relativi alle reti la concezione del diritto soggettivo “inviolabile” di matrice ottocentesca, ripudiata dalle costituzioni moderne, non accolta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, né dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

A sostegno della ricostruzione prospettata, si può utilmente ricordare che le norme dell'Unione europea si disinteressano del momento dell'appartenenza dei beni. Si preoccupano, piuttosto, di disciplinarne l'uso, in vista d'una pluralità di interessi (dei consumatori, ma anche allo sviluppo tecnologico). Per questo motivo, i vincoli imposti dalle direttive europee producono i propri effetti anche nei confronti dei privati che detengano infrastrutture di rilievo essenziale, non riproducibili nel medio periodo (è la dottrina delle *essential facilities*). Il vincolo, dunque, agisce in funzione *antitrust*. Allo stesso modo, le norme relative alle reti ferroviarie dispongono che il gestore debba consentire a chiunque di accedervi a condizioni non discriminatorie. Insomma, il diritto europeo prescinde dalla titolarità del bene, detta norme per chiunque sia in relazione con esso: ciò che viene disciplinato è l'uso del bene¹⁸.

¹⁸ Per questa ricostruzione, G. della Cananea, *Dalla proprietà agli usi: un'analisi comparata*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, a cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 63; M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 525.

4. L'impegno dello Stato nella promozione degli investimenti nelle reti di servizi pubblici: tre scenari

Si sono poste – così – le premesse indispensabili, relative all'assetto attuale, per valutare se e come sia possibile promuoverne un positivo mutamento. Giova fissare un ulteriore punto, sul piano del metodo. Nelle analisi dei tecnici, in quelle degli economisti, vengono vagliate le ragioni che inducono a considerare la possibilità, l'opportunità di investimenti nelle nuove reti, dal lato dell'offerta e della domanda. Dal punto di vista giuridico è, forse, meno agevole considerare analiticamente quelle ragioni. È più utile inserirsi in questo dibattito ribadendo che la promozione degli investimenti si configura come doverosa, per le istituzioni pubbliche, perché la loro missione consiste nel promuovere il benessere della società, ma al tempo stesso mettendo in risalto che vi è una varietà di modi per assicurarne la realizzazione, ciascuno contraddistinto da pregi e inconvenienti, e che la loro adeguatezza non è la medesima in ogni stadio di sviluppo, in ogni contesto istituzionale¹⁹.

A prezzo d'una schematizzazione, si possono considerare tre scenari. Il primo è quello che si è storicamente concretizzato per un periodo più lungo e con risultati più significativi: si tratta dello Stato proprietario (è bene precisare la locuzione "Stato" è qui intesa come formula di sintesi per designare l'insieme dei pubblici poteri, inclusi quelli infranzionali e ultrastatali). Un modo alternativo di promuovere gli investimenti nelle reti consiste nel finanziarli mediante risorse pubbliche, ancorché i diritti dominicali su quei beni spettino a operatori economici privati. Una modalità ulteriore, certamente non ultima per importanza, è costituita dalla regolazione pubblica delle forme di esercizio di quei diritti.

5. Lo Stato proprietario

Cominciando dallo Stato-proprietario, una prima questione che si pone, logicamente e giuridicamente, è se, ed eventualmente come, allo Stato o ad altri pubblici poteri sia consentito acquisire diritti di proprietà concernenti le reti. Si pensi, per esempio, alla rete di telefonia fissa esistente, ap-

¹⁹ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), VI.4: «That the erection and maintenance of the public works which facilitate the commerce of any country, such as good roads, bridges, navigable canals, harbours, etc., must require very different degrees of expense in the different periods of society is evident without any proof».

partenente alla società Telecom Italia. L'ipotesi d'una legge che espropri quei diritti di proprietà, teoricamente ammissibile alla luce delle disposizioni costituzionali, va peraltro sottoposta a un rigoroso vaglio in base ai principi comunitari. Quei principi sono di natura sia sostanziale, sia procedurale. Non consentono agli Stati di emanare qualsivoglia misura potenzialmente lesiva della libertà di esercizio delle reti, oltre che dei servizi di comunicazioni elettroniche. Soprattutto, esigono che ogni misura sia sottoposta al test di proporzionalità²⁰. Tutto ciò induce a ritenere che l'ipotesi dell'espropriazione sia, quanto meno, difficilmente praticabile.

Va esplorata, quindi, l'altra ipotesi, consistente nella cessione volontaria dei diritti di proprietà. Mancando la componente autoritativa che denota l'espropriazione, nell'art. 42 Cost. e nelle norme che da esso traggono fondamento, questa ipotesi non presenta le difficoltà, sostanziali e procedurali, prima segnalate. Ne presenta altre, tuttavia, per via delle difficoltà finanziarie nelle quali la Repubblica italiana, nel suo complesso, versa. Quelle difficoltà finanziarie assumono rilievo, anzitutto, per via della provvista che un provvedimento autoritativo o un accordo devono comunque presentare. Ne hanno altresì, per via del divieto dei disavanzi pubblici eccessivi previsto dall'art. 126 T.fue. Tuttavia, vi sono buone ragioni per sostenere che dal Trattato non discenda un ostacolo insormontabile, a questi fini. Dal momento che le norme costituzionali dell'Unione distinguono la quota dell'indebitamento destinato a finanziare investimenti dal volume complessivo²¹, un intervento di questo tipo potrebbe senz'altro essere considerato ammissibile.

6. Lo Stato finanziatore

Quanto appena osservato in rapporto all'acquisizione dei diritti di proprietà vale anche per quanto concerne l'intervento dello Stato come finanziatore delle reti (acquedotti, reti di comunicazioni a banda larga e ultralarga) nel caso in cui gli operatori economici privati intendano apportare miglioramenti alle strutture esistenti o intendano realizzarne di nuove. Questo scenario non è, a ben vedere, necessariamente alternativo rispetto a quello appena considerato. Si può, cioè, ipotizzare che uno Stato destini risorse finanziarie alla realizzazione delle reti di servizi pubblici, nella pro-

²⁰ L. Saltari, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, Ipsoa, 2008.

²¹ Per questa tesi, G. della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996.

spettiva – prima segnalata – del sostegno al conseguimento di più elevati livelli di protezione dei diritti civili e sociali, tra i quali – in una più moderna visione – sono da annoverare i diritti relativi all’accesso ai nuovi servizi. Ma si può anche ragionevolmente sostenere che risorse finanziarie di questo tipo potrebbero essere tratte dalle “risorse aggiuntive” che lo Stato è abilitato a investire per assicurare la coesione economica e sociale del nostro Paese, in virtù dell’art. 119, c. 5, Cost.²².

Vanno considerati, peraltro, alcuni inconvenienti. Il primo è rappresentato dal rischio di un forte disincentivo per gli investitori privati, i quali nella consapevolezza dell’intervento pubblico potrebbero non avere un solido stimolo ad investire risorse proprie o a rivolgersi agli intermediari finanziari. Bisogna tenere conto, inoltre, delle disposizioni del Trattato di Roma sugli aiuti statali alle imprese. È vero che esse sono state variamente interpretate nel tempo ed in relazione ai diversi settori. È vero, inoltre, che quelle disposizioni non stabiliscono un divieto assoluto di elargire aiuti di stato, bensì una norma di tipo permissivo condizionato. Ma si tratta pur sempre di un’attività sottoposta – appunto – a una condizione di tipo sospensivo, ossia che la Commissione dia il proprio assenso. Ove questo vi fosse, non assumerebbe rilievo la distinzione tra sussidi ed agevolazioni fiscali, giuridicamente equivalenti da questo angolo visuale. In questa prospettiva assume rilevanza il tema del servizio universale²³. Non necessariamente lo Stato deve intervenire erogando denaro per finanziarlo: ben potrebbe incentivare gli investimenti con norme fiscali di tipo derogatorio, con acconce regole per la ripartizione degli oneri tra gli operatori. In ogni caso, vanno definiti i riferimenti operativi: i criteri per individuare le reti che abbiano valenza strategica; i criteri e le procedure per l’erogazione.

7. Lo Stato regolatore

Il discorso si sposta così sulla regolazione pubblica delle reti. Sono opportune, al riguardo, due osservazioni preliminari. La prima è che sulla regolazione non manca una varietà di posizioni²⁴. Chi ritiene – i più, proba-

²² Secondo P. Ciocca, *Economia e diritto delle infrastrutture* (2011), www.apertacontrada.it, 1, «i privati possono concorrere, attraverso forme, rese convenienti, di finanza di progetto. Ma si richiedono, in primo luogo e in prevalenza, danari pubblici».

²³ G. Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 233; M.L. Mariniello, *Il servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. econ.*, 2007, 721.

²⁴ Per una sintesi, G. Majone, A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.

bilmente – che il mercato in *laissez faire* non sia in grado di sprigionare forze ottimizzanti, vede tuttavia nel diritto, nelle sue regole, nella capacità d'imporre l'*enforcement*, un mezzo assai rilevante del quale la politica economica può servirsi per perseguire le proprie finalità. Chi ritiene che l'ordine del mercato possa esprimersi spontaneamente, sol che vi siano adeguate norme giuridiche, idonee a eliminare distorsioni, ostacoli, ritardi, chiama pur sempre le autorità pubbliche – legislatori, regolatori, giudici – ad agire in tal senso²⁵. Chi, ancora, ritiene che le norme tornino utili per minimizzare i costi di transazione, in modo da evitare che il mercato sia frenato nel suo moto verso il raggiungimento dei livelli più elevati che è ritenuto in grado di attingere, auspica l'adozione di soluzioni appropriate, indipendentemente dalla forma giuridica che le riveste. È indispensabile, quindi, che si concretizzino due prerequisiti: la garanzia, se non della concorrenza perfetta, quantomeno d'una *workable competition*; una ragionevole stabilità delle regole nel tempo. Senza norme stabili un'economia capitalistica non è in grado di funzionare a dovere; un'industria ad alta intensità di capitale non può effettuare investimenti adeguati.

La seconda osservazione preliminare è che lo spazio per una buona regolazione è tutt'altro che esiguo, a livello nazionale. Questa impostazione corrisponde alla tradizione nazionale e all'interpretazione costituzionale che pare preferibile, anche in relazione al diritto europeo. Corrisponde alla tradizione, perché storicamente molti servizi sono stati assunti dai governi locali per far fronte a quelli che erano avvertiti come bisogni da parte delle rispettive collettività, non soddisfatte dal mercato, come l'illuminazione pubblica e i trasporti urbani. Ma l'assunzione in mano pubblica, da Giolitti in poi, è stata disciplinata dallo Stato. La legittimità d'una disciplina nazionale non è venuta meno neppure in conseguenza della discutibile – nei modi e negli esiti – riforma costituzionale del 2001. Essa ha previsto l'inclusione delle “grandi reti di trasporto e navigazione” e dell’“ordinamento delle comunicazioni” tra le materie sottoposte alla legislazione concorrente (art. 117, c. 3, Cost.). Ne è conseguita una situazione di incertezza normativa alla quale ha parzialmente posto rimedio l'opera di chiarificazione svolta dalla Corte costituzionale. Grazie ad essa, la legittimità costituzionale

²⁵ Sulla necessità di distinguere, ai fini di un esatto inquadramento dell'art. 41 Cost., il momento della libertà d'impresa da quello della concorrenza, N. Irti, *L'iniziativa economica privata*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. della Cananea, G. Napolitano, cit., 23. Sulla configurazione dell'imprenditoria privata come diritto di libertà, A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1992, 1596.

d'un intervento legislativo statale non è da escludere a priori. Il suo fondamento può essere rinvenuto nella tutela della concorrenza²⁶. Potrebbe essere ragionevolmente rinvenuto altresì nella necessità di determinare livelli essenziali delle prestazioni riferite ai diritti civili e sociali (art. 117, c. 2, lett. m), Cost.).

Alla luce di queste considerazioni preliminari, la regolazione può senz'altro intervenire sulla configurazione degli impegni che gravano sui titolari dei diritti di proprietà e degli altri diritti reali sulle reti. Per promuovere gli investimenti, l'autorità di regolazione può perfezionare il disegno delle procedure da espletare per il rilascio dei titoli che abilitano gli operatori economici ad adeguare le infrastrutture esistenti alle nuove tecnologie, a realizzarne di nuove. Si può ragionevolmente sostenere che possa giovare una *light regulation*, volta – cioè – a non accentuare oltremodo gli oneri imposti agli operatori economici privati. Questo criterio direttivo, d'altronde, è coerente con il divieto di ingiustificato aggravamento delle procedure di autorizzazione (art. 1, l. n. 241 del 1990). L'autorità di regolazione può, deve, altresì esercitare un controllo, né formale, né invasivo, sull'attività posta in essere dagli enti locali, segnatamente al fine di far valere il divieto che essi impongano alle imprese oneri differenti da quelli previsti per legge, come è accaduto nel settore delle comunicazioni elettroniche. Un ulteriore ambito nel quale l'attività di regolazione può esercitarsi riguarda la condivisione delle infrastrutture esistenti, non solo di quelle a qualsiasi titolo pubbliche. Poiché ciò comporta la possibilità d'interventi su una varietà di reti (ferrovie, elettrodotti, reti di comunicazioni elettroniche), ne discende la necessità d'un coordinamento tra i regolatori settoriali, nonché tra questi e l'autorità antitrust.

8. Una questione “culturale”

Una volta illustrati questi scenari, ci si deve interrogare sulla natura delle difficoltà che ciascuno di essi probabilmente incontrerà, e che dovrà superare.

Nel novero di tali difficoltà, vi è anzitutto quella derivante dall'opinione, più volte affermata nei dibattiti che si sono svolti nelle sedi istituzionali, che per quanto sia importante la questione della disciplina delle infrastrutture, altri problemi, altri bisogni, sono di più urgente rilievo per il Paese.

²⁶ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, e 3 marzo 2006, n. 80.

Alcuni ritengono addirittura che puntare sulle riforme giuridiche implichi allentare la presa sui problemi reali, che sono di natura economica. Sul rapporto tra diritto ed economia, tutte le tesi sono state sostenute e controbatute. Anche coloro i quali seguivano a sostenere che l'economia sia struttura, il diritto solo sovrastruttura, non negano la possibilità di effetti di retroazione. L'importanza del diritto è esaltata, per contro, per quanti fanno tesoro dell'insegnamento di Adam Smith, secondo il quale laddove la società è coesa bastano gli usi, le consuetudini che essa ha elaborato nel corso del tempo, mentre in una società che si amplia e si differenzia l'opera del diritto è insostituibile. Lo è, segnatamente, in questo ambito, nel quale, se non mancano interventi legislativi di tipo puntuale, e perfino eccezionale, essi lasciano irrisolti i problemi di fondo.

Vi è, inoltre, la difficoltà di tecnica giuridica di inserire criteri e forme d'azione innovativi in un *corpus* normativo ampio e stratificato, ma ispirato a una concezione dell'intervento pubblico nell'economia non semplicemente datata, ma antitetica rispetto alla necessità che le risorse finanziarie disponibili siano spese presto e bene. Non è un'acquisizione recente, nella scienza economica e in quella giuridica: basti pensare agli studi effettuati alla fine degli anni Sessanta del Novecento – rispettivamente – da Federico Caffè e Giuseppe Guarino²⁷. Pure, a quegli studi iniziali non è seguita una riflessione corale, segnatamente da parte dei giuristi.

L'ostacolo principale, non privo d'implicazioni per gli altri, è infatti culturale. Quella italiana è una cultura giuridica giustamente attenta alla propria autonomia rispetto al momento della politica economica, e della politica *tout court*, così profondamente permeata dalle istanze della giustizia, da non poterne prescindere per quanto concerne i rapporti economici. Ne costituiscono altrettante, significative manifestazioni i commenti all'opera del legislatore e alla giurisprudenza, prevalentemente incentrati sulla dimensione individuale. È una dimensione alla quale non si può, non si deve rinunciare. Essa va tuttavia arricchita, integrata: considerando l'adeguatezza dei principali istituti giuridici al mutare delle condizioni dell'economia; vagliando – se la verifica risulta negativa – gli interventi per adeguarli con prontezza; configurando controlli acconci, se del caso prendendo lo spunto da quanto si è fatto in Paesi appartenenti alla medesima tradizione giuridica.

²⁷ F. Caffè, *La vischiosità delle procedure nella spesa pubblica e le esigenze attuali della politica economica*, in *Saggi in onore del centenario della Ragioneria generale dello Stato*, Roma, Ipzs, 1969, 78; G. Guarino, *Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato: le funzioni della Ragioneria dello Stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 704.

per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici

Abstract

Although infrastructure and networks are essential to provide some fundamental public services, there is not yet an in-depth study of a general concept of “networks”. Moreover, the legal framework of the networks used for the provision of public services is fragmented; it is purely functional with respect to those services; and is primarily the result of European regulation.

One fundamental feature of network legislation is the object of the regulation: European Law does not concern the property of the goods. Aims at regulating the use, in view of a plurality of interests.

The Author considers three alternatives concerning the State’s commitment in promoting investments in public service networks. In the traditional approach, the role of the State is that of the owner of essential infrastructures. A second option is to finance investments by public resources and to translate the property to private parties. A third, and increasingly important role of the State is that of regulating the rights of providers of services and users.

TOMMASO EDOARDO FROSINI

IL DIRITTO COSTITUZIONALE DI ACCESSO A INTERNET*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Non di sola *privacy* vive il giurista tecnologico... – 3. Internet e il “nuovo” concetto di libertà del pensiero. – 4. *Digitus ergo sum*. Sul diritto di accesso a Internet. – 5. Il diritto costituzionale a Internet nella giurisprudenza: profili comparati. – 6. Considerazioni conclusive (con un cenno alla vicenda *Wikileaks*).

1. Premessa

Quello che è stato definito l’«orizzonte giuridico dell’Internet»¹ continua sempre più ad allargare e ampliare il suo panorama teorico e pratico. Non c’è settore del diritto che non sia investito e coinvolto: dal diritto civile dei contratti e delle transazioni concluse tramite *computer*, al diritto penale dei reati informatici e delle frodi elettroniche; dal diritto amministrativo dello *e-government* e dell’amministrazione digitale, al diritto processuale del c.d. “processo telematico” e della razionalizzazione informatica del sistema processuale². Si assiste, a seguito dell’affermarsi della tecnologia, a un nuovo modo di essere del diritto e, conseguentemente, a un processo di metamorfosi della figura del giurista come umanista in quella del giurista tecnologico³. Il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni

* Il presente lavoro è destinato agli *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

¹ V. Frosini, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. inform.*, n. 2, 2000, 271 ss.

² V. *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, Giuffrè, 1999; G. Pascuzzi, *Il diritto dell’era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, Il Mulino, 2002; G. Corasaniti, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, Franco Angeli, 2006; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, Giappichelli, 2009; M. Viggiano, *Internet. Informazione, regole e valori costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010; S. Sica e V. Zeno Zencovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’Internet*, in *Dir. inform.*, n. 3, 2010, 377 ss.

³ V. Frosini, *The lawyer in technological society*, in *European journal of law, philosophy and*

che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti.

Emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti" fondamentali, i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro rilievo costituzionale, che li colloca, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa⁴. Un esercizio ermeneutico in virtù del quale si applicano i tradizionali diritti di libertà costituzionali ai fenomeni della tecnologia informatica. Quindi, rileggere la libertà di informazione, come diritto a essere informati oltretutto a informare, la libertà di comunicazione, la libertà di associazione, la libertà di riunione, la libertà di iniziativa economica privata, e le libertà politiche, alla luce degli sviluppi della tecnologia informatica, al fine così di individuare le forme di tutela delle nuove situazioni giuridiche soggettive. Sul punto, ritornerò più avanti con maggiore attenzione; prendendo le mosse da alcune recenti e assai significative vicende giurisprudenziali, in particolare americana e francese.

Vorrei però mettere in evidenza un problema di metodo nel quale credo: e cioè, che le tecnologie hanno rappresentato e continuano a rappresentare uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico⁵. Certo, le tecnologie non producono solo libertà, per così dire: la tecnologia può essere al servizio dell'uomo buono o cattivo, del governante illuminato o del despota; in uno Stato costituzionale liberale, però, l'indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano e accrescono le libertà dell'individuo, e l'utilizzo delle tecnologie non può che essere strumentale a questo obiettivo.

computer science, voll. I-II, 1998, 293 ss. (poi compreso nel vol. Id., *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, 2 ed., Roma, Bulzoni, 2000, 9 ss.). Sullo stesso tema, v. poi Id., *Il giurista nella società dell'informazione*, prolusione al primo corso di perfezionamento in informatica giuridica dell'Università di Catania nel 2000, ora pubblicata nel numero speciale dedicato a *Vittorio Frosini giurista-informatico. Una raccolta di scritti (1973-2000)*, in *Informatica e diritto*, n. 2, 2001, 193-207.

⁴ Sulla questione, F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; ma v. già Id., *La tutela dei «nuovi diritti»*, in *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, a cura di F. Riccobono, Milano, Giuffrè, 1991, 89 ss.

⁵ Sul punto, T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. inform.*, n. 3, 2003, 487 ss. (pubblicato anche in: *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. II, Napoli, Jovene, 2004, 831 ss., e poi tradotto in spagnolo: *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 124, 2004, 129 ss.).

il diritto costituzionale di accesso a internet

Da un punto di vista del diritto costituzionale, le tecnologie determinano nuove forme di diritti di libertà che, laddove non codificate, possono essere incardinate e quindi riconosciute nell'alveo delle tradizionali libertà costituzionali. Quindi, si possono interpretare le vigenti norme costituzionali ricavandone da esse le nuove figure giuridiche dei nuovi diritti di libertà. Certo, nel periodo in cui viviamo, che è contrassegnato dal fenomeno della globalizzazione, le società degli individui non si possono più tanto modellare entro i "recinti" delle Costituzioni statali, anche perché rispondono a una serie di regole sovracostituzionali, che sono cioè globali e non più locali⁶. I problemi giuridici posti dalla tecnologia informatica, nella sfera del diritto costituzionale come in quella del diritto privato, non riescono a trovare più nella dimensione statale la sede idonea alla soluzione di essi. Basti pensare a Internet, e alla sua naturale vocazione alla extraterritorialità, quale «catalizzatore essenziale della globalizzazione contemporanea»⁷, in quanto esso travalica i confini degli Stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali fra i popoli. E sempre con riferimento a Internet, rimane altresì problematico separare le diverse libertà per giungere semmai a un modello olistico di libertà: d'altronde, chi accede a Internet si esprime, corrisponde, naviga, si unisce e si riunisce, in forme variabili e lasciate alla scelta individuale. Le diverse libertà vengono quindi esercitate con lo stesso mezzo, che è la rete, e nello stesso tempo o in tempi assai ravvicinati⁸. Certo, il fattore di spazialità presente nelle comunicazioni via Internet si collega al rapporto di carattere strettamente giuridico della sovranità dei singoli Stati, e così pure alla sottoposizione di ordinamenti giuridici singoli alle convenzioni internazionali ovvero alla accettazione del principio di sussidiarietà verticale nel settore delle telecomunicazioni. Si viene pertanto a produrre una rete intricata di rapporti giuridici, che trova espressione anche nelle decisioni giudiziarie dei Tribunali nazionali e delle Corti internazionali, come chiarirò più avanti.

⁶ G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi di diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009.

⁷ La definizione è di T.W. Goldsmith, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, New York, Oxford University Press, 2006, 179.

⁸ Sul punto, V. Zeno Zencovich, *La libertà su Internet*, relazione introduttiva tenuta al convegno svoltosi a Roma il 13 ottobre 2010 e organizzato dalla Fondazione Calamandrei e Università di Roma Tre. Sulla questione, v. A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit., e M. Viggiano, *Internet. Informazione, regole e valori costituzionali*, cit.; P. Costanzo, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed. Aggiornamento, Torino, Utet, 2000, 347 ss.

Si accenna, infine, anche alla complessa questione della Internet *governance*, e cioè lo sviluppo e l'applicazione da parte dei governi, del settore privato e della società civile, nei loro rispettivi ruoli, di principi, norme, regole, procedure decisionali e programmi condivisi che determinano l'evoluzione e l'uso di Internet. Ebbene, la *Internet Governance* passa attraverso una prevalente gestione delle risorse critiche e della regolazione dei servizi di accesso alla rete da parte dello *Internet Corporation for Assigned Names and Number* (ICANN), che è – a far data dal 1998 – un ente *no profit* di diritto privato, organizzato con modalità internazionale e registrato nello Stato di California negli Stati Uniti. Questo organismo è dotato di una serie di poteri di incisione unilaterale dei diritti e delle libertà che nella rete Internet possono trovare forme di espressione e di esercizio; svolge altresì la funzione di garantire il funzionamento dei sistemi di identificazione unica di Internet, assicurandone la stabilità e la sicurezza; promuove inoltre la competizione e la rappresentanza delle comunità globali di Internet, ai fini di uno sviluppo di una politica appropriata al suo intento tramite processi di *enhanced cooperation*, che devono essere partecipati e condivisi⁹. È chiaro però che sulla forma del governo di Internet si gioca il futuro della rete e una gestione liberale della stessa. Manca ancora uno *status* giuridico internazionale forte di Internet, che riconosca la sua universalità e quindi renda più difficili gli interventi intempestivi degli Stati nazionali contrari allo sviluppo, all'utilità e, soprattutto, alla libertà *di* e *in* Internet.

2. Non di sola *privacy* vive il giurista tecnologico...

Il fenomeno tecnologico non è più solo questione di *privacy*, che era (e rimane) un problema affidato senz'altro alla declinazione costituzionale, e sul quale non sono certo mancati, negli anni, numerosi studi e contributi della dottrina, così come numerose pronunce giurisprudenziali delle Corti e dell'Autorità garante¹⁰. Anche se il problema della *privacy* si ri-presenta,

⁹ Sul ruolo, poteri e organizzazione dello ICANN, v. D. De Grazia, *L'Internet Governance tra tecnica, politica e diritto*, in *Informatica e diritto*, n. 1, 2009, 29 ss.; B. Carotti, *L'ICANN e la governance di Internet*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2007, 683 ss.; L. Koletsou, K. Komaitis, E. Magarinis, *The Role of ICANN in Internet Governance: Friend or Foe?*, in *European Review of Public Law*, n. 4, 2006, 1346 ss.

¹⁰ Nella vasta bibliografia sul tema, mi limito a ricordare un recente volumetto: W. Sofsky, *In difesa del privato*, Torino, Einaudi, 2010, e due recenti articoli: A. Baldassarre, *Il diritto di privacy e la comunicazione elettronica* e F. Pizzetti, *La tutela della riservatezza nella società contemporanea*, entrambi in *Perc. cost.*, n. 1, 2010, 49 ss. e 61 ss.

oggi e specialmente in Italia, sotto nuove vesti, e cioè nella complessa e complicata questione delle intercettazioni telefoniche e della loro divulgazione pubblica. Questione importante e delicata, che per adesso però mettiamo da parte.

Nell'orizzonte giuridico dell'Internet c'è anche la *privacy*, indubbiamente; ma c'è anche, e soprattutto, la libertà di manifestazione del pensiero, il cui significato occorre rifondare alla luce delle sue nuove implicazioni d'ordine giuridico¹¹. E proprio con particolare riguardo a questo aspetto, e il consequenziale problema dell'accesso, concentrerò l'attenzione in questo scritto.

Prima, mi sia consentito tornare su un tema che ritengo prodromico a tutte le questioni che concernono Internet e i suoi derivati tecnologici in punto di diritto. Ed è quello della dottrina della "libertà informatica"¹². Una teoria che venne avanzata ed esposta nell'ormai lontano 1981 e che aveva la sua matrice ideologica nella concezione di un nuovo liberalismo, inteso come fermento lievitante di una civiltà liberale promossa dalla rivoluzione tecnologica; e si sviluppava sulla base di una nuova dimensione del diritto di libertà personale, in una fase storica della civiltà industriale caratterizzata dall'avvento dei calcolatori elettronici. Tipico nuovo diritto scaturito dalla evoluzione della civiltà tecnologica, il diritto di libertà informatica manifesta un nuovo aspetto dell'antica idea della libertà personale e costituisce l'avanzamento di una nuova frontiera della libertà umana verso la società futura, e che si viene a collocare nel prisma del costituzionalismo contemporaneo. Tenuto conto che il costituzionalismo è una dottrina, o meglio l'insieme delle dottrine politiche e giuridiche, che fissa i limiti al potere e valorizza ogni forma di libertà individuale, nel segno del progresso civile e umano¹³.

Nella sua originaria versione, quella esposta nel 1981, la libertà informatica veniva raffigurata – al pari di quella politica (secondo la dottrina di I. Berlin) – come *positiva* e *negativa*. La libertà informatica negativa, esprime

¹¹ V. Zeno Zencovich, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1, 2010, 69 ss.; ma v. già, Id., *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 125 ss.

¹² Riprendo qui toni e termini già utilizzati in T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 489 ss., che sono stati sottoposti a garbata ma netta critica da A. Pace e M. Manetti, *Commento all'art. 21 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 2006, 160.

¹³ V. il chiaro affresco di P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, vol. I, seconda ed., Torino, Giappichelli, 2006, 3 ss.

«il diritto di *non* rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale, privato, riservato (qualifiche queste, che potrebbero in certi casi non coincidere tra loro); la libertà informatica positiva, invece, esprime la facoltà di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia della *privacy* per essere divenuti elementi di *input* di un programma elettronico; e dunque libertà informatica positiva, o diritto soggettivo riconosciuto, di conoscere, di correggere, di togliere o di aggiungere dati in una scheda personale elettronica»¹⁴.

Ecco che così il diritto di libertà informatica assume una nuova forma del tradizionale diritto di libertà personale, come diritto di controllare le informazioni sulla propria persona, come diritto dello *habeas data*. L'evoluzione giurisprudenziale ha riconosciuto e affermato questo nuovo diritto di libertà nei termini di protezione dell'autonomia individuale, come pretesa passiva nei confronti dei detentori del potere informatico, dei privati o delle autorità pubbliche. Con la nuova legislazione sulla tutela delle persone rispetto al trattamento dei dati personali, arricchita da una normazione europea, la nozione del diritto di libertà informatica ha trovato riconoscimento nel diritto positivo; ma nel frattempo ha subito una trasformazione, giacché il diritto di tutelare i propri dati si attua nei confronti di qualunque trattamento di essi, anche non elettronico; e ha subito altresì un mutamento del suo carattere, prima ispirato al principio della difesa dinanzi al potere informatico, ora considerato come un diritto attivo di partecipazione del cittadino al circuito delle informazioni. Emerge così il problema del riconoscimento di un diritto all'identità personale come nuovo diritto della personalità, costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo cui si correla un interesse del soggetto a essere rappresentato nella vita di relazione con la sua vera identità. La libertà di custodire la propria riservatezza informatica è divenuta anche libertà di comunicare ad altri le informazioni trasmissibili per via telematica, per esercitare così la libertà di espressione della propria personalità avvalendosi dei sistemi di comunicazione automatizzata.

A questo proposito, in tema di declinazione costituzionale della libertà

¹⁴ Cfr. la relazione di V. Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, nel vol. in *Privacy e banche dei dati. Aspetti giuridici e sociali*, a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1981, 37 ss. (poi compresa nel vol. Id., *Informatica diritto e società*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 1992, 173 ss.). Su cui, v., almeno, le monografie: C. Castillo Jimenez, *Las nuevas tecnologías de la informacion y el derecho. De Vittorio Frosini a Internet*, Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla, 2003; F. Costantini, *Vittorio Frosini. Genesi filosofica e struttura giuridica della società dell'informazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

informatica, vale senz'altro la pena citare la vicenda dello *Habeas data costituzionale*, quale nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano. Scopo dello *habeas data costituzionale* è quello di assicurare, tra gli altri proprio «la libertà informatica, come garanzia personale a conoscere e accedere alle informazioni personali esistenti nelle banche dati, a controllare il loro contenuto e quindi a poterle modificare in caso di inesattezza o indebita archiviazione o trattamento, nonché a decidere sulla loro circolazione»¹⁵. Le diverse esperienze sullo *habeas data costituzionale* in America Latina si possono dividere in tre categorie: a) Paesi dove la Costituzione ha previsto in forma diretta, completa e precisa lo *habeas data* (Guatemala, Brasile, Colombia, Paraguay, Perù, Ecuador, Argentina, Venezuela); b) Paesi che prevedono la garanzia attraverso la legislazione o in forma indiretta attraverso il ricorso di *amparo costituzionale* (Cile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Honduras); c) le altre esperienze, che prevedono una tutela indiretta dello *habeas data* (Panama, Messico, Uruguay e Salvador). Tra le Costituzioni latinoamericane che consacrano il principio della libertà informatica, mi limito a ricordare qui la Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, che è del 1999, il cui art. 5, comma settantadue (LXXII) afferma che «è concessa l'azione della *habeas data*: a) per assicurare la conoscenza di informazioni relative alla persona del richiedente, risultanti da registri o banche dati di enti governativi o di carattere pubblico; b) per la rettifica di dati, quando non si preferisca farlo tramite procedimento segreto, giudiziario o amministrativo». Si può altresì ricordare – di cui si dirà meglio più avanti – la sentenza della *Sala Constitucional* costaricense, che ha riconosciuto l'accesso a Internet quale diritto fondamentale, e quindi valorizzando il concetto e la concezione del diritto di libertà informatica.

Ecco che il diritto di libertà informatica acquisisce oggi un ulteriore significato a seguito dell'avvento dell'Internet, e ciò vale a dimostrare la sua attualità teorica. Infatti, con l'Internet, il diritto di libertà informatica «è diventato una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni»¹⁶. Ci

¹⁵ Cfr. E. Roza Acuña, *Habeas Data costituzionale: nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2002, 1923 (*ivi*, nelle note allo scritto, numerosi riferimenti bibliografici, legislativi e giurisprudenziali).

¹⁶ Così V. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, cit., 275; Id., *La democrazia nel XXI*

troviamo di fronte, indubbiamente, ad una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere. Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica: di poter esercitare, insomma, il proprio diritto di libertà informatica. Partendo dal riconoscimento di questa libertà si potrebbe gettare la prima pietra per edificare un *Internet Bill of Rights*.

3. Internet e il “nuovo” concetto di libertà del pensiero

Occorre a questo punto esaminare come è cambiato il senso e il significato della libertà di manifestazione del pensiero nell'era di Internet¹⁷. Sia chiaro: non si vuole (e né si potrebbe) proporre qui una nuova e diversa formula costituzionale, rispetto a quanto previsto e disciplinato all'art. 21 Cost.¹⁸; semmai si vuole dare un nuovo volto alla libertà di manifestazione del pensiero, rispetto a come è stata tradizionalmente intesa. E cioè come libertà esercitabile, sia pure non via esclusiva, attraverso il “filtro” dei mezzi di comunicazione di massa: giornali, radio, televisione. Il significato di questa libertà è stato condizionato, se non addirittura identificato, in modo decisivo dal mezzo attraverso il quale si esercita il diritto di manifestare liberamente il pensiero¹⁹. Basti pensare al fagocitante fenomeno della regolamen-

secolo, nuova edizione, con prefazione di A. Jellamo e postfazione di F. Riccobono, Macerata, Liberilibri, 2010, *passim*.

¹⁷ Sulla cui problematica, v. la monografia di A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit., *passim*.

¹⁸ Come proposto da Stefano Rodotà all'*Internet Governance Forum* (Roma, novembre 2010), il quale ha suggerito la seguente formulazione costituzionale di un art. 21 *bis* Cost.: «Tutti hanno 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» (v. il sito web: www.internetcostituzione.it). Al di là del fatto che si propone di intervenire sulla prima parte della Costituzione, ciò che lascia maggiormente perplessi è quel “modalità tecnologicamente adeguate”, che potrà diventare una sorta di “rompicapo” quale parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi.

¹⁹ V. per una chiara sintesi di questa posizione, M. Manetti, *La libertà di manifestazione del pensiero*, nel vol. *I diritti costituzionali*, cit., vol. II, 767 ss., e poi, A. Pace e M. Manetti, *Commento all'art. 21 Cost.*, cit. *passim*.

il diritto costituzionale di accesso a internet

tazione della disciplina dell'attività radiotelevisiva, fondato sull'art. 21 Cost. e avvalorato da numerose sentenze della Corte costituzionale.

Si può senz'altro affermare che Internet ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza “filtri”, ovvero senza mediazioni di sorta, un *open network*. Infatti: basta creare un sito Internet, ovvero entrare in un sito: senza vincoli amministrativi e con una diffusione planetaria, accessibile a tutti (a condizione di avere un computer e una connessione: sul punto, dirò più avanti), immediato nella esecuzione, in grado di racchiudere in sé audio, scritto e video, con uno spazio illimitato di memoria e con il pieno e vario utilizzo di strumenti automatici di reperimento di quel che si cerca. Quindi, con Internet, chiunque può rendere pubbliche idee e opinioni attraverso la creazione e la gestione di un proprio *server*, ovvero attraverso l'apertura di un proprio sito *web*. In tal modo, ognuno può essere stampatore, direttore e editore di sé stesso, diffondendo notizie in rete senza appartenere ad alcun ordine professionale.

Tutto un agire individuale, insomma; un uso concreto ed effettivo da parte di milioni di persone. Quindi, per dirla con la giurisprudenza statunitense: «[Internet], la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata»²⁰. Anche perché – grazie a Internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo e formandosi alimentata da *Facebook*, *Twitter*, *You Tube*, *web communities*, *sms*, *skype*, *blogs* e continue evoluzioni. Questo determinerà una concezione assolutamente nuova e diversa dell'identità, che si articolerà in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono. L'identità “digitale”, quindi, si articola sulla base di un flusso continuo di informazioni, che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti, che costruisce, modifica e fa circolare immagini di identità altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una *Second Life* virtuale²¹.

²⁰ *American Civil Liberties Union v. Reno* [E.D. Pa 1996], tr. it. in *Dir. inform.*, n. 4/5, 1996, 604 (con nota di V. Zeno Zencovich, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso “Internet”*); con sviluppi in Corte Suprema 521 US 844 (1997), trad. it. in *Foro It.*, Parte IV-2, 1998, 23 ss. (con nota di A. Cucinotta): la sentenza della *Supreme Court* non è stata assunta all'unanimità, perché è stata espressa *dissenting opinion* dal Giudice O'Connor e dal *Chief Justice* Rehnquist: v. *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, a cura di G. Buttà, Milano, Giuffrè, 2008, 131 ss.

²¹ Sul punto, v. E. Bassoli, *La disciplina giuridica della seconda vita in Internet: l'esperienza Second Life*, in *Informatica e diritto*, n. 1, 2009, 165 ss.

Insomma, una situazione di sicuro progresso in termini di libertà individuale ma anche di iniziativa economica privata. È stato argutamente detto, che «solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza»²².

4. *Digito ergo sum*. Sul diritto di accesso a Internet

Il diritto di accesso a Internet è da considerarsi un diritto sociale, o meglio *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza. Un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Come è stato detto, «lo sviluppo di Internet e la crescita dell'esigenza della trasparenza [amministrativa] rappresentano, nelle società occidentali, due fenomeni concomitanti»²³.

Oggi la cittadinanza è digitale. Significativo, sul punto, è quanto previsto dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), approvato con d.lgs. n. 82 del 2005, che individua una sorta di statuto del cittadino digitale (sia per le persone fisiche che giuridiche) e che si basa sul diritto di pretendere dai pubblici uffici l'interazione in modalità digitale, al quale corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di adeguarsi sotto il profilo tecnico e organizzativo per soddisfare la pretesa dell'utente²⁴. Tra le varie norme, si segna-

²²V. Zeno Zencovich, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 71.

²³A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, Litec, 2002, 61.

²⁴Sul punto, E. D'Orlando, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, relazione al Convegno "Telematica e procedimento amministrativo", tenutosi a Villa Manin di Passariano (Ud) il 30 aprile 2010, *paper* (gentilmente datomi dall'A.), la quale, giustamente, afferma che lo statuto del cittadino contenuto nel CAD si può considerare la risultante di una pluralità coerente di declinazioni di *un diritto di libertà informatica costituzionalmente derivabile*.

lano qui quella sul diritto al procedimento amministrativo informatico (art. 4), il diritto di effettuare pagamenti elettronici con le amministrazioni centrali (art. 5), il diritto di comunicazione tramite posta elettronica (art. 6), il diritto alla qualità dei servizi in termini di informazione e comunicazione tecnologiche (art. 7). È chiaro che questo nuovo modo di intendere il rapporto cittadino e amministrazione in termini di una nuova cittadinanza digitale, deve trovare una sua piena alfabetizzazione informatica, quale diritto sociale di cui la Repubblica deve assicurare a tutti la fruizione, e in particolare il diritto all'istruzione e il diritto allo sviluppo culturale informatico, ritenuto dalla Corte costituzionale «corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.)»²⁵. In tal senso, va ricordata una risoluzione del parlamento europeo del 10 aprile 2008, che impegna gli Stati membri a «riconoscere che internet è una vasta piattaforma per l'espressione culturale, l'accesso alla conoscenza e la partecipazione democratica alla creatività europea, che crea dei ponti tra generazioni nella società dell'informazione, e, conseguentemente, a evitare l'adozione di misure contrarie ai diritti dell'uomo, ai diritti civili e ai principi di proporzionalità, di efficacia e di dissuasione, come l'interruzione all'accesso a Internet»²⁶. Così pure la raccomandazione del marzo 2010 destinata al Consiglio sul «rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet», con la quale il parlamento europeo riconosce e afferma che Internet «dà pieno significato alla libertà di espressione» sancita dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e «può rappresentare una straordinaria opportunità per rafforzare la cittadinanza attiva».

E sempre in tema di cittadinanza attiva (digitale), si ricorda qui la legge

²⁵ Il riferimento è Corte cost., sent. n. 307 del 2004, che ha ritenuto costituzionalmente legittima «la mera previsione di contributi finanziari, da parte dello Stato, erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all'età o al reddito e finalizzati all'acquisto di *personal computer* abilitati alla connessione *internet*, in un'ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica». L'intervento statale, è stato considerato dalla Corte «corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost.». Sul tema, v. *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, a cura di E. De Marco, Milano, Giuffrè, 2008.

²⁶ Sulla questione, in generale, v. F. Badocco, *Riflessioni sul diritto d'accesso a Internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea*, in *Informatica e diritto*, n. 1, 2009, 153 ss.

n. 4 del 2004 (nota come “legge Stanca”), relativa alle disposizioni per favorire l’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici, la quale riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici. In particolare, l’art. 1 della legge fonda il diritto di accesso a Internet sul principio di eguaglianza *ex art. 3* della Costituzione, qualificandolo come uno strumento di realizzazione dell’eguaglianza sostanziale dei cittadini. Allora, negare l’accesso alla rete significherebbe infatti ledere diritti umani fondamentali, quali la libertà di espressione, il diritto all’informazione, all’istruzione, allo sviluppo e all’eguaglianza²⁷. Quindi, il diritto di accesso a Internet è una libertà fondamentale il cui esercizio è strumentale all’esercizio di altri diritti e libertà costituzionali: non solo la libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost., ma anche il diritto al «pieno sviluppo della persona umana» e «all’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese» di cui all’art. 3 Cost., o piuttosto la libertà di impresa di cui all’art. 41 Cost. Oggi, nella società dell’informazione o, se si preferisce, nell’era dell’accesso (secondo la definizione di J. Rifkin²⁸), non avere accesso a Internet, significa vedersi precluso l’esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza.

Significativo quanto è avvenuto in Finlandia, dove è stata approvata una legge, entrata in vigore dal 1° luglio 2010, che definisce un “diritto legale” l’accesso a Internet per tutti gli oltre cinque milioni di cittadini del Paese. Il Ministero per le Comunicazioni finlandese, infatti, ha affermato che «una connessione a banda larga di alta qualità a un prezzo ragionevole è un diritto elementare»; pertanto, tutti i 26 operatori presenti nel Paese, definiti come “fornitori di un servizio universale”, dovranno essere in grado di servire ogni abitazione residenziale permanente o ufficio con una velocità di *download* dei dati di almeno un *megabit* al secondo²⁹. In tal senso, si stanno

²⁷ Così R. Pisa, *L’accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?* nel sito web: www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2_Pisa_internet.html, la quale ricorda altresì la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, adottata il 13 dicembre 2006 dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite, che prevede la promozione dell’accesso da parte dei disabili alle nuove tecnologie e ai sistemi di informazione e comunicazione, compreso Internet, invitando gli enti privati ed i mass media, che operano attraverso questi mezzi, a renderli quanto più accessibili; e anche la Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni delle Nazioni Unite, approvata il 13 settembre 2007, che prevede il diritto di queste popolazioni ad avere accesso a tutte le forme mediatiche non indigene senza discriminazione.

²⁸ J. Rifkin, *L’era dell’accesso*, trad. it., Milano, Mondadori, 2000.

²⁹ V. la notizia: *A Helsinki internet è un diritto*, in *Il sole24ore* del 2 luglio 2010, 9.

muovendo anche la Svizzera e la Spagna, nel garantire l'accesso a Internet come diritto di ogni cittadino, presupposto affinché altri diritti possano essere esercitati.

Certo, c'è un fronte avverso: muri virtuali vengono eretti al posto di quelli di pietra. Infatti, ci sono Paesi (illiberali) che hanno costruito barriere elettroniche per evitare l'accesso a parte della rete globale, e lo hanno fatto cancellando parole, nomi e frasi chiave dei motori di ricerca, oppure violando la *privacy* dei cittadini. Una nuova cortina d'informazione sta scendendo su una parte del mondo, dove i video e i blog sono ormai i *samizdat* dei giorni nostri. Questo però conferma la vocazione liberale di Internet, e la paura che di questa libertà globale mostrano di avere Paesi intolleranti alla tecnologia, perché la vivono come una minaccia al loro potere assoluto.

5. Il diritto costituzionale a Internet nella giurisprudenza: profili comparati

E veniamo ad alcune vicende giurisprudenziali, che hanno messo in luce il problema del diritto di accesso a Internet e la sua rilevanza costituzionale, a dimostrazione che c'è anche, per così dire, una "giurisprudenza tecnologica", oltre al "giurista tecnologico".

A) La prima, che vale la pena ricordare, sia pure brevemente anche perché già oggetto di un mio precedente approfondimento³⁰, è quella statunitense, relativa alla pronuncia della Corte Federale del distretto della Pennsylvania prima e della Corte Suprema poi, sulla incostituzionalità della legge che vietava le comunicazioni indecenti apparse sulla rete Internet³¹.

Molto brevemente ricordo il fatto. Davanti alla Corte distrettuale della Pennsylvania era stato impugnato, nel 1996, il *Communications Decency Act* (quale Titolo V del *Telecommunications Act*, la legge di riforma delle telecomunicazioni approvata dal Congresso nel 1996), che regolamentava i contenuti indecenti su Internet. La Corte distrettuale dichiarava incostituzio-

³⁰ V.T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit., 496 ss.

³¹ Per i commenti nella dottrina italiana: V. Zeno Zencovich, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "Internet"*, cit.; G. Ziccardi, *La libertà di espressione in Internet al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1998, 123 ss. Ma v. ampi cenni alla vicenda giurisprudenziale americana anche nei saggi di A. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali* e soprattutto di P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, entrambi in *Dir. inform.*, n. 6, 1996, 785 ss. e 831 ss.

nale il *Communications Decency Act* perché in contrasto con il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti³². La Corte Suprema, investita della questione, confermava la decisione dei giudici federali della Pennsylvania ed emanava una sentenza (26 giugno 1997) nella quale venivano svolte una serie di importanti osservazioni riguardo a Internet in generale e in rapporto alle libertà costituzionali³³. Dopo un articolato ragionamento dialetticamente sostenuto anche attraverso alcuni precedenti giurisprudenziali, la Corte Suprema conferma la decisione di incostituzionalità della legge, perché in contrasto con il Primo Emendamento alla Costituzione, mettendo così in evidenza il profilo di manifestazione del pensiero piuttosto che quello relativo alla riservatezza e segretezza della comunicazione, anch'esso tutelabile costituzionalmente per il tramite del XIV Emendamento. Vale la pena citare l'affermazione con la quale si chiude la sentenza: «I fatti accertati dimostrano che l'espansione di Internet è stata, e continua ad essere, fenomenale. È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prove contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura».

Con riferimento alla questione dell'Internet e le libertà costituzionali, emergono almeno due osservazioni. La prima: la sentenza esamina il fenomeno Internet come problema costituzionale evidenziandone i limiti ma soprattutto le potenzialità ai fini di un accrescimento delle libertà, e quindi estrapola dal vecchio Primo Emendamento, che è del 1791, le forme di tutela e garanzia per la libera espressione del pensiero su Internet. Ma si faccia bene attenzione, e vengo così alla seconda osservazione. La Corte Suprema nell'utilizzare il Primo Emendamento, come parametro per l'incostituzionalità della legge repressiva della libertà in Internet, lo ha reinterpretato alla luce del ventesimo secolo; cioè lo ha fatto rivivere dando ad esso un nuovo significato, che non è e non può essere quello originario. Pertanto, il Primo Emendamento alla Costituzione americana nell'età tecnologica protegge non solo il tradizionale diritto di libertà del pensiero ma anche la libertà di parola elettronica, la libertà di stampa elettronica, la libertà di riu-

³² La sentenza della Corte Federale della Pennsylvania la si può leggere all'indirizzo Web: http://eff.org/pub/Censorship/Internet_censorship_bills/HTML/960612_aclu_v_reno_decision.html.

³³ La sentenza della Corte Suprema U.S. è reperibile all'indirizzo Web: www.aclu.org.

nione elettronica³⁴. Insomma, il Primo Emendamento alla Costituzione afferma e garantisce il diritto di libertà informatica, quale nuovo diritto di libertà costituzionale ricavabile dai tradizionali diritti e principi costituzionali, che vanno letti e interpretati nel contesto della società tecnologica. Spetta ai giudici, e particolarmente a quelli costituzionali, il compito di saper reinterpretare la vecchia tradizione costituzionale alla luce del progresso tecnologico; a loro pertanto tocca il compito di saper essere “*giurista nella società tecnologica*”.

B) Altra vicenda giurisprudenziale è quella avutasi in Francia nel 2009 con la pronuncia del *Conseil Constitutionnel* (n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009)³⁵. Il giudizio preventivo rispetto all’entrata in vigore della legge *Création et Internet*, comunemente denominata legge Hadopi (acronimo che sta per *Haute Autorité pour la diffusion de oeuvre set la protection des droits sur Internet*), colpisce più parti della legge; quello che qui però interessa è la parte nella quale la decisione del giudice costituzionale identifica una sorta di “diritto fondamentale” all’accesso a Internet, perché nel contesto di una diffusione generalizzata di Internet, la libertà di comunicazione e di espressione

³⁴ Come scrive G. Ziccardi, *op. cit.*, 132, «i motivi sono chiari: innanzitutto l’intera attività che si svolge in un sistema informatico *on line* è solitamente quella di raccogliere, organizzare e distribuire l’*eletronic speech*, la parola elettronica degli utenti che utilizzano il sistema, e cioè inviando posta elettronica, *newsletter*, file di testo o documenti vari ad altre persone. Questa attività elettronica di ogni giorno è da tempo qualificata dalla Corte Suprema e dalle Corti Distrettuali come *speech* tanto quanto la parola tradizionale o le classiche pubblicazioni cartacee, protette senza dubbio dal Primo Emendamento». Sull’applicazione del Primo Emendamento a Internet, nella dottrina americana, K.M. Sullivan e G. Gunther, *First Amendment Law*, New York, Barnes & Noble, 1999, 453 ss. Va però segnalata la suggestiva proposta avanzata da L. Tribe, *The Constitution in Cyberspace. First Conference on Computer, Freedom and Privacy* reperibile all’indirizzo Web: www.io.com/SS/tribe.html di introdurre il Ventisettesimo emendamento alla Costituzione, il quale dovrebbe prevedere che: «La protezione garantita da questa Costituzione alla libertà di parola e alla libertà di stampa [...] deve essere interpretata nel senso che essa è sempre pienamente invocabile indipendentemente dal metodo tecnologico o dal mezzo di comunicazione attraverso il quale il contenuto dell’informazione è generato, conservato, alterato, trasmesso o controllato». V. altresì, J.M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in *Pepperdine Law Review*, 36, 2008, 101 ss.

³⁵ Leggila in tr. it. su *Dir. inform.*, n. 3, 2009, 524 ss. (con nota di G. Votano, *Internet fra diritto d’autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, 533 ss.). V. altresì il commento di P. Passaglia, *L’accesso a Internet è un diritto (il Conseil Constitutionnel francese dichiara l’incostituzionalità di parte della c.d. “legge anti file-sharing”)*, in *Il Foro it.*, 2009, IV, 473 ss.). Nella dottrina francese, tra i vari commenti, si segnala L. Marino, *Le droit d’accès à internet, nouveau droit fondamental*, in *Recueil Dalloz*, n. 30, 2009, 2045 ss.

presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione in linea. Il *Conseil* parte da un ragionamento che muove da un esplicito richiamo all'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: «La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei più preziosi diritti dell'uomo. Ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi contemplati dalla legge»: una formulazione, che “fotografa” in maniera chiara e lucida la libertà di informazione, e che si lascia ammirare per la sua essenzialità e attualità³⁶.

I giudici hanno pertanto riconosciuto che, allo stato attuale dei mezzi di comunicazione e data la diffusione dei servizi di comunicazione al pubblico *online*, nonché la crescente importanza di tali strumenti per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione di idee e opinioni, il diritto alla comunicazione include anche la libertà di accedere a tali servizi. Accedere alla Rete è quindi una delle manifestazioni di questa suprema libertà dell'individuo. Pertanto, nella parte in cui la legge prevede la disconnessione a Internet senza una previa pronuncia giurisdizionale, ma solo attraverso la decisione di un'autorità amministrativa, questa, ovvero la legge, si pone in conflitto con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789, anche perché considerata la natura della libertà garantita dall'art. 11 il legislatore non poteva, qualunque fossero le garanzie che delimitano l'applicazione delle sanzioni, affidare tali poteri a un'autorità amministrativa al fine di proteggere i diritti dei titolari del diritto d'autore. Sebbene il *Conseil Constitutionnel* non abbia ritenuto che l'accesso a Internet sia da considerarsi un diritto fondamentale in sé, ha però rilevato che la libertà di comunicazione merita sicuramente una protezione rinforzata soprattutto nel peculiare ambito della comunicazione attraverso Internet, perché suscettibile di riguardare veramente “ogni individuo”. Il *Conseil*, quindi, applicando la propria giurisprudenza in materia di controllo di proporzionalità, ha stabilito che la libertà di comunicazione, che comprende il diritto di accedere ai servizi di comunicazione al pubblico, riveste un'importanza particolare, e dunque le limitazioni imposte attraverso il potere sanzionatorio devono essere specificamente delimitate: «*en l'état, les atteintes à la liberté d'accéder à Internet s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789*». L'accesso a Internet è diventato, per milioni di cittadini,

³⁶ Su questo articolo, e più in generale sulla Dichiarazione del 1789 e la sua portata innovatrice anche ai giorni nostri (quale parametro di costituzionalità per i pareri sulle leggi), sia consentito rinviare a T.E. Frosini, *1789: i diritti dichiarati sul serio*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene, 2009, 283 ss.

il diritto costituzionale di accesso a internet

parte integrante e condizione di esercizio di numerosi diritti e libertà di valore costituzionale; inibire l'accesso, allora, vorrebbe essere una sanzione sproporzionata nella misura in cui avrebbe un'incidenza grave e diretta sull'esercizio di tali diritti. E quindi, prevedere e imporre la disconnessione da Internet senza la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria confligge con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789 e costituisce, pertanto, una violazione sproporzionata della libertà di espressione³⁷.

C) Come in una sorta di “dialogo transnazionale fra le Corti”³⁸, si può altresì ricordare la vicenda giurisprudenziale del Costa Rica, con la pronuncia della *Sala Constitucional* che ha esplicitamente citato, a sostegno della sua decisione, quanto affermato dal *Conseil Constitutionnel* francese. Infatti, proprio richiamando la pronuncia del *Conseil*, che «reputò como derecho basico el acceso a Internet», la *Sala Constitucional* della Corte Suprema, ha potuto affermare, nella sentenza n. 12.790 del 30 luglio 2010, che «nel contesto della società dell'informazione o della conoscenza, si impone ai pubblici poteri, per il beneficio dei governati, promuovere e garantire, in forma universale, l'accesso a queste nuove tecnologie. Il ritardo di apertura del mercato delle telecomunicazioni [...] ha inciso sull'esercizio e il godimento di altri diritti fondamentali, come il diritto di libertà di scelta dei consumatori (art. 46, ultimo comma, Cost.), il diritto costituzionale di accesso alle nuove tecnologie dell'informazione, il diritto alla parità e all'eliminazione del *digital divide* (art. 33 Cost.), il diritto di accesso a Internet tramite l'interfaccia che l'utente o il consumatore sceglie e la libertà di impresa e commercio». Anche in terra latinoamericana abbiamo una sentenza di “giurisprudenza tecnologica”, che valorizza e fa assurgere a diritto costituzionale il diritto di accesso a Internet. Per certi versi, il costituzionalismo latinoamericano ha sempre rappresentato, nel bene e nel male, un laboratorio di diritto costituzionale.

D) Altra vicenda giurisprudenziale, che merita essere qui ricordata, è quella avutasi in Italia nell'aprile 2010, a seguito della sentenza del Tribunale di Milano nella causa *Google versus “Vivi Down”*³⁹. Qui però la questione è

³⁷ Per un quadro completo dell'intera vicenda francese, v. il saggio di E. Bertolini, *La lotta al file sharing illegale e la “dottrina Sarkozy” nel quadro comparato: quali prospettive per libertà di espressione e privacy nella rete globale?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2010, 74 ss.

³⁸ Cfr. G. De Vergottini, *Il dialogo transnazionale fra le Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010 (lezione magistrale tenuta presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi “Suor Orsola Benincasa” di Napoli).

³⁹ V. la decisione del Tribunale di Milano del 12 aprile 2010, in *Dir. inform.*, n. 3, 2010,

diversa: sia, ovviamente, per il grado di giudizio e l'organo giudicante, sia perché il tema è quello della *privacy* e della (presunta) responsabilità del *service provider*, anche attraverso il diritto di accesso alla rete. Brevemente il fatto. In settembre del 2006, nella piattaforma di *Google-Videos*, intitolata "Video più divertenti", veniva caricato un filmato, che riprendeva un giovane ragazzo *down*, mentre veniva maltrattato da alcuni compagni di scuola e sottoposto a umiliazioni e insulti. Il filmato, che era visto ovvero "scaricato" più di 5000 volte, veniva lasciato in video per circa due mesi, fino a quando era rimosso a cura del *server provider* dopo una segnalazione della polizia giudiziaria, in base a una denuncia di un'associazione di tutela delle persone *down* ("Vivi Down"), che vi aveva individuato una sospetta violazione della *privacy*. La pubblicazione del video originava tre cause distinte: la prima, riguardava gli studenti che avevano maltrattato il ragazzo *down*; la seconda, riguardava l'insegnante e la scuola; la terza, infine, riguardava i dirigenti di *Google*, e più esattamente dell'affiliata italiana *Google Italy*. In particolare, l'azione giudiziaria contro quest'ultima, e i suoi dirigenti, muoveva dall'accusa di aver offeso la reputazione dell'associazione "Vivi Down" e dello studente disabile (artt. 110, 40 comma 2, 385 commi 1 e 3 del codice penale) e aver omesso il corretto trattamento dei dati personali (art. 167 del codice in materia dei dati personali), e quindi di avere violato la *privacy*⁴⁰.

Che vi sia stata violazione della *privacy* non c'è dubbio: dalla intrusione nella sfera privata alla divulgazione di fatti offensivi e imbarazzanti per l'interessato, dalla rappresentazione dello stesso interessato sotto falsa luce all'appropriazione e utilizzazione da parte di un terzo di dati personali sensibili (in quanto attinenti alla salute della persona ripresa in video) in mancanza del consenso dell'interessato.

Il punto è: chi è responsabile sul piano giuridico? I minori che hanno realizzato e divulgato il video oppure, a essi, deve aggiungersi anche il *service provider*?

Il Tribunale di Milano ha scelto la seconda ipotesi, condannando così *Google* per correttezza nell'illecito perpetrato dagli autori del video, e individuando l'illecito di *Google* nell'appropriazione e nell'uso non autorizzati a

474 ss. La vicenda è raccontata e commentata in un interessante volume: G. Camera e O. Pollicino, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google-Vivi Down*, Milano, Egea, 2010.

⁴⁰V. il *Decreto di citazione diretta a giudizio* della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, in *Dir. inform.*, n. 4/5, 2009, 740 ss., *ivi*, 745 ss., il *Parere pro-veritate* dell'avv. prof. Filippo Sgubbi, su richiesta del difensore della parte civile Associazione "Vivi Down", circa la fondatezza delle imputazioni elevate agli imputati nell'ambito del processo penale.

fini commerciali di dati sensibili appartenuti ad altre persone⁴¹. Secondo il giudice, vi sarebbe in capo al *service provider* un obbligo a impedire l'evento diffamatorio, attraverso lo svolgimento di posizione di garanzia e un controllo o filtro preventivo immessi ogni secondo sulla Rete.

Ciò che lascia perplessi è il fatto che il Tribunale abbia voluto riconoscere la posizione giuridica del *service provider* quale identica o, quantomeno, analoga a quella di un editore di *mass-media*⁴²; e poi, non è chiaro come mai il *service provider* – ammesso che sia giuridicamente responsabile per la divulgazione via *internet* di un video offensivo della *privacy* – debba rispondere soltanto di uso non autorizzato di dati sensibili a fini commerciali. Sul punto, è stato correttamente affermato che «la limitazione della violazione della *privacy* sotto il solo profilo della *commercial appropriation* di dati sensibili appare del tutto incongrua [...]. [il Tribunale], infatti, assolvendo il *service provider* dalla diffamazione, sembra escludere la responsabilità dello stesso riguardo al contenuto del video, se non altro perché per lo stesso reato sono stati condannati i minori che hanno fatto il video e lo hanno divulgato su *internet*. Ma, se questa osservazione è corretta, appare contraddittorio condannare il *service provider* per il (solo) profilo del “trattamento” non autorizzato di dati sensibili altrui, poiché anche tale profilo, per poter essere imputato al *service provider*, suppone uno scrutinio di quest'ultimo sui contenuti del video. Se no, come avrebbe potuto sapere che si trattava di “dati sensibili” o, comunque, di dati personali? [...]. La forzatura fatta dal Tribunale di Milano nel caso *Google* ha prodotto una sentenza che, non solo è discutibile, ma è anche pericolosa rispetto a una piena garanzia della libertà di espressione»⁴³.

Il paradosso della condanna a *Google* è che si è punito chi gestisce uno spazio espressamente concepito per ospitare contenuti prodotti dagli utenti (*user generated content*). E come se – per usare una metafora – venissero puniti i dirigenti di un'azienda di noleggio autovetture per le infrazioni stradali commesse da quanti prendono a noleggio un'automobile.

⁴¹ C. Rossello, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider* e G. Sartor e M. Viola De Azevedo Cunha, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on line*, entrambi in *Dir. inform.*, n. 4/5, 2010, 617 ss. e 645 ss.

⁴² Sulla non estendibilità del concetto di stampa a Internet, e quindi distinguendo la stampa cartacea da quella *on line*, v. ora la pronuncia della Corte di Cassazione, V sez. penale, n. 35511 del 16 luglio 2010; su cui, v. il commento di M. Mezzanotte, *Stampa e informazione on line: una doverosa actio finium regundorum*, nel sito Web: www.forumcostituzionale.it.

⁴³ Cfr. A. Baldassarre, *Il diritto di privacy e la comunicazione elettronica*, cit., 58. Ma v. altresì, G. Camera e O. Pollicino, *op. cit.*, *passim*. Critiche alla decisione anche in G. Sartor e M. Viola De Azevedo Cunha, *op. cit.*, 671.

6. Considerazioni conclusive (con un cenno alla vicenda *Wiki-leaks*)

Concludo come ho iniziato, e cioè dall'«orizzonte giuridico dell'Internet». Che è anche il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo, come è stato chiaramente dimostrato dalle pronunce, sopra citate e commentate, della Corte Suprema Usa prima e del *Conseil Constitutionnel* francese poi (senza dimenticare quella, già menzionata, della *Sala Constitucional* del Costa Rica). È significativo che proprio nei due Paesi dove è sorto il costituzionalismo, seppure inizialmente muovendosi su due opposti sentieri, si registra un nuovo metodo interpretativo di ri-leggere e applicare due antiche norme – il I° Emendamento della Costituzione Usa e l'art. 11 della Dichiarazione del 1789 – pensate, scritte e approvate più di due secoli fa per affermare e tutelare la libertà di informazione: quella di ieri, di oggi e di domani, è davvero il caso di dire. Infatti, da queste norme, da quei chiari e limpidi orizzonti del costituzionalismo, che si aprivano alla modernità, oggi si cerca e si trova il nucleo fondante costituzionale per riconoscere e garantire le nuove forme espressive di comunicazione elettronica, con particolare riguardo a Internet. Si sta formando, a livello giurisprudenziale e grazie a un'accorta opera di interpretazione costituzionale⁴⁴, un *diritto costituzionale di accesso a Internet*: perché nel contesto di una diffusione generalizzata di Internet, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione in linea. Ed è compito degli Stati rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto l'esercizio di questo servizio universale a tutti i cittadini, che invece deve essere garantito attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. L'accesso alla rete Internet, lo ricordo ancora, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Negare l'accesso a Internet, ovvero renderlo costoso e quindi esclusivo, significa precludere l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza.

Infine: la libertà costituzionale di manifestazione del pensiero consiste oggi in quello che l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'Onu ha chiaramente indicato: «cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee», anche quando – come nella recente vicenda di *Wiki-*

⁴⁴ Per i termini del problema, F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

*Leaks*⁴⁵ – l’informazione che viaggia *on line* su Internet può agitare i governi nazionali, disturbare le relazioni diplomatiche fra Stati e svelare gli *arcana imperii*. Potrà non piacere, e soprattutto si potrà ridimensionare la portata e l’effetto e negarne la validità legale, ma resta il fatto che anche attraverso questa opera di “cercare, ricevere, diffondere” si viene a mettere al centro il diritto di sapere e la libertà di informare, che rappresenta altresì un nuovo modo di essere della separazione dei poteri, in una rinnovata concezione del costituzionalismo. Una volta erano i governanti che controllavano i cittadini attraverso il controllo dell’informazione; ora è diventato più difficile controllare quello che il cittadino legge-vede-sente, cerca-riceve-diffonde. La tecnologia offre agli individui la capacità di unirsi e di diventare un potere in grado così di sorvegliare e controllare gli altri poteri: *le pouvoir arrête le pouvoir*.

Certo: non è soltanto, sempre e comunque “libere reti in libero cyberspazio”: infatti, per quanto questo *slogan* possa essere efficace e suadente va bilanciato con un principio che noi giuristi conosciamo bene, ovvero che la libertà ha sempre bisogno di un quadro istituzionale, che le consenta di rimanere al riparo dagli attacchi che a essa possono essere portati anche senza una volontà censoria.

Abstract

In order to understand what the future holds for the constitutional right to access the Internet, one should ask oneself why this right only found protection several decades after individual and fundamental rights were recognised in the most important Western constitutions. The answer to this question is to be found in the evermore widespread use of mass media, such as the electronic communication via computer which nowadays is the most important one.

Through the Internet, freedom of expression returns to be an individual right effectively exercisable by individuals. This new freedom needs to be clearly defined. But it needs to be enhanced by public policies at the same time: everybody has to access the Internet and therefore take advantage of his constitutional rights.

⁴⁵ Ci si riferisce alla vicenda del sito Internet di *WikiLeaks*, esplosa nel finale di novembre del 2010, che ha causato una sorta di “tsunami digitale” perché ha reso noto una serie di informazioni “riservate”, trattasi di “cablogrammi” diplomatici Usa, sugli atteggiamenti e comportamenti di vari *leaders* politici e capi di governo, che sono state prodotte dalle ambasciate Usa in giro per il mondo. V., fra i tanti, gli articoli apparsi su varie testate internazionali, tradotti e pubblicati sul settimanale *Internazionale*, n. 875, 2010, 14 ss. (la cui copertina è dedicata a *Wikileaks colpisce ancora*).

CARLO MARZUOLI

GLI ENTI TERRITORIALI E LA SCELTA DEL MODELLO PER LA GESTIONE DEI PUBBLICI SERVIZI LOCALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I modelli. – 3. La scelta fra i modelli. – 4. Alcune considerazioni: la normalità dell'autoproduzione; il modello della società *in house*: una tipizzazione invasiva. – 5. La necessità di individuare i limiti soprattutto sul piano oggettivo-sostanziale (non soggettivo-organizzativo). – 6. E di riconsiderare un più ampio orizzonte: servizio pubblico e amministrazione locale.

1. Introduzione

Le valutazioni della disciplina concernente la scelta fra i modelli per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica¹ sono correntemente negative, anche se per motivi opposti. Ciò dipende dalla diversità dei punti di partenza. Per chi muove dalla concorrenza e dal mercato la nuova disciplina non svolge fino in fondo quanto sarebbe imposto dalla necessità di tutelare la concorrenza e il mercato. Per chi, invece, ritiene che il pubblico servizio locale sia dimensione irrinunciabile dell'esistenza stessa dell'istituzione politica locale (e non solo locale)², la nuova disciplina appare di

¹ Per una recentissima riconsiderazione critica dell'intera problematica in un contesto caratterizzato da particolare attenzione per i «caratteri dell'amministrazione locale» vedi F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in www.aspid-online.it; per una diversa prospettiva vedi A. Vigneri, *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del D.L. N. 135/2009. Osservazioni*, in www.aspid-online.it.

² Lo stesso parere del *Cons. St., Sez. Atti Normativi*, n. 2692/2010, ricorda «il legame privilegiato tra i servizi pubblici e gli enti locali. Un'autonoma nozione di servizio pubblico, distinta dal concetto di funzione pubblica, si è delineata infatti ai primi del '900, in corrispondenza dei fenomeni di municipalizzazione dei servizi locali. Tale dato è riconducibile a ragioni storiche legate al ruolo svolto dai comuni come ente di riferimento delle comunità, che non è terminato con l'unificazione e la nascita dello Stato italiano. Il legame, che è stato rafforzato dall'ingresso degli enti locali nella Costituzione, e più tardi dall'affermazione del principio di sussidiarietà, oggi trova nuova linfa nella riformulazione del Titolo V della Costituzione» (vedi § 1 della parte «Considerato»).

segno rovesciato: essa invade degli spazi che stanno oltre quanto di competenza della concorrenza e del mercato.

Ora, poteri pubblici, nazionali e locali, da un lato, e concorrenza, da un altro, sono dati centrali nell'ordinamento che ci riguarda, sia per il livello nazionale sia per il livello europeo. Il problema, dunque, pone un primo interrogativo che non è in termini di gerarchia, ma di competenza: dare a ciascuno il suo; problema, peraltro, tanto normale quanto delicato e difficile, nonostante la sua normalità³.

Sono necessarie due ulteriori precisazioni, ai fini della delimitazione del tema considerato.

La prima. Le attività che interessano la materia sono molteplici, in parte tipizzate da apposita legislazione di settore e in parte no; la legislazione è stratificata, talora altalenante e in parte di secondo grado, come il d.P.R. n. 268/2010 (che si indicherà con "regol."), emanato in attuazione dell'art. 23-bis, d. l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008⁴.

Qui ci si occupa della disciplina generale, o di quella che rispetto ad altre è assumibile per tale.

Si è però consapevoli che la disciplina generale ha un ristretto ambito di applicazione. Ristretto, ma non troppo. Non bisogna infatti limitarsi a considerare i servizi economici tipizzati. Detta tipizzazione non ha abrogato l'art. 112, d. lgs. n. 267/2000, e non può costituire una sorta di rima obbligatoria per individuare ciò che il potere pubblico può fare o non può fare.

L'ambito dell'intervento pubblico, in termini generali, corrisponde tuttora alla tradizione iniziata con la legge Giolitti n. 103/1903; l'art. 112 cit. stabilisce infatti che gli «enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Rimane dunque operativa la nozione generale, necessariamente generica, per cui "servizio pub-

³ Nella recentissima sentenza Corte cost. n. 325/2010 emerge chiaramente che l'autonomia privata e la concorrenza non sono valori assoluti; tuttavia si continua a ragionare a partire dalla concorrenza e dal mercato, in termini di limiti alla concorrenza e non, innanzitutto, di aree rispettivamente assoggettate o non assoggettate alla concorrenza, il che consentirebbe di evitare che ciò che non è concorrenza finisca per essere considerato una "eccezione" alla concorrenza.

⁴ Vedi appunto il d.P.R. n. 168/2010; l'uso del regolamento, peraltro, non è in tutto rispondente all'entità (giuridica) delle questioni disciplinate; la cit. sent. n. 325/2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'utilizzazione del regolamento in punto di patto di stabilità (aspetto rientrante nella competenza concorrente in tema di coordinamento della finanza pubblica e perciò da sottrarre alla potestà regolamentare statale, vedi punto 12.6).

gli enti territoriali e la gestione dei pubblici servizi locali

blico” (in senso lato) è quella determinata prestazione che il potere pubblico (locale, nel caso) ritiene che debba essere messa a disposizione dei cittadini, in adempimento di uno specifico obbligo costituzionale o in attuazione di una autonoma scelta politica dell’istituzione rappresentativa della popolazione di riferimento. Possono essere assunte ed esercitate attività a contenuto indeterminato, il cui unico limite è quello di corrispondere a diritti o a interessi socialmente rilevanti dei cittadini, i quali interessi sono – specie in epoca di multiculturalismo – quanto sempre più numerosi e diversi.

La seconda precisazione. Per mettere a fuoco il punto della scelta occorre innanzitutto richiamare i modelli di riferimento. Con “modello” intenderei le figure soggettive che possono essere utilizzate per l’espletamento del servizio, nonché, in relazione a ciascuna di dette figure soggettive, la caratteristica dominante (la natura) e in ogni caso la struttura e certe regole (pubbliche o private) a cui è assoggettata la sua attività. Tutto ciò, infatti, è di particolare importanza sotto il profilo della resa del modello e dunque della decisione da assumere.

Infine, occorre evitare di sovrapporre il piano della possibilità di scegliere con quello del percorso da seguire: sono questioni diverse, anche se possono essere congiunte. In altre parole: la scelta riguarda l’uso di uno dei vari modelli possibili; il percorso è la procedura da seguire a tale scopo, che può essere con o senza gara ovvero, seguendo la terminologia legislativa, affidamento diretto e non.

Naturalmente, i caratteri del modello influenzano talora in modo determinante le modalità di scelta, ma ciò non elimina la necessità di tenere separati l’uno e l’altro aspetto. Questo è, anzi, uno degli aspetti determinanti.

2. I modelli

In base all’art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 le ipotesi previste e nominate sono l’utilizzazione di soggetti di (autentico) diritto comune (o equiparati agli effetti che interessano)⁵; la società mista; la società a totale partecipazione pubblica, con certi ulteriori requisiti (il provvedere in proprio).

A) Soggetti di diritto comune: sono «imprese o società in qualunque forma costituite». Niente vi è da aggiungere: è l’ipotesi, limpida, di soluzione conforme ai principi di tutela del mercato della concorrenza, almeno in via di principio.

⁵ Le (normali: non *in house*) società anche a partecipazione pubblica totalitaria, vedi art. 3, c. 2, regol.

B) Molto diverso è il discorso per le società miste. Qui ricorre una tipizzazione. La scelta del socio privato deve avvenire mediante selezione pubblica; la partecipazione sociale del privato non deve essere inferiore al 40%; al privato debbono essere attribuiti «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» (23-*bis*, c. 2, lett. *b*). Fin troppo facile notare che cominciano i problemi: dove sta il pubblico, dove sta il privato e qual è, se vi è, un carattere dominante.

Questa società non è una qualsiasi società mista; è una società in cui la presenza del privato è specializzata. Si deve introdurre non un socio qualunque, ma un socio industriale, un socio al quale è contestualmente conferita l'attività operativa. Solo in questo modo pare possibile corrispondere al quadro dei limiti che la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale hanno individuato al fine di ammettere la legittimità del modello. In particolare, l'ampiezza e la logica dello spazio conferito al privato debbono essere tali da permettere di concludere che, con riferimento ai compiti operativi, la società mista realizza un'esternalizzazione assimilabile a quella del ricorso a un soggetto di totale diritto comune (ipotesi precedente)⁶.

Sennonché, se i principi sono quelli indicati, il socio privato dovrebbe svolgere tutti i compiti operativi. Invece così non è, almeno sulla base del dato testuale: «specifici compiti operativi» afferma l'art. 23-*bis* e altrettanto ripete il regol. (art. 3, c. 4). La regola ora vigente deriva da una modifica apportata al Senato, per corrispondere ad un'esigenza rappresentata dagli enti

⁶ Secondo il parere Cons. St. n. 456/2007 vi è compatibilità quando «avendo riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico-economici tra soggetto pubblico e privato e nel rispetto di specifiche condizioni – non si possa configurare un affidamento diretto alla società mista ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo. In altri termini, in questo caso, indicato di regola come quello del socio di lavoro, socio industriale o socio operativo (come contrapposti al socio finanziario) (...) l'attività (...) affidata (senza gara) alla società mista sia nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio». Ma si può anche dare la parola al giudice comunitario: l'ipotesi è ammissibile perché «i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione... viene affidata l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario» (CGUE, sez. III, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08).

gli enti territoriali e la gestione dei pubblici servizi locali

territoriali, volta a segnalare che l'affidamento di tutti i compiti operativi al privato avrebbe vanificato l'interesse dell'amministrazione per la presenza del socio privato: l'esclusione dell'amministrazione dal momento operativo non le consente di acquisire un sapere tecnico privato specializzato⁷.

A parte questo aspetto, non di dettaglio, dalla presenza del socio operativo (in via totalitaria o non) derivano ulteriori implicazioni: a) una selezione unica, ma a doppio oggetto (il socio e i suoi compiti)⁸; b) la particolare rilevanza, rispetto al prezzo, della qualità della prestazione promessa; c) un rapporto sociale necessariamente a tempo determinato, che scade con il contratto di servizio (è peraltro prevista la necessità di apposita clausola: art. 3, c. 4, regol.).

Sono ora da considerare i profili concernenti il regime dell'attività. Le società miste sono in parte pubbliche e ripropongono il tema dell'applicazione di certe discipline caratteristiche dei soggetti pubblici. Gli aspetti che meritano di essere particolarmente sottolineati sono i seguenti.

L'art. 23, c. 10, lett. a), pone l'obbligo di «osservare» procedure ad evidenza pubblica «per l'acquisto di beni e servizi» e per «l'assunzione di personale».

In punto di acquisto dei beni e servizi, il regolamento (art. 6) precisa che le società «applicano (...) le disposizioni» di cui al d.lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni. Sembrerebbe dunque che ci si muova, per questi aspetti, in un ambito contrassegnato da procedure e da atti amministrativi (o equiparati)⁹. Peraltro, è stato osservato che gara vi è stata (per la scelta del socio) e, siccome in realtà vi è fungibilità piena con il soggetto imprenditoriale puro (discorso – per quanto tiene – sul privato socio operativo), non vi dovrebbe essere attrazione di regole pubblicistiche. Insomma, la scelta del socio mediante gara dovrebbe consentire una privatizzazione integrale dell'attività.

In punto di personale la formulazione del regolamento è diversa. L'art. 7 stabilisce, in materia di «reclutamento del personale» e di «conferimento

⁷ Vedi quanto riferito in M.F. Mattei, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali delineata dal Decreto Legge c.d. salva infrazioni come modificato in sede di conversione al Senato*, 6.

⁸ Vedi G. Guzzo, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il varo del regolamento di attuazione*, in www.giustamm.it; C. Rapicavoli, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. Il regolamento attuativo – d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168. La gara a doppio oggetto*, in www.lexitalia.it.

⁹ Ma la scelta non è affatto obbligatoria. Come noto, l'applicazione di regole procedurali di per sé non è affatto decisiva quanto alla natura e al regime degli atti. Anche i privati (nei rapporti fra privati) possono usare e talora usano procedure e questo non trasforma i loro atti in atti amministrativi o equiparati.

degli incarichi», che le società «adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità (...) nel rispetto dei principi» di cui all'art. 35, c. 3, d.lgs. n. 165/2001, cioè gli ordinari principi che regolano le procedure di assunzione e attribuzione di incarichi negli enti pubblici. Fanno eccezione le società quotate in mercati regolamentati. Si presume – evidentemente – che detto contesto possa soddisfare quelle esigenze che stanno alla base dei principi di cui all'art. 35 cit.

Vi è da chiedersi se la disposizione regolamentare (e già prima quella legislativa, l'art. 23-*bis*) comporti non tanto l'uso di meccanismi pubblici di selezione nel senso di conoscibili e trasparenti, ma addirittura una qualificazione pubblica (e conseguente implicazione in punto di giurisdizione) degli atti della selezione. Ora, diversamente dall'art. 6 regol., che sempre per i contratti, rinvia espressamente al d.lgs. n. 163/2006, questo art. 7 regol. parla di criteri e modalità e criteri e modalità si possono ben adottare rimanendo nell'ambito della capacità di diritto privato e dunque di una procedura comunque contrassegnata da atti di diritto privato, pur se unilaterali¹⁰.

Attività extraterritoriale. Le tesi sono discordanti¹¹. Se si tira fino in fondo il filo della scelta del socio mediante gara si può anche giungere a ritenere che gli «effetti distorsivi della concorrenza (...) sarebbero conseguenti a una posizione legittimamente acquisita, nel rispetto di modalità concorrenziali, per cui non potrebbero configurare una turbativa dei meccanismi di mercato»¹².

C) Società a partecipazione pubblica totalitaria.

Si tratta di una società a partecipazione pubblica totalitaria (anche per il tramite di più enti pubblici) ulteriormente caratterizzata. La partecipazione totalitaria è condizione necessaria, ma non sufficiente; occorrono anche il rispetto dei “requisiti” comunitari «per la gestione cosiddetta in house e, comunque,» il «rispetto dei principi della disciplina comunitaria in

¹⁰ D'altra parte, il parere Cons. St., n. 2692/2010, che si sofferma ampiamente sul punto (vedi § 3), sembrerebbe ammettere, questa volta, che il rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento ecc., possa essere assicurato per vie altre e diverse.

¹¹ In senso negativo vedi Avcp parere n. 3/2009; in senso positivo Tar Lazio, n. 36/2010; v. anche G. Fischione, *Prime note sulla riforma dei servizi pubblici locali introdotta dalla legge 20 novembre 2009, n. 199, 2*, in www.giustamm.it, secondo cui il problema dovrebbe essere considerato in concreto «valorizzando il criterio del rapporto funzionale, anche in dipendenza della effettiva quota di partecipazione pubblica».

¹² Tar Calabria n. 561/2010; in definitiva (si aggiunge), se vi è una perfetta simmetria fra ipotesi del privato puro e del privato socio operativo della società mista, la modalità *ex art. 23, c. 2, lett. b)*, «si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato – del tutto equivalente a quello della pubblica gara».

gli enti territoriali e la gestione dei pubblici servizi locali

materia di controllo analogo sulla società» e di «prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano» (art. 23-bis, c. 3).

Per questi soggetti valgono, a maggior ragione e senza eccezioni, gli obblighi sopra già citati in punto di applicazione delle procedure contrattuali pubbliche e di principi inerenti alle procedure di reclutamento.

Peraltro, a ulteriore esplicitazione della loro specificità "pubblicistica", vi era la previsione dell'assoggettamento, mediante disciplina regolamentare (attuata con l'art. 5, d.P.R. n. 268/2010) al patto di stabilità interno, art. 23-bis, c. 10, lett. a)¹³ e vi è il divieto di attività extraterritoriali (art. 23-bis, c. 9).

Questi soggetti, come si ricorda comunemente, sono singolari¹⁴. Ma è una singolarità comunque assai relativa, se si ricorda che l'organizzazione è materia, in conseguenza dell'atipicità dei bisogni, largamente aperta a numerose figure (ente pubblico, ente privato di interesse pubblico, organismo di diritto pubblico, ente pubblico in forma societaria, organo-persona giuridica, persona giuridica-organico, organo indiretto).

In ogni caso, la società *in house* è un'entità che, al tempo stesso, è e non è un soggetto. Non è soggetto rispetto a quel profilo per cui è consentito a ogni ente, compreso l'ente pubblico, l'autoproduzione di ciò di cui abbisogna; è soggetto per il residuo.

Come si vede, i tre modelli (privato, società mista, società *in house*) sono assai diversi, da almeno due punti di vista.

Il più importante è quello del rapporto fra attività economica, poteri pubblici e privati imprenditori. Il primo modello attribuisce lo spazio inerente a quella determinata attività economica (la gestione, naturalmente) per intero all'imprenditore privato. Il secondo modello tende ad attribuire al privato quel medesimo spazio, ma in misura minore. Il terzo esclude la presenza del privato.

Dunque, sotto il profilo ora in esame, i modelli si possono ridurre a due: quello che consente la presenza del privato e quello che la esclude.

¹³ Oggetto della pronunzia di illegittimità costituzionale n. 325/2010 cit.

¹⁴ Vedi, nel quadro di un'ampia letteratura, gli scritti di P. Rossi in G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Torino, 2010, in specie 101 ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli 2003, 247 ss.; G. di Chio, *L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it; R. Garofoli, *L'affidamento diretto a società in house e a società a capitale misto: ricognizione degli indirizzi sul tappeto*, in www.giustamm.it; D. Marrama, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, in www.giustamm.it; R. Mangani, *Il decreto Bersani resuscita l'in house?*, in www.giustamm.it.

L'altra angolazione concerne il regime di attività. Se il soggetto è privato vale il regime privatistico; se il soggetto è pubblico si trascina specificità pubblicistiche. Qui riemerge la particolarità del modello misto: siccome vi è del pubblico, per certi aspetti anch'esso attrae aspetti pubblicistici.

3. La scelta fra i modelli

La scelta del modello a gestione per intero privata fruisce di un più ampio ambito e finisce per essere libera: è la modalità "ordinaria" di conferimento (come dice l'art. 23-*bis* cit.).

Peraltro, ordinaria (per espressa definizione) è anche la modalità di affidamento alla società mista, pur se vi sono qualche prescrizione e qualche problema in più in conseguenza del fatto che la modalità è ordinaria, ma il modello è impuro.

La scelta, invece, del modello a gestione pubblica, è – a prima lettura – eccezionale e dunque conosce un marcato reticolo di vincoli, sia in punto di elementi di fatto, sia in punto di fasi ed elementi del processo decisionale, soprattutto in ragione del coinvolgimento di altre autorità.

Quanto alle condizioni di fatto: debbono ricorrere situazioni «eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (art. 23-*bis*, c. 3).

Quanto al processo decisionale: a) occorre motivare, e questo è del tutto normale, solo che vi è una specifica tipizzazione del contenuto della motivazione (art. 23-*bis*, d.l n. 112/2008 e art. 4 regol.); b) oltre un certo limite di valore, stabilito in 200 mila euro dal regol. (art. 4), occorre la richiesta, accompagnata da apposita relazione, di parere dall'Agcm che deve esprimere un parere – dice la legge espressamente (art. 23-*bis*, c. 4) – "preventivo", ma non impediente¹⁵.

Nei confronti degli aspetti indicati si sono manifestate preoccupazioni di segno opposto, derivanti da una congiunta considerazione del tipo di condizioni richieste e del parere dell'Agcm.

Il parere è obbligatorio¹⁶, ma non è in alcuna misura vincolante e ad esso si applica fra l'altro la regola di una sorta di silenzio-assenso. Tuttavia,

¹⁵ Perché, se non reso nei prescritti sessanta giorni, equivale a parere favorevole (art. 23-*bis*, c. 4).

¹⁶ Punto pacifico, e già Tar Toscana, sez. I, 8 sett. 2009, n. 1430, in tema di servizio di illuminazione votiva.

gli enti territoriali e la gestione dei pubblici servizi locali

dato il tipo di condizioni richieste e dato il tipo di competenza specializzata dell'Agcm, il rischio che il parere negativo dell'Agcm divenga insuperabile è forte; di qui la richiesta di una indicazione di «quali siano le condizioni di esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione»; se non si individuano «una serie di parametri nel rispetto dei quali l'ente locale possa disattendere il parere dell'Autorità, l'ente locale stesso verrà inevitabilmente ad essere spogliato del potere di deliberare discrezionalmente in ordine alle modalità di affidamento del servizio» e il parere diverrà «vincolante»¹⁷.

La presenza dell'Agcm pone problemi anche in caso di parere favorevole; qualcuno osserva che le scelte ad esso conformi saranno difficilmente sindacabili dal giudice amministrativo¹⁸.

Insomma, se il parere è negativo, vita difficile per l'ente territoriale; se il parere è positivo, vita difficile per l'eventuale contro interessato; in entrambi i casi il ruolo dell'Agcm sembra sovrastare (in qualche misura) quello delle parti e quello del giudice¹⁹.

4. Alcune considerazioni: una correlazione fuorviante. La normalità dell'autoproduzione; il modello della società *in house*: una tipizzazione sproporzionata e invasiva

Descritti i dati si può verificare quali ne siano le premesse, le implicazioni e la loro incidenza sul piano del sistema.

La legge prevede che il pubblico servizio locale di tipo economico si esercita mediante un organismo soggettivato, dotato di personalità giuridica, qualunque esso sia: un imprenditore o una società, una società mista, una società pubblica totalitaria.

¹⁷ R. Bianchini, *La mancata richiesta del parere preventivo comporta l'illegittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale (breve note a Tar Toscana, Sez. I, sentenza dell'8 settembre 2009, n. 1430)*, in www.giustamm.it (3).

¹⁸ Vedi S. Delia, *In house e servizi pubblici locali: cosa resta del modello dopo il vaglio dell'Agcm*, in www.giustamm.it, per un'analisi dei pareri resi dall'Agcm, ritenuti tali da rendere pressoché impossibile il ricorso all'affidamento *in house* e dunque costitutivi di in un quadro non conforme al diritto europeo (che ammette l'istituto) (3); inoltre si sottolinea che la norma che definisce l'oggetto del parere è stata interpretata in modo assai esteso: non ci si limita a valutare i presupposti sostanziali (i soli di cui parla l'art. 23-bis), ma si considerano anche i requisiti necessari per il carattere *in house* dell'organismo utilizzato (4).

¹⁹ S. Delia, *In house e servizi pubblici locali: breve storia della capitolazione di un modello*, in www.giustamm.it (6).

Bene. Siccome la gestione compete a un soggetto, la rappresentazione più diffusa ricostruisce il fenomeno come un rapporto fra soggetti distinti, rapporto pienamente rientrante sin dall'inizio, in quanto rapporto fra soggetti, in un ambito giuridico in cui vengono in rilievo o possono venire in rilievo, sul versante dell'organismo affidatario, più soggetti in concorrenza. La conseguenza è evidente: in detto contesto, la vicenda si caratterizza come modalità diretta di individuazione del soggetto gestore dell'attività economica (del servizio).

A questo punto, scatta una certa equazione: il conferimento diretto non può che essere derogatorio rispetto alla concorrenza e dunque è "eccezionale".

Qui è l'aspetto fuorviante²⁰.

L'ordinamento comunitario vuole mercato e concorrenza, ma riconosce e ammette l'autoproduzione²¹; ammette la possibilità che l'interessato provveda con mezzi propri e dunque ammette che vi sia un ambito intrinsecamente estraneo, per sua stesa natura, a quello che è assoggettato alla concorrenza. Ciò perché la vicenda rimane confinata all'interno di un medesimo soggetto e la concorrenza è fenomeno che presuppone un contesto composto da una pluralità reale o potenziale di soggetti.

Il modello del provvedere in proprio è autoproduzione²². Certamente esso comporta una regolazione dei confini fra ciò che rileva e ciò che non

²⁰ Invero, come osserva F. Trimarchi Banfi, *La gestione*, cit., nei «ragionamenti sui servizi pubblici, il c.d. *in house providing* viene di solito preso in considerazione quale metodo di affidamento diretto, piuttosto che come espressione che designa in primo luogo un modo di produzione del servizio e che solo consequenzialmente alla scelta di tale modo di produzione esime dalla gara» (2). Anche (pur in una diversa prospettiva) F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 251, mette in evidenza un "equivoco", che almeno in parte coincide con quanto si osserva; l'A., peraltro, ne trae un'opposta conseguenza (su cui oltre).

²¹ Già con CGUE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98; e vedi anche, per riferimenti, Corte cost. n. 307/2009.

²² Vedi F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni*, cit., 251-252: la "nozione" (di affidamento *in house*), «più che strettamente giuridica, è operativamente economica. Essa fa leva sul concetto di autoproduzione del servizio. Quando un servizio è autoprodotta all'interno di una organizzazione complessa, sia essa indifferentemente, una P.A. od una impresa privata, non vi è impatto sul mercato. Il mercato, come luogo delle relazioni economiche, non è interessato per il semplice fatto che manca l'alterità soggettiva tra committente e prestatore. E quando non c'è impatto sul mercato, non v'è ragione di invocare una violazione della libertà di concorrenza per la semplice ragione che non essendovi il mercato non può esservi neppure una possibilità di concorrenza. In conclusione, quando il servizio è autoprodotta non esistono i presupposti neppure per sperimentarne la concorrenza per il mercato».

gli enti territoriali e la gestione dei pubblici servizi locali

rileva in punto di concorrenza. Sennonché ogni apposizione di confini ridistribuisce gli spazi preesistenti, dando a qualcuno e togliendo a qualcun altro, e tuttavia non significa che le entità oggetto del regolamento di confini si sovrappongano e si confondano, in tutto o in parte.

Dunque, l'autoproduzione è un'altra cosa, rispetto all'ambito della concorrenza, anche se, per il solo fatto di esistere, toglie spazio alla concorrenza. Non per questo diventa però un'eccezione. È invece un ambito di svolgimento di attività economiche in cui è dominante un principio diverso da quello della concorrenza.

D'altra parte, se la premessa di base fosse diversa, sarebbe difficile immaginare l'ammissibilità del provvedere in proprio.

Invero, se la qualificazione giuridica di partenza dell'intero contesto dovesse essere quella della esclusiva costante rilevanza della dimensione della concorrenza, il provvedere in proprio ne sarebbe clamorosa violazione in quanto si risolverebbe nell'appropriazione di una fetta di mercato da parte di un soggetto estraneo (il soggetto auto produttore) in danno degli unici soggetti legittimati: le imprese.

Se l'autoproduzione è normale, la distinzione corretta non è fra affidamento mediante gara e affidamento diretto. La distinzione corretta è fra appunto – autoproduzione o ricorso al mercato²³.

La questione è semplicemente quella di verificare se e quando vi è autoproduzione. Ciò comporta almeno due ulteriori domande, sul piano oggettivo e sul piano soggettivo.

La prima investe ciò che si produce e per chi si produce. È il profilo sostanziale: se si producono cose non pertinenti alle finalità istituzionali o al di fuori di quanto richiesto dalle finalità istituzionali (in relazione ai destinatari o altro) è evidente che si fuoriesce dall'autoproduzione.

Poi, vi è il profilo soggettivo. Poter muovere dall'equazione attribuzione della soggettività all'organismo produttore uguale fuoriuscita dall'autoproduzione sarebbe semplice e chiaro, ma contrasterebbe palesemente con il carattere meramente strumentale dell'attribuzione della personalità giuridica²⁴. Dunque non sarebbe soluzione condivisibile e infatti lo stesso diritto

²³ Vedi anche G. Fischione, *Prime note sulla riforma dei servizi pubblici locali introdotta dalla legge 20 novembre 2009, n. 199, 2*, in www.giustamm.it; e Cons. St., sez. V, n. 447/1998.

²⁴ Ancora F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni*, cit., 252, a proposito del "controllo analogo": «esso nulla ha a che vedere con la funzione amministrativa di controllo, né con la funzione di vigilanza. Si tratta, ancora una volta, di una nozione che, non avendo una valenza giuridico-formale, ha solo una funzione economico-sostanziale che contribuisce a identificare quei casi in cui vi è effettivamente una autoproduzione del servizio».

europeo, fra l'altro molto attento alle sostanze (a cominciare dall'organismo di diritto pubblico), non assume detto elemento in funzione discriminante.

Se questo è il quadro, il provvedere in proprio di cui si discute costituisce una singolarità, ma non in danno del mercato e della concorrenza, ma in danno del soggetto titolare del diritto all'autoproduzione: i requisiti attualmente posti dall'ordinamento determinano infatti una tipizzazione eccessiva della figura soggettiva che l'amministrazione è costretta ad utilizzare.

L'autoproduzione è un normale diritto dell'amministrazione. L'attribuzione della soggettività all'organismo produttore non è di per sé tale da escludere la unisoggettività sostanziale. L'autoproduzione è produzione di un certo tipo di prestazione (economica) e richiede una figura organizzativa adeguata alla prestazione da produrre. Tale necessità è alla base della scelta legislativa di imporre il modulo societario. Ma, se il modulo societario deve essere conformato secondo il "controllo analogo", non è che si finisce per imporre vecchi modelli sotto moderne vesti?

La questione non è accademica, di simmetrie concettuali. La sostituzione, ad opera della legge, del modulo azienda, è avvenuta per concrete ragioni di buona amministrazione. Non vorrei che un certo modo di intendere e di praticare il controllo analogo finisse per condannare l'autoproduzione di servizi a meccanismi inefficienti. Non sarebbe un grande risultato: in nome della concorrenza, si finirebbe per alterare una condizione di parità fra i soggetti pubblici e privati coinvolti nel fenomeno. Insomma, se l'autoproduzione è un diritto, essa è da prendere sul serio e fino in fondo.

D'altra parte, a fronte di questa impostazione neppure vale il profilo ripetutamente ricordato da Corte cost. n. 325/2010 secondo cui il diritto comunitario consente prescrizioni ulteriori più favorevoli alla concorrenza²⁵ perché qui non siamo dentro la concorrenza, ma fuori. Insomma, l'autoproduzione è un fenomeno di autonomia dell'amministrazione, che presenta evidenti profili ed esigenze di garanzia costituzionale, tanto più evocabili quanto più il loro soddisfacimento non contraddica il diritto europeo²⁶, e dunque potrebbe risultare "costituzionalmente obbligata".

La vigente disciplina, volta ad assicurare, come necessario, che l'autoproduzione si mantenga nel suo ambito ha puntato troppo sul profilo soggettivo, fino ad essere sproporzionatamente invasiva dell'autonomia del soggetto titolare del diritto all'autoproduzione, mentre i limiti vanno posti e precisati sul piano oggettivo e sostanziale: si dovrebbe guardare soprattutto

²⁵ Punto 8.1.2.

²⁶ Che appunto consente l'autoproduzione.

gli enti territoriali e la gestione dei pubblici servizi locali

a che cosa si fa e alla “competenza” entro i quali è ammissibile l’autoproduzione, e non tanto alla veste giuridica con cui agisce il titolare del diritto all’autoproduzione.

5. La necessità di individuare i limiti soprattutto sul piano oggettivo-sostanziale (non soggettivo-organizzativo)

Come si vede, l’esigenza fondamentale non riguarda il modello organizzativo. Qualsiasi modello potrebbe (in teoria) essere utilizzato purché interamente riconducibile all’amministrazione. La questione si sposta sui limiti di tipo sostanziale.

A tal fine i limiti vanno in primo luogo ricercati non a partire dal mercato e dalla concorrenza, ma a partire dalla determinazione del contenuto del diritto all’autoproduzione del soggetto che ne è titolare, nel caso l’amministrazione e specificamente il potere locale.

Vengono pertanto in rilievo i principi generali in punto di attività dell’amministrazione. Il provvedere in proprio è azione dei pubblici poteri e deve dunque corrispondere al principio di buon andamento; e il buon andamento (economicità, efficienza, efficacia), prezioso proprio per lo stato sociale, significa che si può provvedere in proprio se non vi sono altri che possono meglio soddisfare l’esigenza. Con questo si risolve – fra l’altro – anche un’esigenza per il cui soddisfacimento è spesso invocato il principio di sussidiarietà orizzontale²⁷.

Naturalmente, visto ciò di cui si tratta, il discorso a questo punto coinvolge la situazione di mercato. È evidente che non sarebbe giustificabile una produzione in proprio se il mercato consentisse una produzione più conveniente e utile. Ma, come si vede, la circostanza che la concorrenza e il mercato possano dover avere maggior spazio non deriva dal fatto che concorrenza e mercato prevalgono sull’interesse pubblico (su quell’interesse pubblico), ma da una regola propria del potere pubblico, da sempre esistente. D’altra parte, di nuovo, sarebbe singolare che la pubblicità del soggetto, che per quanto pubblico, risulta titolare del diritto all’autoproduzione, finisse per

²⁷ Si veda lo stesso parere Cons. St. cit. e lo stesso regol., art. 2, principio non a caso, in realtà, di discussa applicazione quanto ai servizi economici. Vedi peraltro, per il ricorso al principio di sussidiarietà come indispensabile ragione per giustificare i più stretti limiti a cui la normativa nazionale contiene l’autoproduzione, G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 263.

essere oltre misura deteriore rispetto a quella del soggetto privato in posizione corrispondente²⁸. Da questo punto di vista non si tratta di ammettere un privilegio per l'amministrazione: a rovescio, si tratta di evitare una discriminazione in suo danno.

Il discorso si concentra sugli indicatori che debbono individuare la fattispecie che delimita e legittima l'autoproduzione. La prospettiva è quella del buon andamento e non del divieto di deroga alla concorrenza e dunque gli indicatori dovrebbero essere allineati su tale binario.

Implicazioni. Alcune possono essere subito praticabili. La portata dei pareri dell'Agcm va considerata nella luce appropriata, che è quella esposta, senza sopravvalutazioni, quanto meno perché l'Agcm vede solo un lato (per quanto importante) del problema. Si può così avere un fattore in qualche misura in grado di fronteggiare quei rischi che qualcuno ha paventato: la trasformazione (per ragioni di cultura, non di diritto positivo) del parere obbligatorio dell'Agcm in parere in fatto vincolante, sia per l'amministrazione sia (ancor peggio) per il giudice.

Altre implicazioni da ricordare. Il buon andamento, specie il buon andamento assunto (non come principio sull'azione dei pubblici poteri, ma) come regola di disciplina di un rapporto (fra potere pubblico e cittadino interessato) si manifesta come profilo essenziale della pretesa del cittadino all'adempimento, alla realizzazione della sua situazione soggettiva, almeno nella parte costituzionalmente incomprimibile²⁹: si affacciano perciò ulteriori perplessità dal punto di vista costituzionale dinanzi a una interpretazione riduttiva dell'autoproduzione.

Un secondo profilo, spesso affiorante, riguarda l'autonomia organizzativa degli enti locali, che – fra l'altro – è anch'essa un valore sia della costituzionale nazionale sia dell'ordinamento europeo. Di nuovo, non voglio dire che l'autonomia locale prevale sulla concorrenza; voglio più semplicemente dire che quando si tratta di stabilire se una questione concerne la concorrenza o altro, oppure quando si tratta di decidere come la necessità di tutelare la concorrenza possa influire su altri aspetti (si pensi alla tipizzazione dello strumento da utilizzare per l'autoproduzione, con i dubbi già espressi) si devono considerare e pesare anche il profilo e il valore dell'autonomia locale.

²⁸ Visto che si tratta di «un'estensione alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione» (Cons. St., sez. V, n. 447/1998).

²⁹ Per tal genere di diritti vedi di recente Corte cost. n. 235/2010 (a proposito delle prestazioni del servizio pubblico dell'istruzione per i disabili).

6. E di riconsiderare un più ampio orizzonte: servizio pubblico e amministrazione locale

Lungo una linea volta a segnalare le ragioni del pubblico si incontrano osservazioni critiche di ben più ampia portata di quelle fin qui espresse, che reimmettono completamente il tema dei servizi pubblici locali nell'orizzonte della specificità dell'amministrazione locale e del rapporto fra istituzioni e società³⁰.

La riforma e la legislazione, in particolare, dell'ultimo decennio, imposte sulla separazione fra indirizzo e gestione³¹, presentano anche elementi quanto meno non congrui rispetto al circuito democratico e alla stessa condizione giuridica dell'utente. Con l'attribuzione al terzo (che è l'ipotesi più rispondente all'esigenza di mercato e di concorrenza), il meccanismo della responsabilità si interrompe, o funziona in modo alternato, perché l'utente è in rapporto con il gestore³²; e ciò pare aggravato dal fatto che l'amministrazione opera nell'ambito e nei limiti del contratto di servizio e non all'interno di un rapporto concessorio, che consentirebbe l'enucleazione di poteri più adeguati per governare l'andamento del servizio³³.

Sono aspetti che debbono essere riconsiderati attentamente, ma ciò non implica necessariamente una rinnovata generalizzazione di un modello pubblico integrale, sia in termini di qualificazione dei soggetti, sia in termini di qualificazione degli atti, sia in termini di qualificazione delle situazioni soggettive. Le strade per risolvere le questioni che in tal modo si pongono sono molte e diverse: la riduzione dell'uso di forme pubblicistiche non contraddice la contemporanea segnalazione, in direzione opposta, come si è cercato di fare a proposito del tema qui considerato, di una tutela di spazi spettanti all'amministrazione. Si tratta di evitare sequenze troppo strette e di lasciare in parte alla discrezionalità del legislatore la valutazione della soluzione da adottare, con la consapevolezza che, se non risulta utile, si cambierà.

Ad esempio, fra i modelli considerati, quello meno convincente è la società mista, che infatti presenta non poche questioni. Se siamo fuori dall'autoproduzione, perché deve intervenire l'amministrazione? È vero che il partenariato istituzionale è formula (in generale) che ha grande successo. Ma non merita troppo entusiasmo. In fondo, l'utilizzazione di altri mediante il loro inserimento nell'organizzazione è un modo di risolvere le questioni

³⁰ Il riferimento è a F. Trimarchi Banfi, *La gestione*, cit.

³¹ F. Trimarchi Banfi, *op. ult. cit.*, 8.

³² F. Trimarchi Banfi, *op. ult. cit.*, 9.

³³ F. Trimarchi Banfi, *op. ult. cit.*, 4.

più sul piano del soggetto che sul piano delle regole; e fin dove è possibile, la preferenza dovrebbe essere per le regole. E fra le tantissime questioni a cui non ho fatto cenno (la liberalizzazione e la riduzione o soppressione dei diritti esclusivi, le discipline di settore), il punto più dolente riguarda proprio le regole: forse sarebbe stata più utile meno enfasi sull'eccezionalità del provvedere in proprio e più regole sugli standard di qualità e quantità, su strumenti precisi e definiti di indirizzo e di controllo, a cominciare da eventuali appositi organismi; più regole – insomma – per garantire il soddisfacimento dei diritti a cui è preordinata l'erogazione del servizio.

Abstract

This article presents a review of current legislation pertaining to local public utilities in Italy, which has undergone several innovations over the last decades. Interestingly, the ongoing reform has been widely criticized to be unsatisfactory by both sides of the privatization debate. The study therefore seeks to assess whether the regulatory design for local utilities meets either the EU policy goal of promoting competition in services of general economic interest, or the purpose of preserving the traditional role of local authorities in public service delivery.

To this aim, the starting point is identification of relevant rules addressing service provision contracts, the awarding procedures and criteria, to be implemented by local authorities in a fragmented legal framework. The next step is analysis of identified provisions, with the purpose of reconstructing the “legal models” designed by the Italian legal framework for local utilities organization.

The following section presents such schemes – namely private management, public-private partnership and the situations where a public authority decides to provide a service itself, so-called in-house providing – in the light of the underlying rationale for selection of a specific model. Having found a correlation between the quantum of limits and the intensity of municipalities involvement in utilities organization, the article questions whether the current requirements for the selection of service providers are really consistent with the EU competition principles. In more details, we argue against the equation of anticompetitive nature of local utilities public management as the legal ground for the in-house providing exception, which suffers a disproportionate legal typification.

FRANCESCO MARONE

SOCIETÀ DEGLI ENTI LOCALI
E ARTICOLO 41 DELLA COSTITUZIONE:
IL COMUNE È UN IMPRENDITORE?

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulle società degli enti locali nel più generale quadro delle società di proprietà pubblica. – 2. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990. – 3. La natura delle società miste. – 4. L'affidamento del servizio. – 5. Incompatibilità del modello italiano con il diritto comunitario e riforma dell'art. – 6. *L'in house providing*. – 7. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e le conseguenti modifiche legislative. – 8. Gli interventi legislativi recenti: il d.l. n. 223/2006. – 9. *Segue*: il d.l. n. 112/2008 e il suo regolamento di attuazione. – 10. Considerazioni conclusive: il comune è un imprenditore? – 11. *Segue*: le conseguenze degli interventi normativi in tema di servizi pubblici locali sul regime generale delle società pubbliche.

1. Cenni introduttivi sulle società degli enti locali nel più generale quadro delle società di proprietà pubblica

Affrontare in modo organico, ricostruendone nel dettaglio i tratti salienti e le linee evolutive, la storia della gestione dei servizi pubblici locali è forse, per dirla con le parole di un recente saggio di Marco Cammelli, una missione impossibile¹. Tuttavia, una riflessione su questi temi appare non solo utile ma necessaria, in particolare, in una prospettiva costituzionalistica, come fenomeno che deve inquadrarsi nel contesto dell'art. 41 Cost., ovvero del delicato equilibrio tra economia privata, economia pubblica e tutela della concorrenza.

La storia delle società pubbliche nel nostro ordinamento è una storia

¹ M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 127. Nello stesso volume si veda anche F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, 1.

ultracentenaria, fatta di diverse stagioni e, inevitabilmente, di modelli e discipline stratificati.

Si va dalla legge istitutiva della Banca d'Italia, alla fine dell'Ottocento, ed alla sua successiva evoluzione come istituto di credito di proprietà pubblica, alle società di diritto speciale degli anni venti e trenta del secolo scorso, frutto anche del salvataggio di imprese andate in crisi negli anni della grande depressione, fino alla creazione di un sistema di *holding* pubbliche (Iri, Eni, Efim) in funzione di raccordo tra le società di proprietà pubblica, operanti in regime di diritto privato, e il Ministero delle partecipazioni statali².

La fase più recente, caratterizzata dall'adeguamento al diritto comunitario del sistema di imprese pubbliche e da un diffuso *favor* per la privatizzazione, ha conosciuto anche la nascita ed il rapido sviluppo delle società c.d. miste, ovvero delle società di capitali partecipate, in tutto o in parte, dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali.

Queste società, inizialmente previste dall'art. 22, l. n. 142/990 come una delle possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali, hanno conosciuto uno sviluppo molto significativo, probabilmente andando oltre le stesse intenzioni del legislatore che le aveva introdotte nell'ordinamento.

Negli anni si è assistito ad una crescita tale da snaturare il senso della iniziale previsione legislativa, rendendo necessari interventi incisivi tanto in sede giurisprudenziale, nazionale e comunitaria, quanto in sede legislativa per riequilibrare il sistema. Da articolazioni privatistiche dell'amministrazione locale, alternative all'azienda speciale e alla concessione nella gestione dei servizi pubblici locali, queste società sono cresciute ed hanno mutato forme e strategie, fino a divenire, in alcuni casi, vere e proprie *holding* quotate in borsa.

La natura ibrida di queste società, al tempo stesso affidatarie dirette di contratti pubblici e concorrenti nel libero mercato, ha imposto, anche e soprattutto per impulso dell'ordinamento comunitario, mutamenti di disciplina normativa tesi, per lo più, a neutralizzare la turbativa della concorrenza nel mercato di cui questi soggetti erano parte. La tendenza legislativa che si

² M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253, il quale per la ricostruzione storica dell'impresa pubblica nell'ordinamento italiano fa riferimento a P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; C. Ibba, *Le società «legali»*, Torino, Giappichelli, 1992; G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 1000.

è sviluppata è giunta ad esiti non del tutto coerenti e, comunque, di difficile raccordo con il sistema economico discendente dall'art. 41 Cost., per cui sembra utile ai nostri fini ricostruirne brevemente i tratti salienti.

2. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990

Come detto, l'art. 22, l. n. 142/1990 ha introdotto nell'ordinamento, tra le forme attraverso cui Comuni e Province possono gestire i servizi pubblici locali, quella della società per azioni a prevalente capitale pubblico, ovvero le cosiddette società miste.

Si tratta di disposizioni che sono rimaste sostanzialmente immutate per oltre dieci anni, fino cioè all'approvazione della l. n. 448/2001, che per venire incontro ai rilievi mossi in sede comunitaria al modello italiano di gestione dei servizi pubblici locali, ha modificato, come vedremo nel dettaglio, il testo dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali) che nel frattempo aveva recepito la disposizione originariamente contenuta nell'art. 22, l. n. 142/90. Fino a quel momento la legge prevedeva semplicemente che oltre alle ipotesi di gestione in economia, di concessione a terzi o di azienda speciale, si potesse far ricorso allo strumento della società mista, pubblico-privato, con affidamento diretto del servizio.

L'art. 113 è riferito ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, giacché per i servizi privi di rilevanza economica la disciplina è dettata dal successivo art. 113-*bis*. È dunque rilevante l'individuazione della nozione dei servizi di rilevanza economica al fine di delimitare il campo di applicazione delle norme dell'art. 113.

La nozione di rilevanza industriale va tenuta distinta da quella di rilevanza economica, poiché la rubrica dell'art. 113 è stata modificata dall'art. 14, d.l. n. 269/2003, sostituendo l'aggettivo "economica" a quello precedentemente utilizzato "industriale".

Prima del d.l. n. 269/2003 per rilevanza industriale si intendeva il carattere imprenditoriale di una attività conformemente al dettato dell'art. 2082 c.c., alla stregua del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi» (Cons. St., sez.V, 15 aprile 2004, n. 2155).

Sono, dunque, servizi pubblici di rilevanza industriale quelle attività economiche svolte da più imprenditori in un mercato concorrenziale, che ne assumono il rischio senza il soccorso economico-finanziario pubblico.

Successivamente all'entrata in vigore del d.l. 269/2003 si è esteso l'am-

bito di applicazione dell'articolo in commento, facendo questo riferimento non più alla rilevanza industriale ma alla rilevanza economica dei servizi, utilizzando, quindi, un concetto più generale.

Hanno rilevanza economica tutti quei servizi che abbiano potenzialmente una redditività e che possano dar vita ad un mercato concorrenziale, indipendentemente dall'intervento o meno di finanziamenti pubblici (Tar Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729). Si tratta di una definizione che assume notevole rilievo giacché la classificazione di una attività come servizio pubblico di rilevanza economica significa la sottoposizione della stessa alla disciplina dell'art. 113³.

Si è così riconosciuto che «il servizio di manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione non può essere annoverato tra quelli privi di rilevanza industriale o economica, richiedendosi per il suo esercizio l'impiego di capitali, mezzi e personale da destinare allo svolgimento di un'attività economicamente rilevante, cui ordinariamente consegue anche la produzione di un utile di gestione, con la conseguenza che non può essere oggetto di affidamento diretto ex art. 113-bis, t.u. 18 agosto 2000 n. 267, nel testo introdotto dall'art. 35, c. 15, l. 28 dicembre 2001, n. 448» (Tar Basilicata, 15 aprile 2005, n. 271). Sempre con riguardo ai servizi di illuminazione si è affermato che «il carattere di servizio pubblico locale dell'illuminazione delle strade comunali è confermato dai richiami storici (la pubblica illuminazione era inclusa fra i servizi pubblici comunali ex art. 1, lett. c), R.d. n. 2578/1925 e nel Tulcp n. 383 del 1934) e ribadito dal divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, introdotto nell'art. 113 Tuel (l. n. 448 2001 e d.l. n. 269 2003): al pari di altri pubblici servizi, anche il servizio locale di illuminazione pubblica si avvale di un sistema di impianti collegati a rete per la diffusione dell'energia» (Cons. St., sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090).

Ancora, la qualificazione di servizio pubblico di rilevanza economica è stata riconosciuta con riferimento alla gestione dei rifiuti (Tar Lombardia, sez. III, 8 aprile 2003, n. 994); alla manutenzione delle strade, illuminazione pubblica e impianti elettrici e tecnologici comunali e manutenzione del verde pubblico, che rivestono sicuramente rilevanza economica, «poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunera-

³ Di recente su questo tema è intervenuta la Corte costituzionale (sentenza n. 325/2010) che ha provato ad individuare una nozione oggettiva di rilevanza economica, anche se, come notato da V. Cocozza, *Una nozione oggettiva di «rilevanza economica» per i servizi pubblici locali*, in questo numero della *Rivista*, con esiti non del tutto convincenti.

tiva e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale» (Tar Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527); allo spazzamento delle strade (Tar Lombardia, sez. III, 13 aprile 2004, n. 1451); alla illuminazione cimiteriale (Tar Puglia, sez. III, 11 settembre 2007, n. 2103).

3. La natura delle società miste

Problema di carattere generale posto dalle disposizioni dell'art. 113 Tuel è costituito dalla natura giuridica delle società miste, in ordine alla quale, in dottrina e in giurisprudenza, si rinvencono tre opzioni interpretative⁴: secondo la prima, le società miste rappresenterebbero una estensione del concetto di ente pubblico, ovvero rappresenterebbero un organismo con autonoma personalità giuridica inserito, però, nel quadro generale organizzativo dell'ente di riferimento. Si tratterebbe, in altri termini, di una soluzione alternativa a quella della gestione in economia o attraverso azienda speciale poiché l'ente locale deciderebbe di costituire un organo formalmente terzo, essendo una società di diritto privato, ma sostanzialmente privo di autonomia gestionale e sottoposto alle direttive dell'ente territoriale di appartenenza.

Trattandosi di una sorta di ente pubblico in forma societaria, risultano di più facile soluzione tutti i problemi di compatibilità con i principi comunitari ed in particolare, come vedremo, l'affidamento diretto del servizio.

Una seconda tesi è quella che riconosce a queste società una natura di

⁴ F. Caringella, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di F. Caringella, A. Giuncato e F. Romano, Milano, Giuffrè, 2007, 714. In generale su questi temi si veda M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 2581; M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1985; F. Liguori, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004; A. Zucchetti, *Articolo 112*, in *Commento al Testo Unico degli Enti Locali* (a cura di V. Italia), Milano, Giuffrè, 2000, 1133; P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994; G. Napolitano, *Dieci anni di riforme amministrative. I servizi pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 7, 804; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; R. Cavallo Perin, *Articolo 112*, in *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali* (a cura di R. Cavallo Perin – A. Romano), Padova, Cedam, 2006, 604; F. Caringella, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli Enti Locali, Commentario al Testo Unico* (a cura di F. Caringella, A. Giuncato, F. Romano), Milano, Giuffrè, 2007, 711; F. Caringella, *Gli organismi di diritto pubblico, in I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di R. De Nictolis), Milano, Giuffrè, 2007, 233; G. Caia, *I servizi pubblici*, in Mazarroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005.

soggetti di diritto privato del tutto autonomi dall'ente di riferimento. Si tratta di una ricostruzione che muove da un punto di vista strettamente privatistico e che giunge a ritenere l'ente locale titolare del servizio e la società per azioni che lo gestisce come soggetti del tutto autonomi se non per la scelta originaria dell'ente locale di costituire la società stessa. In questo quadro non residua in capo all'ente locale alcun potere direttivo ma soltanto il ruolo di azionista, con i poteri che a quello *status* collega il diritto societario. È evidente che sul piano della compatibilità con i principi comunitari questa soluzione crea maggiori problemi della precedente, poiché non vi è possibilità di sostenere la legittimità di un affidamento diretto ad una società che è formalmente, a parte il suo momento genetico, uno dei soggetti di diritto privato che operano in un determinato mercato.

Un'ultima posizione presente in dottrina, peraltro maggioritaria, è quella di ritenere che la questione non possa essere risolta in termini univoci e generali ma che si debba avere riguardo, in concreto, alla natura della singola società mista e al rapporto di autonomia o di subordinazione di questa con l'ente locale di riferimento.

4. L'affidamento del servizio

Come visto, legato al problema della natura giuridica delle società miste è quello delle modalità di affidamento del servizio. Più in particolare se sia necessario un atto concessorio e se per la scelta dei soci privati sia necessaria una gara. Si dava per scontato, inizialmente, che fosse legittimo l'affidamento diretto senza gara alla s.p.a. dell'ente locale titolare del servizio.

In ordine alla necessità di un esplicito atto concessorio si distinguono una impostazione pubblicistica ed una privatistica. Secondo la prima non è necessaria una procedura comparativa per la individuazione del gestore del servizio poiché questo viene affidato ad un soggetto che è un organo con personalità giuridica inserito nella organizzazione dell'ente titolare del servizio. L'impostazione privatistica, che riconosce alle società miste totale autonomia rispetto all'ente di riferimento, risulta, invece più difficilmente compatibile con il diritto comunitario poiché se vi è autonomia non può esservi affidamento diretto, ovvero non può eludersi il ricorso a procedure di evidenza pubblica.

In proposito si è notato⁵ che prima della riforma del 2001 il testo del-

⁵ F. Caringella, *I servizi pubblici locali*, cit., 716.

l'art. 113 era tale da non lasciare adito a dubbi, nel senso che la società per azioni non avesse bisogno per la gestione del servizio di un atto concessorio e non vi fosse l'obbligo di esperire procedure di evidenza pubblica. Il testo originario dell'art. 113 cita, infatti, tra le forme attraverso cui può essere gestito il servizio pubblico locale, anche la concessione, oltre alla società di capitale a prevalente partecipazione pubblica. Ne consegue che si tratta di forme di gestione alternative nelle quali il concessionario deve essere individuato attraverso l'evidenza pubblica mentre la società mista, una volta costituita, esercita direttamente il servizio.

In questa seconda fattispecie resta, però, da chiarire la questione relativa al socio privato. La lettera *e*) del testo originario dell'art. 113 stabilisce che dell'azionariato della società di capitali istituita per la gestione del servizio pubblico locale possano far parte anche soggetti privati. Si pone, quindi, il problema della modalità di scelta del socio. Se sia, cioè, necessaria una gara per la sua individuazione o se, invece, si debbano seguire le norme privatistiche individuando direttamente su base fiduciaria il socio privato. Questa seconda ipotesi è, naturalmente, più consona alla tesi tutta privatistica che riconosce piena autonomia alle società in questione, mentre risulta conciliabile con l'impostazione pubblicistica secondo cui queste società sarebbero, comunque, organismi di diritto pubblico posti sotto la direzione dell'ente locale di riferimento.

In proposito è sufficiente ricordare che, a partire già dalla fine degli anni novanta, la giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, si è orientata in maniera uniforme nel senso della necessità della gara per la individuazione del socio privato.

In sintesi, nell'impianto originario dell'art. 113, qualora si decida di utilizzare una società per azioni per la gestione del servizio pubblico, non è necessaria una concessione né, quindi, una gara per l'individuazione del concessionario ma è di contro necessaria la evidenza pubblica per la scelta del socio privato. Questa soluzione interpretativa lascia aperta la questione della compatibilità dell'affidamento diretto con il diritto comunitario, in particolare in assenza di limitazioni alla attività *extra moenia*.

5. Incompatibilità del modello italiano con il diritto comunitario e riforma dell'art. 113 Tuel

L'impianto originario dell'art. 113, che come ricordato risultava essere sostanzialmente analogo a quello introdotto *ex novo* nell'ordinamento giuridico italiano dalla l. n. 142/1990, ha posto dunque problemi di compati-

bilità con il diritto comunitario. In particolare la Commissione europea contestava all'Italia la disciplina dell'art. 113 nella parte in cui consentiva un affidamento diretto senza gara, perché la riteneva incompatibile con i principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione delle imprese su base nazionale. L'incompatibilità della disciplina italiana con i principi generali del libero mercato europeo era poi aggravata dalla mancata previsione esplicita della necessità della evidenza pubblica per la scelta del socio privato della società di capitali affidataria della gestione del servizio.

Ad evitare sanzioni in sede comunitaria il legislatore italiano è intervenuto dapprima con la l. n. 448/2001 e poi con il d.l. n. 269 del 2003, superando la nozione di rilevanza industriale dei servizi in favore della più generale rilevanza economica degli stessi e stabilendo, nel nuovo comma 5, che il servizio può essere gestito, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, da società di capitali individuate con procedura ad evidenza pubblica; da società a capitale misto, pubblico-privato, nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica; da società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano.

Se i primi due modelli gestionali rispondono direttamente ai rilievi mossi dalla Commissione europea, il terzo rappresenta un elemento di novità, ovvero introduce nell'ordinamento italiano quella modalità di gestione che nel diritto comunitario assume il nome di *in house providing*.

6. *L'in house providing*

Questa figura trova origine, in sede comunitaria, nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea affermava che appalti *in house* erano quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione ovvero tra una amministrazione centrale ed una locale o tra una amministrazione ed una società da essa interamente controllata. Questo principio, così inizialmente introdotto nell'ordinamento comunitario, venne ripreso e sviluppato dalla nota sentenza *Teckal* del 1999 nella quale la Corte di giustizia affermò la legittimità dell'affidamento diretto della gestione di un servizio ad un soggetto avente una personalità giuridica distinta da quella dell'ente affidante, ancorando la legittimità di questa modalità gestionale alla compresenza di due elementi: che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un con-

trollo analogo a quello che esercita sui propri servizi; che l'affidatario svolge la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano.

Si tratta, dunque, per comprendere quando è possibile affidare la gestione di un servizio pubblico senza ricorrere alla evidenza pubblica, di definire con chiarezza cosa si intenda per controllo analogo.

Il controllo analogo va inteso in termini di controllo strutturale e non di controllo sull'attività, nel senso cioè che l'ente pubblico azionista deve esercitare veri e propri poteri direttivi e non soltanto un controllo *ex post*, per quanto stringente, sulla attività. Si deve, quindi, trattare di qualcosa in più di quella influenza dominante utile a classificare un ente come organismo di diritto pubblico. Tuttavia la genericità del criterio fornito dalla Corte di giustizia non consente di definire con chiarezza cosa debba intendersi per controllo analogo, così che il concetto risulta essere elastico e di non univoca interpretazione.

La astrattezza dei criteri definitivi utilizzati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Teckal* ha reso necessario un ulteriore intervento a distanza di circa cinque anni, finalizzato a definire più chiaramente i confini dell'affidamento *in house*.

Con la sentenza *Stadt Halle* del 2005 la Corte di giustizia è ritornata su questi temi chiarendo il concetto di controllo analogo, nel senso che esso è incompatibile con la presenza di capitale privato nell'azionariato della società. La presenza dei privati rende, infatti, precario il controllo dell'Amministrazione sull'azienda affidataria del servizio, giacché inevitabilmente la presenza dei privati nella compagine sociale porta con sé una logica imprenditoriale che ha finalità del tutto diverse da quelle, squisitamente pubblicistiche, dell'azione amministrativa.

Questa decisione assume grande rilievo poiché mette un punto definitivo sull'accesso delle società cosiddette miste al meccanismo dell'*in house providing*, ovvero esclude la possibilità dell'affidamento diretto alle società con capitale misto pubblico-privato.

Ulteriore specificazione si rinviene nella sentenza *Parking Brixen* del 2005. Con questa decisione la Corte di giustizia ha chiarito che il requisito del controllo analogo è da considerare incompatibile con una vocazione commerciale della società affidataria; vocazione commerciale resa palese dall'ampliamento dell'oggetto sociale a settori diversi da quello oggetto dell'affidamento, nonché dalla previsione statutaria dell'apertura del capitale sociale a terzi e dalla previsione della possibilità dello svolgimento di attività al di fuori dell'ambito territoriale di appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero della possibilità di svolgere attività cosiddette *extra moenia*.

Questo orientamento restrittivo, inaugurato dalla Corte di giustizia con la sentenza *Parking Brixen*, è stato poi confermato e precisato dalle successive decisioni *Modling* del 2005 ed *Anav* del 2006. Si è notato⁶ che l'intervento limitativo della Corte di giustizia si collega al fenomeno dell'elusione dei principi comunitari in tema di concorrenza, attraverso l'ingresso nell'azionariato della società affidataria del servizio pubblico di soci privati, in un tempo successivo a quello dell'affidamento e senza le garanzie dell'evidenza pubblica.

Per quanto riguarda l'attività svolta dal soggetto aggiudicatario in prevalenza con l'ente o gli enti pubblici che la controllano la circostanza può ricorrere o nel caso in cui la società *in house* eroghi direttamente servizi pubblici in sostituzione dell'amministrazione affidataria, o nel caso in cui la stessa società operi come stazione appaltante in sostituzione dell'amministrazione, procurando così beni necessari all'attività istituzionale. Questo aspetto, come vedremo, ha creato significativi dubbi interpretativi, fino all'intervento del legislatore del 2006.

7. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e le conseguenti modifiche legislative

La evoluzione restrittiva della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *in house providing*, tanto in termini di necessaria partecipazione totalitaria all'azionariato della società affidataria del servizio, quanto in ordine alle attività extraterritoriali delle società *in house*, ha comportato negli anni la necessità di successivi interventi legislativi, fino alla recente approvazione dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008.

L'art. 14 d.l. n. 269/2003 ha modificato l'art. 113 nel senso di richiedere, tanto al lettera *a*) del c. 4 lett. *a*) (gestione delle reti), quanto al c. 5 (erogazione del servizio), la partecipazione totalitaria di capitale pubblico per l'affidamento diretto senza procedure ad evidenza pubblica.

Sul punto, come visto, è intervenuta anche la Corte di Giustizia, escludendo la ricorrenza del requisito del controllo analogo nel caso in cui all'azionariato partecipassero soggetti privati. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 1/2008, ha chiarito, recependo gli orienta-

⁶ G. Guzzo, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: tra ripensamenti legislativi e incertezze giurisprudenziali*, in www.lexitalia.it.

menti più recenti della giurisprudenza comunitaria, che ai fini dell'affidamento diretto della gestione del servizio pubblico non è sufficiente la partecipazione pubblica totalitaria, ma è necessario che l'ente pubblico azionista disponga di strumenti di controllo maggiori di quelli che il codice civile riconosce alla maggioranza degli azionisti. In particolare: lo statuto della società non deve consentire che quote del capitale sociale siano alienate a soggetti privati; al consiglio di amministrazione non devono essere affidati rilevanti poteri gestionali e contestualmente l'ente pubblico controllante deve essere titolare di poteri più incisivi di quelli normalmente riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza degli azionisti; l'azienda non deve avere una vocazione commerciale, ovvero non deve ampliare l'oggetto sociale, non deve aprirsi ad altri capitali, né deve espandere la propria attività dal punto di vista territoriale a tutta l'Italia e all'estero; le decisioni più importanti devono essere preventivamente vagliate dall'ente affidante.

L'adunanza plenaria n. 1/2008 costituisce, come si è notato⁷, il più importante tentativo di organica razionalizzazione della materia dell'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali, tanto da rappresentare il punto di partenza della riforma legislativa di cui all'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008. L'orientamento è stato confermato anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 439/2008.

Inoltre, con la stessa decisione, l'adunanza plenaria ha anche chiarito, richiamando il parere della II sezione del Consiglio di Stato n. 456/2007, che qualora si scelga di utilizzare la forma della società mista per la gestione del servizio pubblico locale, non è sufficiente, perché sia legittimo l'affidamento diretto, che il socio privato sia stato scelto con procedura di evidenza pubblica, essendo richiesto, nelle ipotesi in cui vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, che ricorrano due garanzie: sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio e gara per la scelta del socio tale per cui il socio si configuri come operativo ovvero concorra materialmente allo svolgimento del servizio; che sia previsto un rinnovo della procedura di selezione del socio alla scadenza di un dato periodo di tempo, per evitare che il socio divenga un socio stabile.

Va, infine, segnalato in ordine alla questione del controllo analogo che la Corte di giustizia, con una sentenza del 17 luglio 2008 (C-371/05), ha ritenuto che ricorresse una ipotesi di controllo analogo, nonostante lo statuto dell'affidataria prevedesse la possibilità dell'ingresso di soci privati, poiché nella fattispecie quell'ingresso non era avvenuto. In proposito si è par-

⁷ G. Guzzo, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

lato⁸ di *revirement* della Corte di Lussemburgo rispetto alla sentenza *Anav* del 2006, nella quale si era affermato che anche la astratta previsione statutaria della apertura dell'azionariato ai privati, confermando una vocazione commerciale della società affidataria, escludeva il ricorrere del controllo analogo.

8. Gli interventi legislativi recenti: il d.l. n. 223/2006

L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing* e tutela della concorrenza ha contribuito, come già accennato, a rendere necessari interventi legislativi di modifica della disciplina interna della materia.

Per quanto riguarda in particolare la questione della extraterritorialità, ovvero della legittimità di attività imprenditoriale svolta dalle società di enti locali, affidatarie dirette di servizi pubblici, al di fuori del territorio degli enti di appartenenza la giurisprudenza interna, seppur con diverse oscillazioni si era orientata nel senso che «le società miste comunali sono, in via di principio, legittimate a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale, ma sono pur sempre tenute, per il vincolo genetico-funzionale che la lega all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione» (Cons. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756).

Il problema è stato affrontato in sede legislativa dapprima con l'art. 35, l. n. 448/2000, riprodotto poi dall'art. 14, l. 326/2003, prevedendo, nel regolare il regime transitorio, che al termine di questo le società affidatarie dei servizi pubblici non potessero più svolgere attività al di fuori del proprio territorio. Successivamente, la questione è stata affrontata in via definitiva con l'art. 13, d.l. n. 223/2006. Questa disposizione stabilisce, al fine di evitare alterazioni della concorrenza e del mercato, che le società a capitale interamente pubblico o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali, «devono operare 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 aventi sede nel territorio nazionale».

La disposizione in oggetto indica, dunque, una soluzione definitiva al problema dell'attività *extra moenia*, vietandola in termini assoluti per tutte le

⁸ G. Guzzo, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

società partecipate dagli enti regionali e locali. Tuttavia lo stesso art. 13, c. 3, prevede un termine (più volte prorogato negli anni successivi) entro il quale le società in parola debbano cessare le attività non consentite, così da non produrre eccessivi traumi nei mercati di riferimento di quelle stesse società. Inoltre, pare utile segnalare che l'art. 13 esclude espressamente dal suo campo di applicazione i servizi pubblici locali, per i quali non opererebbe, quindi, il divieto di extraterritorialità. È evidente che in questo quadro la definizione di che cosa debba intendersi per servizio pubblico locale assume notevole rilievo.

9. Segue: il d.l. n. 112/2008 e il suo regolamento di attuazione

La materia è stata oggetto di un ulteriore intervento del legislatore nel 2008, che ha introdotto una nuova disciplina organica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 ha disposto che le modalità di gestione dei servizi in oggetto siano due, e precisamente l'affidamento ad imprenditori privati, mediante procedura ad evidenza pubblica, o l'affidamento a società mista, il cui socio privato venga scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano ad oggetto tanto la qualifica di socio, quanto l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. La possibilità di ricorrere a società a capitale interamente pubblico rimane un'ipotesi derogatoria, ammessa solo in circostanze particolari, e specificamente «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

Viene, in sintesi, operata una scelta netta a favore del ricorso al mercato privato, lasciando alla gestione *in house* soltanto i servizi che, per ragioni contingenti, non possono essere gestiti secondo le regole del libero mercato. Inoltre, il c. 8 regola il regime transitorio degli affidamenti non conformi alle regole appena descritte, individuando termini di cessazione degli affidamenti *in house* diversificati a seconda della natura dell'affidatario.

Il successivo c. 9 – in qualche modo completando il disposto del c.d. decreto Bersani, che, come detto, non è applicabile ai servizi pubblici locali – dispone che le società affidatarie dirette di pubblici servizi locali in virtù di tale affidamento non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori, né direttamente né all'esito di gara pubblica. Da questo divieto sono escluse le società quotate in mercati regolamentati. Si tratta di una scelta molto chiara,

che in qualche modo chiude la stagione dei servizi *in house*, scegliendo in modo netto il ricorso al mercato per la gestione dei servizi pubblici locali.

L'ultima modifica legislativa di rilievo risale al 2009, quando, con l'art. 15, d.l. n. 135/2009, si è provveduto a modificare l'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, recependo le indicazioni provenienti dal diritto comunitario prima e dal Consiglio di Stato poi.

Infine è stato emanato, con il d.P.R. n. 168/2010, il regolamento di delegificazione in materia di servizi pubblici locali, previsto dal c. 10 dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112 del 2008, che ha disposto, per quanto più strettamente ci interessa ai fini delle presenti note, che (art. 3, c. 2) «le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23-*bis*, c. 2, lett. a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge».

In conclusione la disciplina vigente in materia di gestione dei servizi pubblici locali può essere così sintetizzata.

La gestione può essere conferita ad imprenditori o società terze mediante procedura ad evidenza pubblica, oppure a società miste nelle quali il privato abbia una quota non inferiore al 40% e sia scelto mediante gara che abbia ad oggetto anche i compiti operativi attribuiti al socio.

La possibilità della gestione *in house* rimane una ipotesi derogatoria, giustificata da situazioni eccezionali dovute a «caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (art. 23-*bis*, c. 2). Le società affidatarie dirette di contratti di gestione di servizi pubblici locali non possono concorrere all'aggiudicazione di altri contratti a meno che non siano quotate in mercati regolamentati.

Infine, il regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis* ha, come detto, completato il quadro normativo in argomento. L'art. 2 disciplina il procedimento di adozione della delibera con cui si decide di non liberalizzare un servizio pubblico locale. L'art. 3 detta norme generali in tema di affidamento, disponendo che le società pubbliche possono partecipare alle gare bandite per l'affidamento del servizio.

Emerge, in sintesi, un disegno normativo che sembra peccare di organicità, essendo facilmente visibile la stratificazione delle discipline, dettate più dall'esigenza di correggere errori che non da un disegno di regolamentazione del settore chiaro ed univoco. Da ciò si ricava la sensazione, per certi versi paradossale, che una disciplina normativa elaborata per aprire un mercato alla libera concorrenza si sia trasformata in un elemento di turbativa della concorrenza all'interno di quello stesso mercato, laddove ha favorito lo sviluppo di società pubbliche che, forti di importanti contratti affidati direttamente, si sono affacciate sul mercato in concorrenza con le

altre. Questa osservazione suggerisce qualche considerazione sullo stato attuale delle società degli enti locali e sulle prospettive del loro sviluppo futuro.

10. Considerazioni conclusive: il comune è un imprenditore?

La figura della società mista, nelle diverse forme che ha assunto nel tempo, ha avuto un rilievo notevole negli ultimi dieci – quindici anni, al punto che dall'evoluzione di questa modalità di gestione dei servizi pubblici locali, ed in particolare dall'intreccio tra *in house providing* e presenza sul mercato, si sono sviluppate realtà industriali di primo piano. E questa è probabilmente la ragione per la quale il legislatore ha ritenuto di escludere dal divieto di cui al comma 9 dell'art. 23-bis le società quotate.

Se, infatti, il fenomeno è andato probabilmente oltre le intenzioni stesse del legislatore che aveva originariamente pensato quel modello e, comunque, ha raggiunto dimensioni, quantitative e qualitative, tali da divenire incompatibile con i principi comunitari, le conseguenze non possono ricadere sui risparmiatori che in quelle imprese hanno creduto ed investito. Fatta salva, però, la tutela del risparmio e probabilmente anche dei livelli occupazionali nei territori di riferimento delle aziende pubbliche di maggior importanza, il modello è stato sostanzialmente abbandonato dall'ordinamento, tant'è che l'art. 23-bis prevede che, seppur in tempi diversi, tutti gli affidamenti diretti cessino di avere efficacia e che i relativi servizi vadano a gara.

Se, dunque, seppur in modo graduale in ragione delle norme transitorie dettate dall'art. 23-bis, gli affidamenti *in house* sono destinati a finire, si tratta di comprendere cosa debba esserne delle società costituite dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali. Se gli affidamenti diretti sono destinati a cessare *ex lege* e non possono essere rinnovati, molte società rischiano di dover essere liquidate, con evidenti problemi in termini occupazionali. In alternativa, ma la soluzione è probabilmente incompatibile con il quadro normativo, si dovrebbe immaginare che queste società rimangano sul mercato, ma risulta difficile comprendere quale possa essere il senso di riconoscere agli enti locali la qualifica di imprenditore e se questa sia compatibile con le finalità istituzionali degli enti territoriali⁹.

⁹ In proposito sembra utile segnalare che la Corte costituzionale, in un passaggio motivazionale della sentenza n. 326/2008, sembra dare per scontato che l'attività economica degli enti territoriali sia ammissibile (punto 8.3. del considerato in diritto).

Peraltro, nel mentre il d.P.R. n. 168 2010 dispone che le società pubbliche possano partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali, la legge finanziaria 2008 (art. 3, c. 27, l. n. 24/2007, n. 244) stabilisce, in termini più ampi, che gli enti pubblici non possono costituire «società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali». Si registra, quindi, anche una incongruenza all'interno dell'ordinamento tra una norma generale che vieta, tra gli altri agli enti locali, la costituzione di società commerciali ed una disciplina specifica dei servizi pubblici locali che, probabilmente per ragioni extragiuridiche, non scioglie tutti i dubbi sulla possibilità che invece società pubbliche siano presenti sul mercato in concorrenza con tutte le altre. Questa seconda opzione non sembra compatibile con l'art. 41 Cost., poiché quella disposizione, nel quadro complessivo del disegno costituzionale, costruisce un sistema economico misto nel quale convivono la libertà di iniziativa economica privata e quella pubblica. Vi è la scelta per l'affievolimento della libertà di iniziativa economica privata in favore di un governo politico dello sviluppo economico, fondato sulla equiparazione della economia privata e di quella pubblica ed il limite al governo politico dell'economia è rappresentato dall'affermazione dell'economia di mercato e, dunque, della libera concorrenza alle cui regole è sottoposta anche l'attività economica pubblica¹⁰.

L'intervento pubblico nell'economia risulta, quindi, giustificato dalla volontà del Costituente di non lasciare il mercato del tutto libero di individuare i propri equilibri, ma di guidarne lo sviluppo attraverso un sistema economico misto. Ciò spiega la proprietà pubblica, che peraltro si va tendenzialmente riducendo, di aziende strategiche per il sistema economico

¹⁰ F. Galgano, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982. Oggi, peraltro, le affermazioni sul'affievolimento della libertà di iniziativa economica privata sono da rapportare al rafforzamento dell'ordinamento comunitario, prevalente come è noto, anche sulle disposizioni costituzionali. Si è parlato in proposito di emancipazione dallo schema dirigistico definito in Costituzione, R. Nania, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2001, 78. Oggi, a seguito della modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione, tali affermazioni appaiono ancor più vere. Si è notato, infatti, che «*si sono fortemente ridimensionate quelle indicazioni di cui al 2° e 3° comma (fino al punto di indurre a ritenere le medesime previsioni quiescenti al pari di quelle di cui all'art. 43) volte a legittimare gli interventi pubblici nell'economia*». Cfr. R. Niro, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Cellotto e M. Olivetti, Torino, Utet, 2006.

nazionale. Ma le stesse considerazioni non possono valere per le società degli enti locali, che non hanno tra le proprie finalità istituzionali quella di guidare lo sviluppo economico, ovvero hanno un ruolo nel sistema che non ci pare ne possa giustificare l'intervento diretto nell'economia.

11. *Segue*: le conseguenze degli interventi normativi in tema di servizi pubblici locali sul regime generale delle società pubbliche

Infine, il rapporto tra l'art. 41 Cost. e la tendenza evolutiva della normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali suggerisce un'ultima considerazione.

Le disposizioni recenti in tema di società pubbliche denotano il disfavore nei confronti di queste da parte del legislatore. Si tratta di un atteggiamento che va oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, per il quale è indifferente che la proprietà sia pubblica o privata, purché l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati, tali da distorcere la concorrenza. Ma la tendenza legislativa restrittiva nei confronti dell'intervento pubblico dell'economia, al di là delle considerazioni svolte in precedenza sulle società partecipate dagli enti locali, è compatibile con l'art. 41 Cost.?

Nei suoi contenuti programmatici quella disposizione costituzionale delinea, come detto, un sistema di economia mista, nel quale l'intervento pubblico non soltanto è ammesso, ma è richiesto al fine di indirizzare l'iniziativa economica all'utilità generale. Il processo di integrazione europea, che ha introdotto nell'ordinamento principi di concorrenza e libero mercato più ampi e rigidi di quelli conosciuti dal nostro diritto interno, nel dispiegare i suoi effetti sulla disciplina dei servizi pubblici locali sembra aver prodotto un effetto paradossale. L'apertura del mercato dei servizi pubblici locali ha inaugurato una stagione di proliferazione incontrollata di società pubbliche o semi-pubbliche finalizzate alla gestione. Ma proprio la crescita rapida e molto vasta del fenomeno ha comportato incongruenze con il diritto comunitario tali da innescare una tendenza legislativa di riduzione dell'ambito di operatività di quelle società, al fine di garantire l'equilibrio del mercato. E il legislatore, in una sorta di "eccesso di legittima difesa", ha probabilmente inciso anche sul regime generale delle società pubbliche, costituzionalmente e comunitariamente ammissibili e necessarie¹¹.

¹¹ In questo senso M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, cit.

Abstract

The article focuses on the evolution of PPP companies in the Italian regulatory framework. In detail, following the comparison of developments in both PPP and Public companies legislation, the article outlines how the present framework, strongly influenced by Italian and European court decisions, affects the management model of the local public utilities. The analyses generated a number of relevant issues in terms of legislation matching and reconstruction of the legal model. While it is widely assumed that the “in-house providing” model is an exception, allowed under strict requirements, the current legal framework does not prevent public companies from participating in public service procurement. It is not clear if the ratio legis for this set of rules is to incentivize investments by local authorities or, more likely, if there is a lack of harmonization in current legislation.

SERGIO MAROTTA

LA DEPUBBLICIZZAZIONE DEI SERVIZI IDRICI
DALLA MUNICIPALIZZAZIONE
ALL'OBBLIGO DI ESTERNALIZZAZIONE

Benché l'acqua che scorre alla fontana sia di tutti,
chi può dubitare che l'acqua del secchio sia di chi l'ha attinta?

J. LOCKE, *Secondo Trattato sul Governo*, V, 29

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “depubblicizzazione” del servizio idrico integrato dall’art. 35 della finanziaria per il 2002 al Codice dell’ambiente. – 3. La disciplina introdotta dall’art. 23-bis, d.l. 112/2008 modificato dal c.d. decreto Ronchi. – 4. Il parere obbligatorio dell’*Antitrust* e i principi del diritto comunitario. – 5. Il “presunto” divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nella sentenza della Corte cost. n. 325/2010. – 6. Incostituzionalità e contrarietà all’ordinamento comunitario dell’obbligo di esternalizzazione del servizio idrico integrato. – 7. La questione della rilevanza economica. – 8. Conclusioni.

1. Premessa

A partire dalla riforma delle autonomie locali del 1990, si è assistito in Italia a un processo di depubblicizzazione¹ che ha interessato l’intero settore dei servizi pubblici locali compreso quello dei servizi idrici.

Per depubblicizzazione deve intendersi una complessa dinamica politica, giuridica e sociale esattamente uguale e contraria a quella che si sviluppò nella seconda metà dell’Ottocento quando la progressiva estensione

¹ «(...) il modello prevalente della gestione dei servizi pubblici locali in Italia è quello che chiamiamo della depubblicizzazione, un esito di fatto più che un modello in sé, che ricalca solo in parte il modello ideale (...) della privatizzazione» (G. Citroni, N. Giannelli e A. Lippi, *Chi governa l'acqua? Studio sulla governance locale*, pref. di R. Bin, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, 63).

dei compiti e delle funzioni dello stato e degli enti pubblici locali indotta dalla necessità di integrare – e spesso di sostituire – un’insufficiente iniziativa economica privata, produsse la possibilità di municipalizzazione dei servizi a livello locale. Ciò avvenne con la legge Giolitti del 1903 che chiuse il periodo che si potrebbe definire di pubblicizzazione consentendo l’uso di aziende pubbliche per la gestione dei servizi locali, esattamente come oggi l’art. 15 del cd. decreto Ronchi (d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni in l. 20 novembre 2009, n. 166), dovrebbe chiudere, almeno nelle intenzioni del governo e di larga parte dell’opposizione, il processo di depubblicizzazione con una precisa scelta politica a favore dell’applicazione del principio di concorrenza nella gestione dei servizi pubblici locali e con la fine delle vecchie gestioni pubbliche ancora in essere.

Si tratta, in sintesi, del definitivo superamento del sistema di de-economizzazione dei beni e dei servizi pubblici essenziali tipico dello stato sociale e del ritorno alla economizzazione di questi beni e servizi che è caratteristica dei sistemi di libero mercato.

2. La «depubblicizzazione» del servizio idrico integrato dall’art. 35 della finanziaria per il 2002 al Codice dell’ambiente

Il passaggio fondamentale nella depubblicizzazione del servizio idrico integrato – come degli altri servizi pubblici locali non espressamente esclusi dall’applicazione della norma – è stato quello determinato dall’art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002). Esso, infatti, snaturando il classico impianto della legislazione sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, cancella dall’art. 113 Tuel – per i soli servizi a rilevanza industriale successivamente definiti a rilevanza economica –, sia la gestione diretta in economia, sia la gestione attraverso aziende speciali costringendo gli enti locali all’esternalizzazione obbligatoria dei servizi pubblici locali e imponendo la gara pubblica come unica modalità di affidamento. L’art. 35, c. 8, prevede, inoltre, l’obbligo di trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi tra enti locali in società per azioni con l’evidente intento di eliminare i residui della gestione municipalizzata ancora esistenti.

Imponendo agli enti locali l’obbligo di esternalizzare anche i servizi essenziali, senza alcun riferimento alle diverse situazioni locali, il legislatore del 2002 privava sicuramente gli enti locali di parte dell’autonomia loro garantita dall’art. 5 Cost. in quanto escludeva in modo perentorio la libertà di scelta dell’ente locale sul modo più efficiente per gestire i propri servizi assicurata sin dalla legge Giolitti del 1903.

la depubblicizzazione dei servizi idrici

L'art. 35 della finanziaria per il 2002 prevedeva, al c. 5, anche una disciplina specifica per il settore dei servizi idrici: «in alternativa» al regime della gara, nel termine fissato dalla legge di diciotto mesi, le Autorità d'ambito territoriale ottimale (Aato) avrebbero potuto affidare il servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali facenti parte dello stesso ambito territoriale ottimale a condizione che entro due anni dall'affidamento diretto avessero ceduto il 40 per cento delle quote ai privati.

Per il servizio idrico integrato, dunque, l'art. 35 della finanziaria per il 2002 prevedeva espressamente l'affidamento senza gara a società a capitale interamente pubblico. Ciò serviva, in primo luogo, a superare le difficoltà tecnico-giuridiche incontrate dagli Ato, cioè da enti costituiti da diversi comuni e province organizzati tra loro in forma di consorzio o convenzione, nell'affidare il servizio idrico integrato ad un unico gestore pubblico evitando l'espletamento di procedure di gara. L'art. 35 della finanziaria per il 2002, nel contempo, anticipava, per il solo settore dei servizi idrici, i contenuti della disciplina introdotta successivamente con l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 del decreto Ronchi, imponendo la cessione delle quote delle società pubbliche di gestione ai privati pena la cessazione delle concessioni.

Nel 2002, però, la disciplina complessiva contenuta nell'art. 35 della finanziaria dovette apparire, a maggior ragione per il settore idrico, come una fuga in avanti soprattutto perché, di fatto, finiva per privare le grandi *multiutilities* del Nord e del Centro delle vecchie concessioni nel momento in cui erano ancora impegnate nel processo di riorganizzazione delle loro attività che si era realizzato, fino ad allora, attraverso la progressiva concentrazione – generalmente mediante fusione – delle società per azioni nate dalla trasformazione delle vecchie aziende speciali. Queste società, inizialmente a capitale totalmente pubblico, avevano fatto il loro ingresso nei mercati finanziari quotando in borsa le proprie azioni, mentre rimanevano ancora titolari delle vecchie gestioni «privilegiate», in quanto monopolistiche, affidate loro dai singoli comuni proprietari quando ancora rivestivano la forma giuridica di aziende pubbliche.

Così il legislatore si vide costretto dopo pochi mesi ad una repentina inversione di marcia reintroducendo nel comma 5 dell'art. 113 Tuel – con il d.l. n. 269/03 (conv. nella l. n. 326/03) noto come lodo Buttiglione – altre due modalità di affidamento oltre alla gara e cioè l'affidamento a società mista con il socio privato selezionato con procedura di evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società a totale capitale pubblico che svolgessero la parte più importante della loro attività a favore degli enti pubblici proprie-

tari e sulle quali questi ultimi esercitassero un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (c.d. “*in house providing*”).

Il lodo Buttiglione tuttavia non prevedeva alcun condizionamento della scelta per l'affidamento diretto senza gara a società a capitale interamente pubblico. Esso si limitava, infatti, ad inserire nell'art. 113 Tuel il testo del punto 50 della nota sentenza *Teckal* (18 novembre 1999 nella causa C-107/98) con la quale la Corte di Giustizia Ue aveva individuato le condizioni perché gli affidamenti senza gara fossero considerati legittimi alla luce del diritto comunitario.

I due interventi del legislatore quello della finanziaria per il 2002 e quello del lodo Buttiglione creavano, così, un obbligo di esternalizzazione forzata anche del servizio idrico integrato con l'unica possibilità di mantenere la gestione interamente pubblica affidata all'*in house providing*, realizzabile a discrezione dell'ente locale in quanto considerato dalla giurisprudenza comunitaria una forma di autoproduzione consentita dal diritto comunitario.

Nel 2006, l'art. 150 del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) introdusse una nuova disciplina specifica delle modalità di gestione riferita al servizio idrico integrato. L'art. 150, infatti, nel richiamare i modelli di gestione dell'art. 113, c. 5, Tuel, prevede espressamente che l'affidamento a società interamente pubblica dovesse essere giustificato da «obiettive ragioni tecniche od economiche».

L'appesantimento del ricorso all'*in house providing* per il settore idrico – che è impossibile escludere dal novero dei servizi essenziali – appare ancor più incomprensibile se solo si pensi che il testo dell'art. 113, lett. b), Tuel nella sua originaria formulazione dell'agosto 2000 richiedeva adeguate «ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale», ma al fine di giustificare la decisione di affidare i servizi in concessione a terzi.

L'art. 150 del Codice dell'ambiente ribalta, per il servizio idrico, l'impostazione originaria del Tuel risalente alla riforma del 1990: è l'ente locale che intende mantenere il servizio all'interno della gestione pubblica che deve fornire un'adeguata motivazione per giustificare la propria scelta, mentre quello che intende privatizzare il servizio può farlo a sua discrezione attraverso una semplice decisione politico-amministrativa.

3. La disciplina introdotta dall'art. 23-bis, d.l. 112/2008 modificato dal cd. decreto Ronchi

L'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, nel testo modificato dall'art. 15, d.l. 25 set-

la depubblicizzazione dei servizi idrici

tembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, con l'intento dichiarato «di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale» introduce – anche per il servizio idrico integrato – un sistema di affidamento dei servizi pubblici locali basato su due modi ordinari di affidamento con un'unica possibilità di deroga prevista dal c. 3.

I modi ordinari sono quello dell'affidamento mediante gara a imprenditori o società e quello dell'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto «la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» (c. 2).

La tormentata vicenda della riforma dei servizi pubblici locali vede, dunque, la reintroduzione delle società miste che sembravano definitivamente accantonate dal momento che l'art. 23-*bis*, nella versione del 2008, non prevedeva espressamente affidamenti a tale tipo di società che venivano così implicitamente limitati ai soli casi di partenariato pubblico-privato consentiti dal diritto comunitario².

² «Le amministrazioni aggiudicatrici dispongono di beni, servizi e lavori per contratto o creando nuovi soggetti giuridici, o anche solo partecipando ad essi. Tali opzioni richiedono l'osservanza delle norme europee poste a tutela della concorrenza con la differenza che gli appalti sono disciplinati dalle direttive Ce (...), mentre per l'istituzione di enti strumentali e le forme di partenariato pubblico-privato si è ricordato – in comunicazioni interpretative o Libri verdi – che valgono le norme del Trattato sulla concorrenza e le interpretazioni sui principi che di esse ha dato la giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee» (R. Cavallo Perin e D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51).

Nel 2008 la Commissione europea aveva rilanciato il partenariato con la Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (Pppi) chiarendo le procedure da seguire per l'affidamento di un appalto o di una concessione ad una società pubblico-privata: «Per costituire un Pppi in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del Pppi e dall'aggiudicazione

Nelle intenzioni del legislatore si torna, dunque, a proporre il modello europeo del partenariato pubblico privato (Ppp) che in Italia non ha mai dato buona prova di sé. Le società miste, infatti, piuttosto che ispirarsi al modello europeo di PPP si sono rivelate lo strumento attraverso il quale imprenditori privati si sono ritrovati a divenire azionisti di società che si avvantaggiano dei privilegi dell'azionista pubblico per gestire posizioni di rendita monopolistica piuttosto che dare un contributo ad una gestione più efficiente del servizio.

D'altra parte nel settore dei servizi pubblici locali i cento anni di municipalizzazione³ avevano determinato la concentrazione delle capacità tecniche di gestione in seno alle aziende municipalizzate mentre le aziende private erano praticamente assenti dal settore se è vero che ancora nel 2005 rimaneva «da verificare se e in quali limiti i privati possano costruire un mercato dei servizi locali alternativo a quello programmato e spesso anche gestito dall'amministrazione»⁴.

In deroga ai modi ordinari di affidamento, l'art. 23-bis, c. 3, prevede l'affidamento diretto senza gara a società a capitale interamente pubblico dotata dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

Proseguendo sulla strada intrapresa dal Codice dell'ambiente, il cd. decreto Ronchi pone ulteriori limiti e condizionamenti alla gestione pubblica permessa ora soltanto come «deroga» al regime ordinario della gara. All'ente locale che volesse mantenere la gestione pubblica, infatti, l'art. 23-bis, c. 4, impone gli ulteriori obblighi di dare adeguata pubblicità alla scelta e di motivare la rinuncia alla gara «in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato» per l'espressione di un parere obbligatorio, ma non vincolante.

dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto» (COM [2008] 91/02 del 12 aprile 2008).

³ Si veda F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37-57.

⁴ G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2005, 93.

4. Il parere obbligatorio dell'*Antitrust* e i principi del diritto comunitario

La novità dell'obbligo di richiesta del parere all'*Antitrust* nel caso in cui un ente locale intenda ricorrere all'*in house providing*, costringe l'ente locale che voglia ricorrere alla gestione pubblica del servizio idrico integrato a realizzare un'analisi di mercato i cui risultati devono essere trasmessi all'*Antitrust* «per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione» (art. 23-*bis*, c. 4).

L'art. 4, d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, contenente il regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*, prevede una specifica disciplina per i servizi relativi al settore idrico: l'ente affidante può rappresentare «specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione *in house* non distorsiva della concorrenza» facendo riferimento «a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico; b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento; c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore».

Nonostante la specifica disciplina di favore che il legislatore ha voluto riservare ai servizi idrici⁵, l'art. 23-*bis* assegna all'ente locale un compito – quello di realizzare una specifica analisi di mercato – per il quale non esistono competenze interne alla pubblica amministrazione e che finisce, altresì, per snaturare le funzioni assegnate alle amministrazioni locali che avrebbero semmai maggiori attitudini e capacità di individuare le caratteristiche socio-ambientali che consiglierebbero la gestione pubblica del servizio idrico.

I pareri resi al 31 dicembre 2010 dall'Agcm – sebbene siano tutti ancora riferiti al periodo precedente alla promulgazione del regolamento attuativo dell'art. 23 *bis* – dimostrano che, nella maggior parte dei casi, le amministrazioni locali non sono in grado di produrre una corretta indagine di mercato che giustifichi il ricorso all'*in house providing*. Alcuni amministratori pubblici, inoltre, si rivolgono all'*Antitrust* per pareri preventivi su affidamenti di servizi privi di rilevanza economica per i quali l'Autorità stessa si dichiara incompetente. E ciò evidentemente al solo scopo di evitare di incorrere in eventuali responsabilità contabili e/o amministrative⁶.

⁵ Qualche commentatore ha visto nelle disposizioni del regolamento attuativo un eccessivo favore per le gestioni pubbliche nel settore idrico tale da determinare un vero e proprio ritorno al passato. Si veda A. Massarutto, *Se finisce tutto a tarallucci e acqua*, 23 novembre 2010, in www.lavoce.info.

⁶ I pareri resi dall'*Antitrust* in base all'art. 23-*bis* sono consultabili all'indirizzo www.

Altro elemento di criticità che si rileva dalla lettura dei – pochi – pareri resi dall'Agcm in materia di servizi idrici è quello delle modalità attraverso le quali la scelta di ricorrere all'*in house* deve essere resa pubblica. L'Agcm ha, infatti, ritenuto che le forme di pubblicità classiche delle decisioni amministrative – quali ad es. l'affissione all'albo pretorio – non risultano sufficienti «a produrre l'effetto di rappresentare un invito al mercato al fine di individuare operatori interessati a prestare il servizio alle condizioni programmate dall'Aato, in un mercato – quale quello della gestione del Sii – sul quale risultano attivi diversi operatori sia nazionali che internazionali»⁷.

È stato sostenuto che «la funzione del parere, più che quella di procedere a complesse analisi giuridico-economiche, consiste per lo più nell'arginare il ripetersi degli affidamenti *in house*»⁸. Le amministrazioni locali, infatti, hanno utilizzato tale modalità di affidamento molto al di là di quanto richiedesse l'effettiva tutela dell'interesse pubblico⁹.

D'altronde il Parlamento europeo nella sua Risoluzione sul Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale (2006/2101 (INI)) pur ribadendo che «l'aspetto decisivo non è chi sia il soggetto che fornisce Sig (servizi di interesse generale), bensì il fatto che siano rispettati i parametri di qualità e l'equilibrio sociale e che la sicurezza dell'approvvi-

agcm.it. Ad una prima sommaria lettura dei pareri finora resi dall'Antitrust in materia di servizi idrici risulta evidente la difficoltà per gli enti pubblici locali di svolgere ricerche di mercato in questo settore nonostante la predisposizione da parte dell'Agcm di un'apposita Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 23-bis e di un apposito formulario entrambi da aggiornare alla luce del regolamento attuativo di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

⁷ Agcm AS 543 – Provincia di Imperia – Gestione del servizio idrico integrato dell'8 maggio 2009.

⁸ C. Franchini, *Mercato unico concorrenziale e pubbliche amministrazioni (il caso degli organismi di diritto pubblico e delle società in house)*, in *20 Anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P. Barucci e C. Rabitti Bedogni, vol. II, Torino, Giappichelli, 855.

⁹ Che una limitazione dell'*in house* fosse necessaria è stato evidenziato da Giacinto della Cananea: «Anziché intendere l'affidamento *in house* come uno strumento eccezionale, esso è stato considerato una sorta di strumento *bon a tout faire*. Così lo hanno inteso non soltanto la politica, i politici, ma anche buona parte dei giuristi italiani. I giuristi, non soltanto quelli impegnati nella consulenza per i governi locali, hanno ritenuto di poter interpretare in senso decisamente ampio le deroghe previste dalla giurisprudenza comunitaria. I politici hanno intravisto in questo strumento l'*escamotage* per evitare il ricorso alle gare pubbliche» (G. della Cananea, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di C. Franchini, vol. I, Torino, Utet, 412).

la depubblicizzazione dei servizi idrici

gionamento e la continuità siano criteri per l'assegnazione del servizio» (punto 1), sottolinea come «rientra nella discrezionalità dell'autorità competente decidere se gestire direttamente un SIG attraverso una sua unità o se affidarlo a fornitori esterni, con o senza scopo di lucro e che «dovrebbe essere rispettato il principio di autonomia locale e regionale, che conferisce alle autorità competenti il diritto di scegliere le migliori modalità per la prestazione di ciascun servizio, tenendo conto dell'interesse pubblico» (punto 24)¹⁰.

Insomma tutto ciò che attiene agli aspetti sociali e di interesse pubblico locale – a maggior ragione in un settore socialmente sensibile quale quello dei servizi idrici – non può essere ridotto dal legislatore nazionale alla redazione di un'analisi di mercato quale condizione del ricorso all'*in house providing* senza snaturare la matrice chiaramente giuspubblicistica¹¹ del servizio idrico integrato e senza compromettere la realizzazione degli obiettivi di coesione sociale, economica e territoriale funzionali a uno sviluppo sostenibile da sempre garantiti dal diritto dell'Unione europea e dalla Costituzione italiana.

5. Il “presunto” divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nella sentenza della Corte cost. n. 325/2010

La Corte costituzionale nella recente sentenza n. 325/2010 (del 17 novembre 2010), nel respingere i ricorsi presentati da ben sette regioni che lamentavano l'illegittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* nel testo base e in quello modificato dal decreto Ronchi, sostiene che nell'ordinamento italiano esista un «divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali».

Secondo la Corte, tuttavia, tale divieto non sarebbe stato posto dall'art. 23-*bis* – che ne costituirebbe invece solo «uno sviluppo» – ma sarebbe stato

¹⁰ Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale 27/9/2006 n. 2006/2101(INI).

¹¹ La stessa Corte di Giustizia Ue (sentenza C-206/08, *WAZV Gotha contro Eurawasser* del 10 settembre 2009) nell'individuare le caratteristiche specifiche delle concessioni relative ai servizi idrici ha rilevato il carattere prevalentemente giuspubblicistico dell'organizzazione di tali servizi: «È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono» (punto 72).

introdotto dall'«art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326». La Corte precisa che tale divieto sarebbe costituzionalmente legittimo in quanto «lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei servizi pubblici locali ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto» (punto 6.1).

Ma la Corte subito dopo aver identificato questo presunto divieto di gestione diretta torna sui suoi passi precisando che in realtà non si tratta di un divieto assoluto, quanto piuttosto di un «divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia».

La Corte costituzionale considera, infatti, l'*in house providing* come una forma di gestione diretta effettuata attraverso un soggetto che è persona giuridica distinta dall'amministrazione aggiudicatrice individuata senza procedura di evidenza pubblica. L'affidamento diretto è ammesso dal diritto dell'Unione europea e dalla giurisprudenza CGUE soltanto in via d'eccezione come deroga al principio generale dell'individuazione del soggetto fornitore di un servizio o di un appalto o del concessionario di un pubblico servizio mediante gara. Non a caso la Corte di Giustizia per considerare legittimo il mancato ricorso alla gara pubblica ricorre alla *fiction juris* secondo cui l'*in house contract* non sarebbe in realtà un vero e proprio contratto a titolo oneroso stipulato da un'amministrazione aggiudicatrice «con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale» (sentenza *Teckal*, punto 51).

Secondo la Corte costituzionale, dunque, l'*in house providing* non sarebbe altro che una forma di gestione diretta. Si tratta, tuttavia, di una gestione comunque esternalizzata perché realizzata attraverso un soggetto formalmente distinto ma, in sostanza, pienamente controllato dall'ente locale affidante.

Perché un affidamento diretto ad un soggetto formalmente esterno alla p.a. sia legittimo è necessario che il soggetto affidatario non rappresenti un'entità autonoma rispetto all'ente aggiudicante tanto che anche la Corte costituzionale, sulla scorta della giurisprudenza Corte di giustizia Ue, «esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo» (punto 6.1, della sentenza n. 325/2010).

Quindi non sembra esserci alcun dubbio sul fatto che l'*in house provi-*

la depubblicizzazione dei servizi idrici

ding sia una modalità di gestione diretta sebbene formalmente esternalizzata dal momento che la forma di società di capitali conferisce una personalità giuridica autonoma alla società *in house* distinguendola automaticamente e disarticolandola dall'interno della pubblica amministrazione senza necessità di un'apposita previsione di legge che conferisca ad essa personalità giuridica e autonomia imprenditoriale come era stato indispensabile fare per le aziende speciali con la legge di riforma del 1990 (l. n. 142/1990).

Nell'ordinamento italiano, in ogni caso, non potrebbe sussistere alcun divieto di gestione diretta perché tale divieto sarebbe contrario al diritto comunitario e alla Costituzione italiana come la Corte avrebbe dovuto riconoscere se non fosse ricorso a quello che appare come un espediente procedurale per non affrontare il problema e cioè l'affermazione che tale divieto non sarebbe stato posto *ex novo* ma solo sviluppato dall'art. 23-*bis*.

In ogni caso il divieto di gestione diretta di cui parla la Corte non potrebbe derivare dall'art. 14, d.l. n. 269 del 2003, dal momento che tale norma reintroduce nell'ordinamento italiano proprio la gestione diretta mediante affidamento senza gara a società a capitale interamente pubblico con le caratteristiche dell'*in house providing*¹².

È semmai il solo art. 35 della finanziaria per il 2002 che cancella – per la prima volta dopo la legge Giolitti che le aveva introdotte – l'azienda speciale e la gestione in economia dalle modalità di gestione diretta dei servizi pubblici locali previsti dall'art. 113 Tuel. Tale norma, infatti, se interpretata alla luce del principio di tipicità delle modalità di gestione¹³, pone effettivamente – anche se solo indirettamente – un divieto di gestione diretta limitato alla impossibilità di utilizzo delle aziende speciali. Divieto peraltro rafforzato, come rileva correttamente la Corte, dall'obbligo di trasformazione delle aziende speciali ancora esistenti in società per azioni previsto dall'art. 35, c. 8, della finanziaria per il 2002¹⁴.

È dunque evidente che la Corte cade in una doppia contraddizione: in primo luogo perché considera anche l'art. 14, d.l. n. 269/2003 come norma integrante il divieto di gestione diretta, mentre in realtà introduce l'*in house*

¹² Non a caso c'è chi ha parlato a proposito della riforma del 2003 come di «un vero e proprio ritorno al passato, di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario» (G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, cit., 81).

¹³ Cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nell'organizzazione del servizio pubblico locale*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁴ L'art. 35 della finanziaria prevedeva espressamente un caso di gestione diretta dal momento che il c. 5 consentiva l'affidamento diretto della gestione del servizio idrico integrato a società a capitale interamente pubblico come accennato al par. 2.

providing; e, in secondo luogo perché, proprio nella direzione indicata dalla Corte, anche l'art. 23-bis integra e rafforza un presunto principio di divieto di gestione diretta degradando *l'in house* a semplice deroga rispetto ai modi ordinari di gestione.

6. Incostituzionalità e contrarietà all'ordinamento comunitario dell'obbligo di esternalizzazione del servizio idrico integrato

La Corte costituzionale viene indotta a contraddirsi sull'esistenza del principio del divieto di gestione diretta – in realtà inesistente – in primo luogo in conseguenza del fatto che i numerosi interventi del legislatore, a partire da quello dell'art. 35 della finanziaria per il 2002, hanno trasformato la vecchia normativa nazionale sulle modalità di gestione dei spl in una normativa riguardante le modalità di affidamento e, solo indirettamente, le forme di gestione¹⁵.

In assenza di una disciplina specifica dell'Unione europea, il legislatore italiano perseguendo – con accanimento tutto ideologico – lo scopo di aprire anche il settore dei servizi pubblici locali al libero mercato e di cancellare dall'ordinamento interno le aziende pubbliche, perché considerate fonte di inefficienza economica e di politiche clientelari, ha finito per imporre l'obbligo di esternalizzazione dedicandosi poi esclusivamente a stabilire modalità di affidamento degli stessi che fossero compatibili con il diritto comunitario.

La conseguenza principale di tale impostazione è ravvisabile nel fatto che la gestione diretta rientra nell'ordinamento italiano, dal quale era stata cancellata dalla finanziaria per il 2002, nella forma comunitaria dell'*in house providing* attraverso l'inserimento nella legislazione sull'affidamento dei servizi pubblici locali dei requisiti stabiliti dalla CGUE per la legittimità degli affidamenti senza gara in materia di appalti pubblici di servizi e forniture¹⁶. Ed è ancor più significativo che ciò sia accaduto proprio per rispondere ai

¹⁵ Non a caso una recente sentenza del Cons. di Stato ha posto in evidenza la distinzione tra gestione diretta (sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario, come nella specie: poche migliaia di euro all'anno) ed affidamento diretto, postulante la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del comune interessato, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica)» (Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552).

¹⁶ Ciò è stato ben rilevato da G. Napolitano, *Regole e mercati nei servizi pubblici*, cit., 81, e da C. Iannello (*I servizi pubblici locali dal pluralismo organizzativo al monopolio privato*. Rifles-

la depubblicizzazione dei servizi idrici

rilievi sollevati dalla Commissione europea sugli affidamenti senza gara a società a prevalente capitale pubblico che hanno riguardato dapprima l'art. 22, l. 142/90 e poi l'art. 113 Tuel anche nella versione modificata dall'art. 35 della finanziaria per il 2002¹⁷.

Dalla lettura degli articoli 35 della finanziaria per il 2002, dell'art. 14 del lodo Buttiglione e dell'art. 23-*bis* nella versione modificata dal decreto Ronchi, se vien fuori un principio generale, è certamente quello dell'obbligo di esternalizzazione dei SPL, piuttosto che quello del divieto di gestione diretta.

La sussistenza di tale obbligo di esternalizzazione risulta, infatti, evidente dalla semplice comparazione della formula originaria dell'art. 113 Tuel secondo cui i servizi pubblici locali «sono gestiti» in forme diverse, dirette (interne) o esternalizzate, con quella dell'art. 23-*bis* che parla invece di «conferimento della gestione» e cioè di modalità di affidamento delle gestioni obbligatoriamente esternalizzate indipendentemente da qualsiasi valutazione a carattere politico e sociale proprie degli enti locali.

Il problema è, dunque, non tanto se un astratto principio di divieto di gestione diretta si iscriva nello spazio di discrezionalità lasciato al legislatore nazionale dal diritto comunitario in materia di concorrenza, come afferma la Corte costituzionale nella sentenza n. 325/2010, quanto piuttosto se l'obbligo di esternalizzazione imposto dal legislatore statale agli enti locali subordinati sia compatibile con il diritto comunitario e con la Costituzione.

La Corte costituzionale ha stabilito che la riduzione a mera forma derogatoria degli affidamenti *in house* e il loro condizionamento alla sussistenza di particolari requisiti è costituzionalmente legittima alla luce del principio di tutela della concorrenza di cui all'art. 117, dal momento che «l'ordinamento comunitario, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più ri-

sioni circa il rapporto tra le recenti riforme in materia di servizi pubblici e l'ordinamento europeo, in Rassegna di diritto pubblico europeo, 1/2011, 99-134).

¹⁷ L'Italia è stata oggetto di due atti di messa in mora nell'ambito della procedura di infrazione prevista dall'art. 226 del Trattato Ce: il primo dell'8 novembre 2000 [n. SG (2000) D/ 108243] in relazione alla disciplina dettata dall'art. 22 della l. 142/1990; il secondo del 26 giugno 2002 [n. C (2002) 2329] in relazione alla disciplina contenuta nell'art. 35 della l. 448/2001. Si veda in proposito G. Sciullo, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, Relazione tenuta nel Seminario di studio «Autonomia locale e autonomia imprenditoriale nei servizi pubblici locali» (Ravenna, 27-28 novembre 2003), in *www.lexitalia.it*, 12, 2003.

gorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento» (sent. n. 325/2010).

Tale assunto riguarda esclusivamente le modalità di affidamento a valle dell'esternalizzazione, cioè della scelta di rivolgersi al mercato.

Ma il problema è se l'obbligo di esternalizzazione è compatibile con il diritto comunitario. Ebbene la Corte di Giustizia ha più volte affermato che una situazione contingente che, in assenza del requisito del controllo analogo, imponesse ad un ente aggiudicante di ricorrere obbligatoriamente ad una gara «non sarebbe conforme al sistema delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (citare sentenze *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, punto 48; *Coditel Brabant*, punto 48, e *Commissione/Germania*, punto 45)»¹⁸.

L'obbligo di esternalizzazione imposto per legge potrebbe configurare in ambito comunitario un vero e proprio divieto di autoproduzione dei servizi da parte degli enti pubblici che non è affatto contemplato dal diritto dei Trattati e dalla giurisprudenza comunitaria. Sul punto, infatti, la Corte di Giustizia ha espressamente chiarito che l'operazione posta in essere dal legislatore italiano con l'art 14, d.l. 269/2003 consistente nel pedissequo inserimento delle condizioni enunciate al punto 50 della sentenza *Teckal* nella legislazione nazionale sull'affidamento dei SPL è solo in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che «l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario (v., in tal senso, citata sentenza *ANAV*, punto 25)»¹⁹.

E quali sarebbero queste esigenze del diritto comunitario? Innanzitutto quelle previste dagli artt. 14 e 106 Tfu che così dispongono: «in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione

¹⁸ La sentenza C-573/07, *Sea srl contro Comune di Ponte di Nossola*, 10 settembre 2009, riguardava specificamente la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di procedere all'affidamento diretto del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani a una società per azioni a totale capitale pubblico.

¹⁹ Sentenza *Sea srl*, cit., punto 68; Sentenza C-410/04, *ANAV contro Comune di Bari* del 6 aprile 2006, punto 25.

la depubblicizzazione dei servizi idrici

dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti» (art. 14); «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione» (art. 106).

In secondo luogo il Protocollo 26 sui servizi di interesse generale allegato al trattato sull'Unione e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede che «I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: – il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; – la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; – un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Con particolare riferimento al settore idrico, poi, il *Libro verde sui servizi di interesse generale* presentato nel 2003 dalla Commissione europea chiarisce che alcuni servizi di interesse generale «non sono soggetti ad un regime regolamentare complessivo a livello Comunitario» ed aggiunge che «la prestazione e l'organizzazione di questi servizi sono soggette alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di Stato a condizione che interessino gli scambi commerciali fra gli Stati membri»²⁰.

Anche il Parlamento europeo con la risoluzione del 13 gennaio 2004, dopo aver posto l'accento sul problema della compatibilità delle norme di concorrenza con gli obblighi di servizio pubblico, si è pronunciato «nettamente contro la liberalizzazione della fornitura d'acqua»²¹.

La legislazione italiana, dunque, dal momento che prevede l'obbligo di

²⁰ Cfr. «Libro verde sui servizi pubblici di interesse generale» (COM-2003-270) del 21 maggio 2003.

²¹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 gennaio 2004, sul *Libro verde sui servizi di interesse generale* [A5-0484/2003].

esternalizzare anche il servizio idrico integrato non è conforme al sistema di norme comunitarie in materia perché costringe l'amministrazione a far ricorso al mercato anche nel caso in cui intendesse procedere nella forma dell'autoproduzione del servizio.

La stessa Corte costituzionale, del resto, nella sentenza n. 439/2008, a proposito del servizio idrico, aveva correttamente affermato che «Nella prospettiva europea, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato».

D'altronde le tre condizioni poste dal diritto comunitario per stabilire la legittimità di un affidamento diretto e, cioè, capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici e svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante descrivono con precisione le caratteristiche dell'autoproduzione di un servizio da parte della pubblica amministrazione attraverso proprie strutture interne. È evidente, infatti, che il «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi» descrive un servizio pubblico gestito in proprio, in economia o tramite azienda municipalizzata. Mentre la condizione consistente nel realizzare «la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene» è tipica delle aziende municipalizzate che per la loro stessa natura svolgono la propria attività nel territorio del Comune «proprietario» che è anche autorità concedente il servizio.

Se esiste, dunque, la possibilità riconosciuta dal diritto comunitario di autoproduzione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione e se nella Costituzione italiana esiste un principio di autonomia per gli enti locali riconosciuto innanzitutto dall'art. 5, Cost., l'«obbligo di esternalizzazione» li viola entrambi riconducendo artificiosamente la materia dei servizi pubblici locali alla tutela della concorrenza di cui all'art. 117, c. 2, lett. e), anziché ai principi fondamentali stabiliti dagli artt. 41 e 43 Cost.

D'altronde nello spazio di discrezionalità lasciato agli stati nazionali dal diritto comunitario il legislatore statale deve tener conto, a proposito della gestione del servizio idrico, che essa non potrà essere effettuata «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41 Cost.) e non potrà consentire un profitto incompatibile con «l'utilità generale» (art. 43 Cost.), né potrà pregiudicare l'accesso alla risorsa per le generazioni future.

7. La questione della rilevanza economica

Quanto alla rilevanza economica²², è opportuno trattare la questione relativamente al servizio idrico integrato proprio perché si è creata una forte divergenza di vedute tra alcune regioni, in particolare la Puglia e la Campania, ma anche le Marche, il Piemonte, la Toscana e la Liguria secondo le quali la rilevanza economica dipenderebbe dalle modalità di organizzazione del servizio attuate dagli enti locali.

La Corte costituzionale ha ritenuto che la rilevanza economica abbia un significato oggettivo rilevabile dagli articoli 148, 150 e 154 del Codice dell'ambiente che rende la materia ricompresa *in toto* nel concetto di tutela della concorrenza e come tale sarebbe di esclusiva competenza statale in base all'art. 117, c. 2, lett e), Cost.

In questo caso la Corte dopo aver ricondotto la categoria di «servizio pubblico locale di rilevanza economica», a quella più generale di «servizio di interesse economico generale» (Sieg), rinvenibile negli artt. 14 e 106 Tfu e accoglie una nozione oggettiva di servizio a rilevanza economica descrivendolo come quel servizio che è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» e che «fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche «fini sociali») nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia Ue, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*)».

In questo modo la Corte, da un lato, fornisce una definizione di rilevanza economica eccessivamente ampia che rischia di estendere oltre misura la competenza statale sui servizi pubblici locali svuotando di fatto anche la categoria dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e, dall'altro, impedisce di considerare alcune modalità di organizzazione del servizio che, soprattutto per il servizio idrico integrato, tendono a garantire il diritto di accesso alla risorsa per le fasce sociali deboli con forte tendenza alla sottrazione del settore alle regole della concorrenza e alla organizzazione del servizio a fini sociali in base a valutazioni di carattere locale.

Inoltre la rilevanza economica dovrebbe essere valutata anche alla luce del fatto che nel settore dei servizi idrici il principio della tutela della con-

²² Su cui da ultimo E. Sticchi Damiani, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2010, 143-185 (in part. 149 ss.).

correnza è una pura invenzione sia sul piano economico che su quello giuridico. A questo proposito Fabio Merusi ha ben messo in evidenza come «la concorrenza nella gestione del servizio deve essere “inventata” con provvedimenti amministrativi (la regolazione), dal momento che la preesistenza di un monopolista inibisce l'immediata comparsa di concorrenti paritari (*in limine* in mancanza di una pluralità di concorrenti, la concorrenza può essere addirittura simulata, cioè inventata giuridicamente)»²³.

La riduzione della concorrenza “*nel mercato*” alla concorrenza “*per il mercato*” in questo settore ne è un chiaro indice dal momento che la concorrenza nel settore idrico non può che consistere nella indizione di gare periodiche e nella mera regolazione del servizio. Non a caso il dibattito attualmente in corso verte proprio sull'ipotesi di istituire per l'acqua un'apposita *authority* ovvero di attribuire le competenze specifiche di regolazione ad una *authority* già esistente, verosimilmente quella dell'energia.

Applicare le leggi del mercato al servizio idrico integrato comporta alcune conseguenze che derivano dalla natura stessa dell'acqua «che non è un prodotto commerciale al pari degli altri bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale»²⁴.

Proprio per queste caratteristiche autoevidenti, nel settore idrico, l'obbligo di esternalizzazione è assolutamente incompatibile con i principi del diritto comunitario e con i principi costituzionali e, soprattutto, appare irragionevole e sproporzionato rispetto all'astratto principio di tutela della concorrenza previsto dall'art. 117 Cost. E ciò innanzitutto per la caratteristica oggettiva di «monopolio naturale» del servizio di fornitura e di allontanamento e di trattamento delle acque reflue basata sulla considerazione classica della netta prevalenza dei costi fissi infrastrutturali e dell'unicità della risorsa e, in tempi recenti, per la sempre più incipiente scarsità della risorsa che rende necessaria la garanzia pubblica relativamente alla possibilità di accesso universale all'uso dell'acqua, mentre ne aumenta il valore economico e, dunque, l'appetibilità per i mercati.

A ciò si aggiunge la particolare sensibilità sociale cresciuta in questi anni attorno alle tematiche dell'uso e della tutela delle risorse idriche che induce a riflettere sulla possibilità di nuove forme di gestione partecipata dei servizi ad esse connessi da parte delle popolazioni interessate e dei movimenti di cittadinanza attiva²⁵.

²³ F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 315 s.

²⁴ Considerando n. 1 della direttiva 2000/60 del Parlamento europeo e del Consiglio.

²⁵ Nella prossima primavera i cittadini italiani saranno chiamati a votare per due refe-

8. Conclusioni

A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso il dibattito economico, giuridico e politico italiano è stato dominato dal vento liberista che è partito alla fine degli anni Settanta dalla Gran Bretagna e dagli Stati Uniti e ha prodotto dapprima l'importazione di una legislazione *antitrust* di chiara matrice anglosassone e poi la privatizzazione dei servizi pubblici di dimensione nazionale gestiti dallo stato conclusasi, di fatto, con la privatizzazione del settore elettrico nazionalizzato meno di quarant'anni prima.

Perché si potesse procedere verso la privatizzazione anche dei servizi pubblici locali e, in particolare, del servizio idrico integrato, non era sufficiente aver trasformato le vecchie aziende municipalizzate, prima, in aziende speciali e, poi, in società per azioni disarticolandole così dalla pubblica amministrazione. Occorreva creare un mercato potenziale che prima non c'era rendendo obbligatoria l'esternalizzazione.

D'altra parte se le competenze degli enti locali in ordine al servizio idrico «sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117», come riconosciuto dalla Corte costituzionale²⁶, ciò non può giustificare l'obbligo di esternalizzazione cioè la sottrazione agli enti locali della possibilità stessa di scegliere la forma di autoproduzione del servizio attraverso una gestione diretta «interna» alla pubblica amministrazione.

La competenza esclusiva dello Stato in materia di funzioni fondamentali dei comuni deve essere letta tenendo in considerazione, da un lato, il principio di autonomia sancito dall'art. 5 Cost. e, dall'altro, il quadro storico-normativo secolare all'interno del quale non si possono sottrarre agli enti locali le decisioni relative alla gestione dell'acqua. In base a tali considera-

rendum in materia di acqua dichiarati ammissibili dalla Corte cost. Il primo prevede l'abrogazione dell'intero art. 23 bis e produrrebbe, in caso di vittoria del sì, «l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum)» (Corte cost. n. 24/2011, punto 4.2.2.). Il secondo prevede l'eliminazione dall'art. 154 del Codice dell'ambiente (d. lg 3 aprile 2006, n. 152) del riferimento al criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito» e tende a sottolineare la natura giuspubblicistica del servizio idrico con «la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua» (Corte cost. n. 26/2011, punto 5.2.).

²⁶ Sentenza n. 307/2009, punto 5.2.

zioni, la scelta sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato non può che rimanere in capo agli enti locali che hanno sempre svolto tale compito per il quale lo stato – sin dalla legge comunale e provinciale del 1865 – si limitava a stabilire l’obbligatorietà per i bilanci comunali delle spese relative alla manutenzione degli acquedotti comunali e alla difesa dell’abitato dalle acque dei fiumi e torrenti.

Vi è nell’ordinamento italiano una più che evidente contraddizione nel modo d’intendere i contenuti del principio di tutela della concorrenza a seconda che si tratti di operazioni di salvataggio di grandi imprese in crisi ovvero di operazioni di tardiva privatizzazione dei servizi pubblici locali.

Un esempio di questa sorta di «strabismo» in materia di applicazione delle regole del mercato lo fornisce indirettamente la stessa Corte costituzionale. Nella sentenza n. 270/2010, infatti, in materia di ristrutturazione delle grandi imprese in crisi – riguardante la legittimità costituzionale della norma-provvedimento sul caso Alitalia – il Giudice delle leggi interpreta i principi contenuti nell’art. 41 della Cost. come sufficienti a giustificare e a rendere necessaria la limitazione della libertà di concorrenza prevista per le operazioni di concentrazione che hanno determinato la sospensione del controllo antitrust ad es. sulla linea aerea Roma-Milano, identificando proprio nell’essenzialità del servizio pubblico di trasporto aereo interessi costituzionalmente rilevanti riconducibili alle clausole generali dell’«utilità sociale» e dei «fini sociali» (art. 41 Cost.) nelle operazioni di salvataggio dell’Alitalia e di fusione con Airone.

La stessa Corte, al contrario, utilizza il principio di «tutela della concorrenza» dell’art. 117, c. 2, lett. e), per giustificare e rendere legittime operazioni di privatizzazione di servizi pubblici locali, come quelli idrici, che sono senza dubbio più vicini alle esigenze dei cittadini, all’utilità sociale e agli interessi generali della popolazione di quanto non sia l’interesse a viaggiare tra Roma e Milano con una compagnia aerea privata italiana.

In sostanza la nozione di obbligo di servizio pubblico viene, dunque, considerata come costituzionalmente tutelata tanto da ritenere legittima la sospensione della concorrenza laddove essa effettivamente c’è – come nella tratta Roma-Milano dove diverse compagnie aeree europee hanno manifestato l’intenzione di rispondere alla domanda di trasporto aereo –, mentre viene ritenuta un elemento trascurabile quando un mercato concorrenziale non esiste neppure in potenza come nei servizi pubblici locali che costituiscono, il più delle volte, monopoli naturali.

È quantomeno singolare che in Italia la presenza pubblica locale in imprese che forniscono servizi pubblici sia considerata con ostilità e definita come una forma residuale di socialismo reale e un elemento di distorsione

la depubblicizzazione dei servizi idrici

del normale operare dei mercati piuttosto che come una ricchezza e un elemento positivo per l'economia.

Si parla, infatti, di «socialismo municipale» per sostenere la necessità della privatizzazione, mentre sarebbe più opportuno semmai riflettere sull'utilità di mantenere il controllo pubblico sulle grandi società che offrono servizi pubblici locali trasformate in società per azioni e quotate in borsa. Il mantenimento della proprietà pubblica potrebbe essere utile ad assicurare flussi di finanziamento per le funzioni fondamentali degli enti locali – non più sostenute dai trasferimenti statali – al fine di garantire la fornitura di alcuni servizi essenziali da parte dei comuni anche a favore dei ceti disagiati.

Vi sono, certo, enti locali «virtuosi» che considerano le aziende pubbliche come un modo per garantire servizi essenziali in condizioni di efficienza e di economicità che il mercato spesso non garantisce e vi sono, inoltre, anche forme patologiche di sprechi da parte di enti pubblici che utilizzano le loro aziende come strumento politico-clientelare senza tenere in alcun conto i criteri dell'efficienza economica.

Tuttavia non è detto che la privatizzazione sia la migliore soluzione, tanto più che l'ingresso dei privati si limita a quei settori dove le imprese operano in condizioni oggettivamente più favorevoli, grazie alla presenza di posizioni di rendita monopolistica e talvolta grazie ai benefici concessi all'impresa dal socio pubblico.

Non bisogna dimenticare che la municipalizzazione costituì il manifesto dei governi liberali dell'età giolittiana e fu la naturale conseguenza del concentrarsi della popolazione nei grandi centri urbani e che la presenza di imprese di proprietà pubblica nel settore dei servizi pubblici locali non è affatto anomala o distorsiva rispetto al mercato, ma è fisiologica e più rilevante proprio nelle zone dove si è sviluppato un forte e sano tessuto economico²⁷.

Abstract

Over the past twenty years, a steady process of liberalization and privatization of local public services has taken place in Italy.

In the field of municipal water systems, this process determined the transformation of municipally-owned companies into special public companies and into public limited

²⁷ Si veda C. Scarpa, P. Bianchi, B. Bortolotti e L. Pellizzola, *Comuni S.p.A. Il Capitalismo municipale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010.

companies. Furthermore, the legislator has been forcing local authorities to outsource the local services management using market-mimicking procedures.

According to Article 15 of the so-called “Ronchi Decree”, those procedures are the only ones to be used for local services outsourcing: the former managing practices are restrained; local authorities have to sell a huge amount of shares of local services assets; it made the use of public owned companies becomes an exceptional management system.

The Constitutional Court has recently established that the Italian legal system clearly prohibits the direct awarding of water services and that it is necessary to assess the legitimacy of the outsourcing taking into account the Italian Constitution and the UE legal framework.

OPINIONI

GIACINTO DELLA CANANEA

LA POLITICA DELLA RICERCA: LE PROSPETTIVE PER L'AREA GIURIDICA*

SOMMARIO: 1. Confronti internazionali. – 2. Dati e interpretazioni. – 3. La valutazione della ricerca: requisiti fondamentali. – 4. Il contributo del CEPR alla determinazione degli indicatori di produttività scientifica. – 5. Una scelta di fondo: la valorizzazione del merito. – 6. L'area giuridica: progressi, problemi. – 7. L'equilibrio tra i criteri generali e le peculiarità dell'area giuridica. – 8. Le prospettive. Il ruolo delle associazioni di studiosi.

1. Confronti internazionali

Le valutazioni critiche circa lo stato della ricerca in Italia si sono dispiegate con frequenza, soprattutto dal Duemila. Oggi più che in passato, quelle valutazioni prendono spunto dai confronti internazionali¹. Da quei confronti emerge che, se il nostro sistema è stato esposto più o meno alle medesime sollecitazioni che si riscontrano altrove, ha reagito con modi che hanno accentuato i non pochi punti di debolezza, senza dare maggior nerbo ai punti di forza, che pure esistono, per esempio nel campo della fisica e dell'archeologia. Da diversi anni, le statistiche indicano con chiarezza che poche università italiane occupano posizioni di prestigio tra le *research universities*².

I dati sui quali quei confronti si basano possono essere, ovviamente, valutati in modo diverso. Chi confida nelle risultanze di tipo statistico sosterrà

* Relazione all'incontro di studio organizzato dalla SPISA sulla "Valutazione della ricerca nelle scienze giuridiche", Bologna, 22 ottobre 2010. Le osservazioni espresse sono strettamente personali e non impegnano in alcun modo il CEPR – Comitato di esperti per le politiche della ricerca.

¹ Da ultimo, Scimago Institutions Ranking, *World Report 2010. Research Institution Ranking*, 2010.

² Le cause sono ben illustrate da A. Graziosi, *L'università per tutti*, Bologna, Il Mulino, 2010.

che l'unico modo per "salvare la scienza italiana"³ consiste nel rettificare gli indirizzi seguiti nelle politiche di bilancio dell'ultimo decennio. Chi, invece, è convinto dell'intrinseca fondatezza dell'adagio inglese "*lies, damn lies, and then statistics*", affermerà che quelle risultanze statistiche sono tutte da interpretare.

Tra queste tesi estreme, vi è spazio per una varietà di posizioni intermedie. Si può sostenere, segnatamente, che le statistiche disponibili in ambito internazionale colgano quanto meno variazioni relative, sotto il profilo diacronico, nella posizione di ciascun Paese; che la diversità degli atenei e degli enti di ricerca costituisca non semplicemente un dato di fatto, ma un *asset*, da preservare, senza che ciò sia d'impedimento alla realizzazione di confronti, sulla base di adeguati *benchmarks*. Proverò a sviluppare questa linea di ragionamento, distinguendo i dati dalle interpretazioni, per poi dare conto degli orientamenti ai quali si è attenuto il CEPR nel presentare al Ministro dell'università e della ricerca scientifica un documento sulla valutazione della produttività scientifica, e infine di alcune implicazioni che ne derivano per gli studiosi e le associazioni delle quali essi fanno parte.

2. Dati e interpretazioni

I dati da cui muovere sono noti. Quanto al rapporto tra la spesa pubblica per l'istruzione e la formazione e il prodotto interno lordo l'Italia si colloca al trentesimo posto tra i trentatre presi in considerazione dall'OCSE⁴. Considerando, invece, la spesa per la ricerca e sviluppo in rapporto al prodotto interno lordo, raggiungiamo una posizione migliore (la ventitreesima), mentre è ben peggiore quella all'interno del *Global Competitiveness Index* redatto annualmente dal *World Economic Forum*⁵.

Ne trae spunto la prima ipotesi, tanto banale quanto doverosa, cioè che, se non tutto funziona a meraviglia nel complesso mondo della ricerca (che nello specifico contesto italiano è contrassegnato da un rilievo delle università maggiore rispetto ai maggiori Paesi dell'Europa unita), ciò dipende anzitutto dall'inadeguatezza delle risorse. La linea di condotta che discende da questa analisi è semplice: affinché il nostro Paese possa mettersi al

³ A. Abbott, *Saving Italian science*, *Nature*, Volume 440, Issue 7082 (2006), 264-265.

⁴ OECD, *Education at a Glance 2010: OECD Indicators*, 2010.

⁵ Per un'analisi critica delle norme che hanno comportato una riduzione degli investimenti nella ricerca, F. Sylos Labini, S. Zapperi, *I ricercatori non crescono sugli alberi*, Laterza, 2010.

la politica della ricerca: le prospettive per l'area giuridica

passo dei *partners* europei, per poi cercare di recuperare il tempo perduto, deve investire di più nella ricerca⁶.

Si tratta d'una ipotesi suggestiva. Essa sconta, però, un duplice difetto: la sopravvalutazione del dato finanziario, che ha un indubbio rilievo ma certamente non è l'unico ad averne, e la sottovalutazione della *performance*. Nel vagliare la spesa pubblica per l'istruzione superiore e la ricerca, infatti, la Commissione tecnica per la finanza pubblica ha riscontrato la «sostanziale assenza di qualsiasi meccanismo che premi gli atenei meglio in grado di rispondere alle domande delle famiglie e delle imprese»⁷.

L'ipotesi alternativa che queste critiche suggeriscono è la seguente: si può, si deve, investire di più nella ricerca; tuttavia, senza una profonda revisione dei metodi di gestione, con controlli né occhiuti né soltanto formali, è impossibile, che i maggiori investimenti richiesti diano i risultati attesi. Questa ipotesi è forse suscettibile di essere accolta dagli economisti e dagli studiosi di altre scienze sociali. Essa presenta, ad ogni modo, maggiore interesse dell'altra nella prospettiva più propriamente giuridica. Mette in primo piano la necessità di adeguare le forme di azione dei poteri pubblici in vista della cura di un interesse costituzionalmente rilevante, quale è la ricerca scientifica (art. 9, c. 1, Cost.), anche dall'angolo visuale della giustificazione delle somme di denaro sottratte coattivamente – mediante il prelievo – ai consumi e agli investimenti privati. Configura nella prospettiva scientificamente più convincente i controlli sui risultati, come richiesto dall'art. 100 Cost.

3. La valutazione della ricerca: requisiti fondamentali

Tra quanti – nelle sedi istituzionali e in quelle scientifiche – si occupano della valutazione della ricerca, riscuote crescenti consensi la tesi che essa debba ispirarsi a due fondamentali requisiti. Il primo è l'indipendenza di quanti sono – a vario titolo – impegnati nella ricerca e nella sua valutazione, in ragione dei compiti a cui essi sono chiamati: per questo motivo, in virtù dell'art. 33 Cost., «l'arte e la scienza sono libere». Occorre altresì – ecco il secondo requisito – che la valutazione accerti e valorizzi il merito⁸.

⁶ Questa corrente di pensiero non segue necessariamente la logica del *tax and spend*: vi è anche chi propugna la revisione della distribuzione delle risorse all'interno della spesa sociale.

⁷ Commissione tecnica per la finanza pubblica, *Libro verde sulla spesa pubblica*, 2007, en-fasi nell'originale.

⁸ League of European Research Universities, *Harvesting Talent: Strengthening Research Careers in Europe*, 2010.

Vi è almeno un'altra considerazione da cui muovere: la necessità di una proiezione internazionale. Il variegato mondo della scienza non ha mai interrotto i suoi legami internazionali. Essi sono continuati finanche nelle fasi più cupe dell'autarchia. Si sono ulteriormente sviluppati nella seconda metà del Novecento, in buona parte corrispondendo all'ancoraggio del Paese all'area delle democrazie liberali dell'Occidente. Ovviamente, la direzione, la tipologia e l'intensità delle relazioni internazionali variano a seconda delle comunità scientifiche e al loro interno, in rapporto a una serie di fattori, tra i quali vi sono il grado di apertura nei confronti dell'uso delle principali lingue del mondo e, soprattutto, il grado di adesione ai criteri e alle procedure consolidati in ambito internazionale.

Sulla rilevanza di quei criteri e di quelle procedure, peraltro, nel nostro Paese non vi è pieno consenso. Vi è dissenso, in particolare, per quanto concerne la loro applicabilità alle varie aree scientifiche. Mostrano consapevolezza del problema sia i documenti prodotti dal Consiglio nazionale delle ricerche e da altre istituzioni, ai quali la SPISA ha opportunamente assicurato un'ulteriore pubblicità, sia il parere formulato dal CEPR sugli indicatori di produttività scientifica, le cui linee essenziali sono illustrate di seguito.

4. Il contributo del CEPR alla determinazione degli indicatori di produttività scientifica

Ai fini che qui interessano, tre aspetti del parere presentano maggiormente rilievo: l'attenzione per il reclutamento degli studiosi; il modo di concepire il merito e di valorizzarlo; l'equilibrio tra la generalità dei criteri direttivi e la specificità di ciascuna area scientifica, segnatamente di quella giuridica.

Giova chiarire subito, per fugare possibili equivoci, che il documento del CEPR si disinteressa delle procedure di reclutamento nelle università, la cui riforma è stata stabilita dalla l. n. 240/2010. Ma ciò non impedisce che l'elaborazione di criteri e metodologie per la valutazione della produttività scientifica produca precise conseguenze ai fini del reclutamento nelle università e negli altri enti di ricerca. Quei criteri, quelle metodologie possono utilmente integrare le norme oggi vigenti e quelle in corso di discussione in sede parlamentare. Potrebbero, segnatamente, costituire un correttivo nel caso in cui il Parlamento si risolvesse a sostituire – come da più parti e per molte buone ragioni viene auspicato – le procedure di valutazione comparativa in sede locale con l'esame di abilitazione a livello nazionale, specialmente nel caso in cui questo ultime abbia come esito una "lista aperta".

la politica della ricerca: le prospettive per l'area giuridica

Un'evenienza di questo tipo è probabile, pur se tutt'altro che auspicabile. Negli ambienti accademici di altri Paesi, vi sono forse sufficienti anticorpi per resistere alla tentazione di cogliere l'opportunità per attribuire l'idoneità anche a quanti non sarebbero in grado di superare un'equa valutazione comparativa. Nel nostro, le vicende recenti inducono a temere che manchi una sufficiente propensione a resistere alle spinte degli *insiders*⁹, con il rischio tutt'altro che teorico che si diradino ulteriormente le *chances* per gli studiosi più giovani e meritevoli.

5. Una scelta di fondo: la valorizzazione del merito

Quanto al rilievo da attribuire al merito, vi è una varietà di opinioni. Chi ritiene che il progresso della ricerca si configuri come amalgama tra le diverse "scuole" o cerchie di studiosi, può ritenere che il candidato a una determinata utilità riservata (idoneità, chiamata) debba essere valutato – per usare le parole di un giurista con ampia esperienza di commissioni di concorso – non solo "*iure proprio*", ma anche "*iure magistri*". Chi ritiene che, nell'impostare un raffronto tra *curricula* per l'attribuzione d'una idoneità o la decisione su un trasferimento, non si possa prescindere dall'anzianità accademica, chiederà a gran voce che questa sia rispettata, anche a scapito del merito. Queste opinioni riscuotono tuttora significative adesioni. Ma sono, quanto meno, discutibili: l'una perché ispirata a una sorta di concezione feudale dell'accademia, da *ancien régime*; l'altra perché attribuisce soverchio rilievo a un fattore poco rilevante in sé, e oltre tutto tale da incentivare il conformismo, ossia la fedeltà a Platone, anziché alla ricerca della verità; entrambe perché vanno a detrimento del contributo che il talento e la sua efficace, metodica applicazione sono in grado di dare all'evoluzione della scienza¹⁰.

Detto ciò, bisogna subito aggiungere che le modalità con le quali il merito si manifesta ed è valutato variano in relazione a una serie di fattori. Nel novero di quei fattori, non vi è soltanto il diverso rilievo che le ricerche individuali e collettive assumono nelle varie branche del sapere: vi è anche il diverso peso da attribuire agli aspetti quantitativi e qualitativi. Un sociologo della cultura potrebbe forse osservare che, oltre una certa soglia,

⁹ Ne analizza le conseguenze R. Perotti, *L'università truccata*, Torino, Einaudi, 2008.

¹⁰ Vari punti di vista, quanto alle modalità per valorizzare il merito, sono esposti nel volume *Concorrenza e merito nelle università*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Torino, Giappichelli, 2009.

anche gli elementi di tipo quantitativo assurgono al rango di elementi di tipo qualitativo. Così formulata, l'osservazione sarebbe corretta, ma non coglierebbe il punto essenziale: l'importanza che un singolo contributo è in grado di assumere ai fini dell'evoluzione dello stato delle conoscenze e delle metodologie disponibili in un dato momento storico. Ciò non vale soltanto per i lavori pubblicati su “*Science*” o “*Nature*”: nella scienza economica, gli scritti di Piero Sraffa sono forse esigui nel numero, ma sono stati e restano una fonte di ispirazione; in quella giuridica, molti, tra gli “scritti minori” di Santi Romano, hanno aperto nuove prospettive e offrono tuttora spunti di riflessione. Se la valutazione della produttività scientifica annettesse soverchio rilievo al numero delle pubblicazioni o dei brevetti, anziché al loro intrinseco valore e alle potenziali ricadute, finirebbe non soltanto per privilegiare l'anzianità, ma anche per favorire di fatto una concezione “burocratica” della ricerca, per cui soltanto al raggiungimento di un certo *output* (per esempio, una monografia e/o dieci articoli) si avrebbe titolo ad aspirare a un determinato posto, a prescindere dall'apporto che può derivarne per il progresso della scienza.

Per queste ragioni, l'impostazione prospettata dal CEPR si ispira a una diversa concezione della produttività scientifica. Essa non prescinde, beninteso, dagli aspetti di tipo quantitativo. Tiene conto, infatti, del numero delle pubblicazioni o dei brevetti. Tuttavia, inserisce questi dati di tipo quantitativo in una cornice di criteri che attribuiscono preminente rilievo ai dati di tipo qualitativo. Nel novero di quei criteri, vi sono, per le pubblicazioni, l'originalità dei lavori e il prestigio della sede nella quale sono pubblicati; per i brevetti, la rilevanza delle ricadute; per entrambi, il carattere innovativo rispetto allo stato attuale delle conoscenze e delle applicazioni. L'idea di fondo è che un giovane fisico o economista che abbia dimostrato di essere in grado di far conseguire progressi decisivi e rapidi alla ricerca e alle applicazioni pratiche che ne scaturiscono debba poter essere preferito a quanti abbiano titoli inferiori sotto il profilo qualitativo. Se, poi, a quel giovane debba essere corrisposto un salario più elevato rispetto a più anziani, e meno produttivi, colleghi, è questione diversa, pur se di notevole interesse, che va oltre i limiti di queste note. Va dato conto, piuttosto, di un'ulteriore scelta suggerita dal CEPR. Essa concerne la ricerca di un punto di equilibrio tra la generalità dei criteri direttivi e le specificità delle varie aree alle quali fa riferimento il documento sottoposto al Ministro.

6. L'area giuridica: progressi, problemi

Giova osservare – a mo' di premessa – che l'area giuridica è una di quelle per le quali l'applicazione degli indicatori di produttività scientifica richiede maggiormente un accorto dosaggio tra i criteri generali riguardanti tutti i campi del sapere scientifico e quegli aspetti tradizionali, tuttora prevalenti, che meglio di altri sono suscettibili di essere conciliati con i nuovi, di essere rinnovati in modo graduale e nel rispetto delle specificità proprie di quest'area.

I giuristi italiani sono consapevoli di appartenere a una tradizione scientifica ultramillenaria, di alto livello, la quale affonda le sue radici nel diritto romano, nella rielaborazione che ne è stata data nell'epoca medievale. È insita in quelle radici, nella consapevole rielaborazione che ne è stata effettuata nei secoli più vicini a noi, sia la tendenza a ricomprendere gli oggetti di studio in categorie ampie, sia la propensione a confrontarsi con gli apporti che, relativamente a quelle categorie, sono effettuati in altri Paesi, soprattutto in quelli dell'Europa continentale.

Quella giuridica è quindi, comprensibilmente, una cultura che stenta a prendere atto dell'importanza che in altre tradizioni, in altre esperienze giuridiche, segnatamente in quelle anglosassoni, hanno già acquisito gli indicatori di produttività scientifica. Esse hanno già da gran tempo preso atto che la scienza giuridica, mentre non può privarsi di strumenti insostituibili per l'accumulazione del sapere (come le monografie, tutt'altro che sconosciute anche in quelle tradizioni giuridiche) e per il mantenimento d'uno stretto raccordo con la pratica (si pensi alle note a sentenza, che, d'altronde, non mancano neppure nelle principali riviste in lingua inglese), deve acquisire dimestichezza nell'uso – non acritico – di una serie di strumenti: la *peer-review* (pur se non mancano eccezioni, in alcune riviste nordamericane), il *ranking* delle riviste e delle collane editoriali. Anche nella cultura giuridica italiana, del resto, non mancano segnali incoraggianti in tal senso: in alcune riviste si fa stabilmente ricorso a *referees* esterni, mentre molto resta da fare per le collane di monografie, specialmente per quelle pubblicate con finanziamenti pubblici.

Non è forse inopportuno sottolineare la natura “esterna” della valutazione rispetto ai prodotti presi in considerazione. Ciò spiega il rilievo attribuito, per quanto concerne le riviste e le collane editoriali, a elementi quali l'esistenza di un collegio di studiosi che assuma la responsabilità d'una determinata scelta; l'adozione di procedure eque e trasparenti ai fini dell'esame dei lavori ricevuti; l'intervento di *referees* esterni. Non costituisce un indelito *détour*, rispetto alla linea di ragionamento fin qui seguita, l'indugiare ra-

pidamente su un altro aspetto in cui si manifesta la natura “esterna” della valutazione. In presenza d’una varietà di metodi o paradigmi aventi dignità scientifica, una varietà di questioni si pongono e si risolvono in modo significativamente diverso a seconda che l’analisi si inscriba nell’uno o nell’altro paradigma. Con una duplice conseguenza: che il singolo ricercatore deve essere consapevole di riferirsi all’uno, piuttosto che all’altro, e deve enunciarlo con chiarezza (secondo l’insegnamento di Riccardo Orestano, «qualunque punto di vista si voglia adottare, occorre avere piena cognizione delle sue implicazioni»¹¹) che quanti sono chiamati a valutarne l’apporto debbano accettare la pluralità dei punti di vista analitici e di metodo, sia pure con una certa dose di cautela verso l’eclettismo, e quindi verificchino ragionevolmente la chiarezza delle scelte e la congruità delle metodologie applicate, non l’adesione agli indirizzi che riscuotono maggiori consensi e il numero delle citazioni.

7. L’equilibrio tra i criteri generali e le peculiarità dell’area giuridica

Le linee di sviluppo prospettate dal CEPR tengono conto della specificità delle scienze sociali, in particolare del diritto. Non avallano una indiscriminata applicazione degli indicatori di produttività, ma neppure prefigurano una netta scansione, al limite una separazione, tra le varie aree. Attribuiscono minor rilievo agli standard che fanno riferimento al trasferimento tecnologico, pur se non lo si deve escludere del tutto (si pensi all’applicazione di nuove tecniche di azione alle istituzioni private o pubbliche) e alla capacità di attrarre ricercatori dall’estero (per via degli ostacoli linguistici). Sconsigliano l’applicazione indiscriminata di indicatori bibliometrici, come il fattore di impatto¹². Pongono in risalto, piuttosto, la necessità di adottare procedure eque e trasparenti in rapporto sia alle riviste, sia alle collane editoriali.

Le conseguenze che deriverebbero dall’approvazione di queste linee di sviluppo sono numerose e tutte rilevanti. Si perfezionerebbe la valutazione

¹¹ R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, 346.

¹² V. G. della Cananea, *Sulla valutazione dell’attività scientifica e didattica nel diritto amministrativo*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2007*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 281. Critiche all’applicazione del fattore di impatto sono state espresse anche dal giudice amministrativo: Tar Veneto, 31 agosto 2007, n. 287.

la politica della ricerca: le prospettive per l'area giuridica

dei singoli studiosi (da tenere distinta dalla valutazione delle istituzioni nelle quali essi prestano la propria opera). Si salvaguarderebbero i “generi letterari” tipici del diritto, ma si imprimerebbe un salutare impulso alla definizione di standard che permettano di distinguere, all'interno di quei generi, i lavori meramente compilativi da quelli di ricerca; le riviste che selezionano i contributi sulla base di criteri e procedure trasparenti da quelle che seguono altre logiche; le collane editoriali che puntano sulla qualità dalle altre. L'impiego della locuzione “impulso” assume un preciso valore, perché tutte le attività appena contemplate spettano alle varie comunità di studiosi e presumibilmente si svolgeranno attraverso processi di *trial and error*.

Queste brevi notazioni, se per un verso inducono a pensare che l'esigenza di un adeguamento degli standard e delle procedure di valutazione della ricerca sia ineludibile, in questa come nelle altre aree, per un altro verso spiegano perché i tempi non potranno esser brevi. Occorrerà trovare progressivamente un equilibrio migliore tra le monografie e gli articoli, specie se questi sono innovativi nelle metodologie e nelle analisi, se sono pubblicati sulle principali riviste giuridiche. Potrà contribuire il ritorno a una più equa considerazione dei contributi pubblicati nelle riviste in lingua inglese o in una delle altre principali lingue del mondo. Potrà giovare una maggiore apertura verso le intersezioni che i dati rilevanti per il diritto hanno con quelli rilevanti per altre scienze sociali. Ma, giova ripeterlo, si tratta di un percorso per cui sono altrettanto importanti la sicura progressione verso gli obiettivi e l'ottenimento di una sempre più ampia adesione a quegli obiettivi.

8. Le prospettive. Il ruolo delle associazioni di studiosi

Ci si può chiedere, in conclusione, quali siano le prospettive che si dischiudono per gli studiosi e per le associazioni alle quali essi aderiscono.

Riformare le procedure di selezione, valorizzare il merito, ancorare la valutazione a criteri e metodologie, che consentono di formulare giudizi più obiettivi (pur se l'aspirazione all'obiettività è di quelle destinate a restare sempre solo parzialmente appagate): tutto ciò non va considerato come un'imposizione, bensì come un'opportunità¹³. Sarebbe altrettanto sbagliato intravedere in quei parametri, in quelle metodologie il trionfo dello scien-

¹³V. A. Sandulli, *Per l'università della concorrenza e del merito*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, n. 2, 227.

tismo. Lo scientismo e la sottovalutazione delle diversità degli approcci e dei metodi hanno contraddistinto, semmai, un'altra stagione della nostra cultura, quella del positivismo. Detto ciò, se in Italia le scienze sociali cercassero di sottrarsi alla valutazione, non vedrebbero soltanto aumentare il divario accumulato rispetto alle altre aree della scienza: accumulerebbero anche un ulteriore distacco rispetto agli studiosi degli altri Paesi europei, nei quali la cultura della valutazione si è da più tempo consolidata, sia pure con varietà di impostazioni e risultati, che non è da sottovalutare. Proprio sui diversi approcci alla valutazione e sui rispettivi risultati, anzi, è bene che vi sia un proficuo dibattito, nella consapevolezza dell'urgenza del decidere e dell'agire.

Il discorso si sposta, così, sul ruolo delle associazioni di studiosi. Dagli sviluppi prima sintetizzati derivano un'opportunità e un rischio. L'opportunità consiste nel responsabilizzare le associazioni di studiosi, chiamate non più soltanto a discutere sull'oggetto e sulle metodologie del proprio lavoro, ma anche a esprimere scelte, suscettibili di essere riviste nel corso del tempo, in ordine alla qualificazione dei prodotti della ricerca (a cominciare da cosa debba intendersi per "monografia") e alla rilevanza delle sedi nelle quali essi sono pubblicati. Il rischio è che la comprensibile preoccupazione per l'*acquis* degeneri, provocando ristagno, risultando d'impedimento a ogni tentativo di fissare standard che non si limitino a fotografare l'esistente. Come accade per ogni attività svolta da un'organizzazione avente effetti sui suoi componenti e su altre figure giuridiche soggettive, sono indispensabili forme di discussione e garanzie acconce, unitamente al senso della misura, per evitare eccessi di segno opposto. Può senz'altro giovare il confronto con l'esperienza di altri Paesi europei, con le diverse scuole di pensiero emerse ed emergenti. Si tratterebbe di un passo importante nella direzione della realizzazione dello spazio europeo della ricerca, che di certo non è compito esclusivo dei governanti.

Abstract

This article is inspired by the observation that the statistics clearly indicate that few Italian universities occupy positions of prestige among the research universities.

To bridge this gap, we must invest more in research, but without a major overhaul of management practices and strict controls, it is impossible that the major investments required will give the expected results. In this context, the opinion of the CEPR concerning indicators of scientific productivity is remarkably relevant. In particular, it focuses on three aspects: attention to the recruitment of scholars; method to evaluate the

la politica della ricerca: le prospettive per l'area giuridica

merit of researchers; balance between general evaluation criteria and specific features of each scientific area, in particular legal research.

Finally, the article argues that a reform of the standards and procedures of recruitment, in line with those prevailing in the European arena, should be considered as an opportunity for a fuller involvement of Italian researchers in a wider community, rather than as an external limit.

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI

LA NUOVA DISCIPLINA DEL RECLUTAMENTO
DEI PROFESSORI UNIVERSITARI ALLA LUCE
DELLA RIFORMA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il nuovo meccanismo di abilitazione. – 3. La chiamata da parte del dipartimento. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il Consiglio di Ministri nella riunione del 21 gennaio 2011 ha approvato in prima lettura il regolamento per il conferimento dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso al ruolo dei professori universitari previsto dall'art. 16, l. n. 240/2010. Si tratta del primo di una nutrita serie di atti normativi (decreti legislativi, regolamenti governativi, decreti ministeriali, revisione degli statuti delle università e regolamenti di ateneo) che serviranno per dare attuazione alla c.d. legge Gelmini.

La questione del reclutamento è, peraltro, di evidente rilevanza e di gran lunga è quella che desta maggiore attenzione (e allarme) tra gli interessati, vale a dire i professori e gli aspiranti tali. Quello che con queste note ci si prefigge è non solo discutere brevemente il meccanismo di reclutamento che si profila, ma anche tentare di inquadrarlo nel contesto della riforma e nell'ambito del regime professionale dei docenti universitari.

2. Il nuovo meccanismo di abilitazione

La scelta compiuta dalla legge 240 è stata quella di abolire il sistema dei "concorsi universitari", sostituendolo con una abilitazione scientifica nazionale di durata quadriennale che attesta la qualificazione scientifica necessaria per accedere alla prima e seconda fascia dei professori universitari. Come noto, dopo il "riordinamento della docenza universitaria" del 1980 (d.P.R. n. 382), si sono succeduti vari sistemi di reclutamento della docenza, tutti fondati sulla tecnica del concorso, ossia di una valutazione comparativa

tra candidati, basata su titoli (pubblicazioni e *curriculum*) e nel caso dei professori associati anche su prove (lezione e discussione dei titoli). Le modifiche nel corso degli anni hanno riguardato, certo, aspetti assai rilevanti. In primo luogo il passaggio da una commissione centralizzata sul piano nazionale (in parte eletta tra pari e in parte sorteggiata) a commissioni miste (un componente designato dalla Facoltà richiedente il posto di professore e gli altri eletti dalla comunità scientifica nazionale nell'ambito di un determinato settore scientifico-disciplinare). In secondo luogo, la decentralizzazione dei concorsi, con commissioni istituite *ad hoc* per ciascun posto offerto da ogni singolo ateneo. In terzo luogo, il superamento della regola "tanti vincitori quanti posti offerti", poiché ciascuno dei concorsi locali si concludeva con l'individuazione di due (dapprima tre) "idonei" che potevano poi essere nominati professori dalla università che aveva offerto il posto o anche da un'altra.

Il tratto comune di questi vari regimi è, quindi, costituito dall'impiego della tecnica della valutazione comparativa tra candidati e dalla composizione delle commissioni giudicatrici largamente secondo il criterio della libera scelta tra pari, facenti parte di gruppi disciplinari in genere fortemente omogenei. È appena il caso di ricordare che, come per tutti i concorsi pubblici, i limiti posti al giudizio – altrimenti insindacabile – delle commissioni è rappresentato dal mobile strumentario del controllo giudiziale sulla discrezionalità tecnica.

Il giudizio di laici e chierici sugli esiti dei concorsi universitari è diffusamente e notoriamente assai negativo: dalla elefantiasi ed esasperante lentezza dei concorsi nazionali, allo scadimento qualitativo, con favoritismi di vario genere e aumento sconsiderato del numero dei docenti, dei concorsi locali. Condivisa quindi era l'esigenza di cambiare registro.

Il cambiamento operato dalle legge Gelmini è netto sotto entrambi i due profili segnalati: non più valutazione comparativa per stabilire se una persona ha la qualificazione sufficiente per essere un professore; non più commissari eletti tra gli stessi professori della materia. L'attribuzione dell'abilitazione si fonda sulla valutazione analitica dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche espressa sulla base di criteri e parametri differenziati per funzioni e per area disciplinare, definiti con decreto del Ministro, senza alcun contingentamento del numero degli abilitabili. Quest'ultimo è l'aspetto che ha suscitato maggiori critiche e preoccupazioni. Si tratta di critiche che si fondano più che su argomenti tecnici su una (probabilmente saggia) sfiducia nella capacità del sistema universitario di "gestire" (vale a dire non fare crescere a dismisura) una lista aperta di potenziali professori, giustificata anche dall'esperienza dei concorsi degli ultimi quindici anni, ove

la nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari

– salvo pochissime eccezioni – si è sempre avuto più di un candidato dichiarato idoneo all’esito di ogni procedura selettiva, con un costante *surplus* di uno o due candidati da “sistemare” rispetto al posto offerto.

Pensare, tuttavia, a una lista “chiusa” di idonei non è coerente con il modello dell’abilitazione, che ha lo scopo di accertare se qualcuno è adatto a fare qualcosa. Se, infatti, si decidesse di contingentare il numero degli idonei, in base a quale criterio lo si dovrebbe fare? Non ve ne è uno razionalmente giustificabile. Se si utilizzasse il criterio che per più tempo ha governato i cosiddetti concorsi locali, bisognerebbe stabilire che gli abilitabili sono al massimo il doppio del numero dei posti che le università intendono coprire, ma questo sarebbe il modo migliore per replicare gli esiti indesiderabili sopra ricordati. Si dovrebbe, allora, far coincidere il numero di abilitazioni con il numero dei posti richiesti. Questo, però, significherebbe tornare, di fatto, al sistema del concorso centralizzato nazionale che assegna a chi vince il posto di professore in una determinata sede universitaria. Oltre a essere un sistema già sperimentato che ha mostrato anch’esso molti difetti, presenta, ad avviso di chi scrive, l’inconveniente di abdicare in radice a qualsiasi forma di responsabilizzazione dei dipartimenti universitari nella scelta dei propri docenti, che è, invece, il punto essenziale, su cui tornerò più avanti.

Al di là, pertanto, della conclamata incapacità della corporazione dei professori universitari di darsi un codice di condotta qualitativamente ed eticamente adeguato nella individuazione dei propri potenziali colleghi, occorre vedere quali sono le misure previste dalla nuova disciplina normativa per tentare di assicurare un minimo di attendibilità e obiettività in queste procedure di abilitazione.

Mi pare si debbano evidenziare quattro aspetti.

i) Il primo concerne i criteri e standard su cui saranno condotte le valutazioni. Questi saranno stabiliti con un successivo decreto ministeriale. Né la legge né lo schema di regolamento prevedono il parere dell’Anvur – organo questo che costituisce la chiave di volta dell’attuazione dell’intero disegno riformatore –, ma lo schema stabilisce che ogni cinque anni si proceda alla verifica dell’adeguatezza e congruità di criteri e parametri sentiti il Cun e l’Anvur. Sarà, invece, bene (converrebbe correggere il regolamento) che questi organi si esprimano anche sul primo decreto, poiché evidentemente il livello al quale le commissioni porranno l’asticella per il giudizio di idoneità dipenderà in buona parte da come verranno concepiti i parametri per valutare i lavori scientifici. Su quest’argomento è in corso da qualche anno un’accesa discussione, cui in questa sede si può solo accennare, sulla opportunità/possibilità di introdurre anche nel campo delle discipline umanistiche parametri di valutazione di carattere oggettivo.

Sembra più appropriato un approccio in termini di dialettica soggettivo/oggettivo piuttosto che quantitativo/qualitativo. Per un verso, infatti, il parametro quantitativo, se inteso in senso stretto, è necessariamente rozzo. Basti pensare ai criteri diffusi qualche tempo fa dal Cun sul numero minimo, rispettivamente, di articoli e libri, da presentare per accedere a ciascun livello di docenza. Per altro verso, occorre stabilire se e come il giudizio qualitativo possa essere eventualmente misurato attraverso parametri obiettivi. Questi vanno, come noto, dall'indice delle citazioni al cosiddetto fattore d'impatto, ma, a parte che si tratta di metodi fortemente criticati all'interno delle stesse discipline in cui sono più diffusi, non sembrano al momento facilmente impiegabili, per esempio nelle materie giuridiche, se non come criteri di larga massima. Quello che però può dare almeno una prima indicazione sulla qualità di un lavoro è la sua sede di pubblicazione, il prestigio della rivista o della collana. Nelle comunità scientifiche internazionali questo è in genere il primo biglietto da visita di una ricerca. Dentro questo quadro, rimane probabilmente indispensabile il giudizio di merito sull'attività scientifica. Anche questo può essere fatto in molti modi e certamente se ne potrebbero scegliere alcuni che attenuano l'arbitrarietà di una valutazione puramente soggettiva.

ii) Questo conduce al secondo aspetto, a mio avviso strettamente legato al precedente, relativo al modo come si definiranno i "settori concorsuali", a sua volta connesso a come verranno ridefiniti i "settori scientifico-disciplinari" in quanto articolazioni dei primi. Secondo l'art. 15 della legge anche questo compito spetta al Ministro, sentito il Cun. In tale articolo vengono fornite soltanto prescrizioni quantitative: a regime in ciascun settore concorsuale devono esserci almeno trenta professori, cinquanta in fase di prima applicazione. Si tratterà quindi di attendere il contenuto del decreto attuativo, ma qualche considerazione va fatta.

Preso come riferimento il suddetto numero, se ne potrebbe dedurre che l'intenzione non sia quella di costruire settori concorsuali particolarmente ampi¹. In un parere del 4 novembre 2009 il Cun aveva delineato un

¹ Così è stato fatto invece in Spagna, cui il modello italiano sembra, peraltro, ispirarsi. La legge organica sulle università e la docenza universitaria 4/2007, che ha modificato la precedente legge organica 6/2001, attuata con il decreto reale 1312/2007, ha stabilito un nuovo modello di accreditamento nazionale la cui novità, come si legge nel preambolo del citato decreto, è stata quella di eliminare l'offerta di un numero di posti preventivamente fissato. Sistema che, si legge sempre nel preambolo del decreto, «permitirá a las universidades elegir a su profesorado, de manera mucho más eficiente, entre los previamente acreditados». Ai sensi dell'art. 4 del decreto del 2007 le commissioni che vengono istituite per l'abilitazione riguardano i seguenti rami del sapere: arti e discipline umanistiche; scienze; scienze della salute;

la nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari

“modello di revisione dei settori scientifico disciplinari” articolato in quattro livelli: macro-aree, aree, macro-settori scientifico-disciplinari e settori scientifico-disciplinari. Di questi ultimi, che di norma secondo il Cun dovrebbero raccogliere non meno di 130 tra professori e ricercatori, si proponeva di ridurre il numero mediante accorpamenti, senza però innovazioni particolarmente rilevanti. Nell'area giuridica, per esempio, i settori da ventuno passerebbero a sedici, ulteriormente raggruppati in nove macro-settori.

I “settori concorsuali” sono, però, un contenitore nuovo. E secondo varie disposizioni degli articoli 15 e 16 della legge, è chiaro che si tratta di un contenitore diverso – più ampio – dei settori scientifico-disciplinari. Quanto capiente lo si vorrà forgiare è un punto essenziale per il meccanismo dell'abilitazione. Nella legge vi è un indizio, in realtà una vera e propria discrasia, che lascia supporre che il legislatore non li abbia immaginati troppo ampi. Nell'art. 16, c. 3, lett. *i*), si dice a un certo punto che il sorteggio (v. più avanti) assicura che della commissione faccia parte almeno «un commissario per ciascun settore scientifico-disciplinare, ricompreso nel settore concorsuale, al quale afferiscano almeno trenta professori ordinari». Se così deve essere, allora – con una curiosa inversione logica del processo decisionale – i settori concorsuali non potrebbero che essere disegnati in modo da far sì che in ciascuno di essi siano racchiusi non più di quattro settori scientifico-disciplinari. Quattro sono, infatti, i professori da sorteggiare per ciascuna commissione. Per costituire grandi settori concorsuali non rimarrebbe, pertanto, che operare su una più profonda revisione dei settori scientifico-disciplinari. Del problema ci si è peraltro resi conto in sede di redazione del regolamento, ove si è adottata una soluzione pragmatica senza troppo preoccuparsi di quanto sta scritto nella legge. All'art. 7.2 si prevede che nell'ipotesi in cui il numero dei settori scientifico-disciplinari sia superiore a quattro, si procede al sorteggio di un componente della lista per ciascuno di essi e, successivamente, al sorteggio di quattro commissari nell'ambito dei componenti così sorteggiati. In questo modo, evidentemente, almeno un commissario per ogni settore scientifico-disciplinare è presente

scienze sociali e giuridiche; ingegneria e architettura. Di ogni commissione fanno parte sette studiosi. La procedura di abilitazione è, però, intensamente regolata, con una dettagliata elencazione dei requisiti scientifici e didattici necessari ai fini di una valutazione positiva. Tanto che prima della sottoposizione delle domande alla commissione, la relativa documentazione deve passare all'esame preliminare dell'agenzia nazionale di valutazione della qualità e di accreditamento (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación) che potrebbe anche non ammettere il candidato alla valutazione. Inoltre le procedure di abilitazione non sono contestuali, nel senso che in qualunque momento chi ritenga di essere in possesso dei requisiti può presentare la domanda di abilitazione.

nella lista dei sorteggiabili, ma altrettanto evidentemente non si realizza la condizione secondo la quale ogni settore deve essere rappresentato nella commissione, posta dal suddetto art. 16, c. 3, lett. i).

Queste disposizioni pasticciate rischiano di attenuare la portata della novità, che, comunque sia, è rimarchevole. Le commissioni giudicatrici non saranno composte di professori appartenenti al medesimo specifico campo di studi e si troveranno a valutare candidati che parimenti non sono necessariamente loro futuri colleghi di settore scientifico-disciplinare. La perdita di specifica competenza “settoriale” – che potrebbe essere considerato il punto debole del meccanismo – è però compensata (e a mio parere sopravanzata) dalla maggiore “distanza” rispetto ai candidati e dalla conseguente necessità di più accurata e ponderata analisi della loro attività. Quanto più (come ritengo auspicabile) si disegneranno in modo ampio i settori concorsuali (per esempio scegliendo il livello delle aree o di grandi sub-aree: diritto; diritto privato/diritto pubblico), tanto più si dovrà tendere a utilizzare debitamente i suddetti parametri obiettivi. La necessità di rivedere i raggruppamenti disciplinari discende, pertanto, sia da un dato culturale² sia dalla necessità di evitare che si riproducano logiche di carattere corporativo interno alle singole “materie”. Condizione indispensabile per il buon funzionamento del modello è che i commissari abbiano il tempo necessario per esaminare approfonditamente i lavori dei candidati, ferma restando la possibilità, prevista dalla legge, di richiedere pareri *pro veritate* a studiosi di un determinato settore³. La apprezzabile disposizione contenuta nel regolamento adottato secondo cui i commissari possono essere esentati dalla ordinaria attività didattica andrebbe resa automatica e inoltre dovrebbe stabilirsi l’incompatibilità tra l’opzione per il regime a tempo definito e il ruolo di commissario che richiede una “piena” dedizione.

² La suddivisione delle varie discipline in settori, su cui si sono fondate sinora le selezioni concorsuali, sfugge in realtà a un criterio scientificamente apprezzabile ed è un tipico prodotto del “genio italo”. Vi sono settori molto ampi e altri molto specializzati. L’esistenza di questa sorta di barriere tra un settore e un altro favorisce in questi ultimi casi la tendenza a coltivare interessi molto specifici, a scapito ad esempio dell’interdisciplinarietà, anche perché in sede concorsuale la “congruenza alla tematiche del raggruppamento” è considerata un importante elemento di valutazione. In tema v. C. Saraceno, Come reclutare il migliore che serve alla facoltà, in *La voce*, <http://www.lavoce.info/articoli/pagina1000777.html>.

³ Anche questa prevista nel sistema spagnolo, ove però è stabilito che la commissione acquisisca di regola i pareri di almeno due studiosi dell’ambito scientifico di riferimento sulla attività di ciascun candidato. Nel nostro caso, si può supporre che la frequenza con cui si ricorrerà a tali pareri sarà direttamente proporzionale all’ampiezza con cui si disegneranno i settori concorsuali.

la nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari

iii) Il terzo aspetto riguarda il profilo soggettivo dei commissari. Anche qui si stabilisce una regola apparentemente ovvia, ma sinora mai praticata, quella secondo cui chi giudica deve perlomeno essere all'altezza di chi è giudicato. La commissione relativa a ogni settore concorsuale è formata, infatti, mediante sorteggio tra i professori ordinari che ne facciano richiesta e purché, per un verso, la loro attività scientifica sia stata positivamente valutata dal proprio ateneo di appartenenza sulla base di «criteri oggettivi di verifica» fissati dall'Anvur, e, per altro verso (dispone la proposta di regolamento), presentino un'attività scientifica nell'ultimo quinquennio che sia rispondente ai criteri che il decreto ministeriale di cui si è detto al punto i) richiede ai candidati all'abilitazione per la prima fascia nel settore concorsuale per il quale è stata presentata domanda.

La formazione delle commissioni comporta, pertanto, una procedura (ancora da definirsi quanto a specifiche modalità di svolgimento con il medesimo decreto ministeriale appena citato) che non si risolve affatto nel meccanismo del sorteggio, ma comporta, almeno sulla carta, un non banale giudizio sulla qualità e quantità della produzione scientifica dei professori ordinari nell'ultimo quinquennio.

Evidentemente anche su questo punto si presentano i medesimi problemi di individuazione di criteri e soglie di adeguatezza dell'attività scientifica prima ricordati.

Delle commissioni dovrà fare parte, a regime, un quinto commissario da sorteggiare all'interno di una lista, curata dall'Anvur, di studiosi e di esperti in servizio presso università di un Paese aderente all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (Ocse). Si tratta di una misura che evidentemente mira a spingere verso una maggiore internazionalizzazione della ricerca universitaria. Essa si presenta, peraltro, di non facile attuazione. Se in molte aree si può sia contare sulla presenza di un discreto numero di studiosi italiani operanti in altri Paesi in posizioni assimilabili a quelle di un professore ordinario, sia sul diffuso impiego dell'inglese come lingua delle pubblicazioni, in altre – tipicamente quelle umanistiche – appare più complesso predisporre liste di studiosi in grado di – e disposti a – valutare l'attività scientifica di un ricercatore italiano tipo. Lo stesso schema di regolamento prende atto di queste difficoltà nella parte in cui prevede che nella prima tornata delle procedure di abilitazione, qualora l'Anvur non abbia provveduto in tempo utile a formare la lista di studiosi ed esperti in servizio all'estero in un determinato settore concorsuale, se ne fa a meno. Anche in questo caso si può osservare che tanti più saranno i settori concorsuali tanto più difficile sarà costituire le commissioni con la presenza di studiosi in servizio all'estero.

Assodate le difficoltà pratiche, quanto agli aspetti più strettamente culturali, misure di questo tipo potrebbero essere effettivamente utili a incentivare una maggiore propensione del mondo accademico a misurarsi con una dimensione meno domestica. In altre parole, se è vero che vi sono aspetti di alcune discipline maggiormente legati alla dimensione nazionale, è anche opportuno verificare quanto questo sia un aspetto effettivamente caratterizzante ed esclusivo ovvero, in certi casi, un retaggio dell'abitudine. Parlando degli studi giuridici, per esempio, certamente (come accade in tutti gli ordinamenti) molti scritti riguardano necessariamente aspetti strettamente legati a vicende e situazioni interne, a volte regionali. Ci si dovrebbe, tuttavia, chiedere quanta di questa produzione letteraria ha i crismi del "prodotto scientifico". Quasi sempre, invece (a maggior ragione nel mondo variamente integrato in cui ci troviamo a vivere), i lavori maggiormente impegnati e che ambiscono a toccare aspetti di carattere generale di un fenomeno giuridico, a dare conto di una vicenda istituzionale anche in una prospettiva storica, ecc., a parte il problema della lingua⁴, assumono necessariamente una dimensione interessante anche per un giurista non italiano.

iv) Il quarto aspetto riguarda la frattura del nesso tra offerta dei posti da parte delle università e procedure abilitative. Queste hanno, infatti, una propria cadenza (annuale) che non presenta alcun legame con la programmazione e con le scelte dei singoli atenei e dipartimenti.

Tale soluzione è coerente con il disegno complessivo e dovrebbe essere fatto ogni sforzo per mantenere netta la distinzione tra le due fasi.

3. La chiamata da parte del dipartimento

L'offerta ed eventuale conferimento del posto avviene, dunque, in un momento del tutto distinto, che riguarda essenzialmente i dipartimenti.

L'art. 18 della legge definisce "chiamata" il processo di assunzione di un nuovo professore, da scegliere obbligatoriamente tra coloro che hanno già ottenuto l'abilitazione entro il precedente quadriennio⁵.

⁴ Che è però un problema di più vasta portata che in qualche modo le generazioni future dovranno affrontare. In un mondo globalizzato e interconnesso, nel dissidio tra l'esigenza di comprendersi tutti e ovunque e quella di non rinunciare allo straordinario patrimonio culturale, ideale, artistico, civile, ecc. che una lingua reca con sé, non vedrei altra soluzione che quella di un diffuso bilinguismo.

⁵ L'abilitazione resta valida per quattro anni, decorsi i quali senza essere stati assunti da alcuna università è possibile richiedere una nuova abilitazione.

la nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari

Questa chiamata è – a differenza dell’abilitazione – una vera e propria procedura comparativa. La legge fissa alcuni criteri rinviando ai regolamenti d’ateneo la disciplina di dettaglio.

Il primo criterio riguarda la pubblicità del procedimento, con indicazione del settore concorsuale cui il posto offerto si riferisce e soltanto facoltativamente di uno o più settori scientifico-disciplinari, quando si intenda specificare il profilo del candidato, nonché informazioni dettagliate sulle specifiche funzioni, sui diritti e i doveri e sul relativo trattamento economico e previdenziale.

Il secondo criterio concerne i requisiti soggettivi per partecipare alla selezione. Alla chiamata di un posto da associato può prendere parte anche chi abbia ottenuto l’abilitazione da ordinario e anche chi sia già professore in un’altra università italiana o estera.

Il terzo criterio è relativo alla necessità di valutare l’attività scientifica e didattica al fine di accertare la qualificazione scientifica dell’aspirante.

Il quarto criterio concerne la competenza a formulare la proposta di chiamata in capo al dipartimento con voto favorevole della maggioranza assoluta dei professori di prima fascia per la chiamata di professori di prima fascia, e dei professori di prima e di seconda fascia per la chiamata dei professori di seconda fascia, e quella del consiglio di amministrazione ad approvarla⁶.

Ciò che maggiormente rileva è però il fatto che vengano recepiti i principi della Carta Europea dei ricercatori di cui alla raccomandazione della Commissione delle Comunità europee n. 251 dell’11 marzo 2005 (in *Guue* del 22.3.2005), di cui, ai sensi dell’art. 18, c. 1, l. n. 240, i regolamenti universitari dovranno assicurare il rispetto. In sostanza la raccomandazione assume specifica veste normativa di criterio di indirizzo per l’esercizio dell’autonomia universitaria.

Nell’atto della Commissione è incluso un “codice di condotta per l’assunzione dei ricercatori” (sez. 2), il quale prevede, tra l’altro, che le commissioni per le selezioni dei candidati «dovrebbero comprendere membri con esperienze e competenze diverse, riflettere un adeguato equilibrio tra uomini e donne e, laddove necessario e possibile, comprendere membri provenienti da vari settori (pubblico e privato) e discipline, nonché da altri paesi e con l’esperienza necessaria per valutare i candidati. Nella misura del

⁶ Pare naturale – ma lo si evince dalle disposizioni della legge Gelmini sulla “governance” (art. 2) – che la valutazione scientifica del candidato sia riservata ai dipartimenti, mentre il consiglio di amministrazione dovrà limitarsi a verificare la compatibilità dell’assunzione con la programmazione dell’ateneo.

possibile, si dovrebbero utilizzare procedure di selezione diverse, come la valutazione di esperti esterni e le interviste *face-to-face*. E quanto al merito si aggiunge che «nella procedura di selezione si dovrebbe tenere conto dell'insieme delle esperienze maturate dai candidati. Pur concentrandosi sul loro potenziale globale in quanto ricercatori, si dovrebbe tenere conto della loro creatività e del loro grado di indipendenza. Ciò significa che il merito dovrebbe essere valutato sul piano qualitativo e quantitativo, ponendo l'accento sui risultati eccezionali ottenuti in un percorso personale diversificato e non esclusivamente sul numero di pubblicazioni. Pertanto, *l'importanza degli indicatori bibliometrici deve essere adeguatamente ponderata nell'ambito di un'ampia gamma di criteri di valutazione, considerando le attività di insegnamento e supervisione, il lavoro in équipe, il trasferimento delle conoscenze, la gestione della ricerca, l'innovazione e le attività di sensibilizzazione del pubblico*» (corsivo aggiunto).

Riassumendo.

Vi è un ampio spazio per l'esercizio della potestà regolamentare delle università nel definire in concreto la procedura per l'assunzione, ma vi sono anche criteri stringenti. La "chiamata" in parola non è certo quella cui siamo stati abituati sinora. Occorrerà prevedere chi e come nomina le commissioni, determinare parametri per i giudizi, garantire trasparenza e pubblicità, e altro ancora.

L'impressione è che queste disposizioni sulle chiamate, soprattutto mediante il recepimento della Carta europea, siano ispirate ad una concezione secondo cui nel momento dell'assunzione, prendendo i dipartimenti una specifica responsabilità sul contributo che i nuovi professori dovranno fornire alla ricerca e alla didattica, occorre assicurare una giusta miscela tra trasparenza e obiettività della scelta ed esigenze specifiche che si intende soddisfare, anche adottando metodologie selettive più duttili e informali. Questa impressione è però, subito smentita dalla previsione secondo cui la specificazione di un eventuale profilo del candidato che si cerca possa avvenire «esclusivamente tramite indicazione di uno o più settori scientifico-disciplinari» (art. 18, c. 1, lett. a). Questo – sebbene l'intento della disposizione sia "buono", volendo impedire il confezionamento del profilo su misura per qualcuno – riconduce alla logica burocratica delle declaratorie delle discipline e non consente ai dipartimenti di specificare di cosa hanno realmente bisogno.

D'altronde, tale ultimo tema segnala un problema più generale, vale a dire il convivere nella legge di spinte dirigistiche e ispirazioni più liberali, che alla resa dei conti impediscono di leggersi un coerente disegno di fondo.

4. Considerazioni conclusive

Proprio sull'aspetto da ultimo toccato vorrei proporre qualche considerazione conclusiva e di carattere più generale.

Si potrebbe sostenere che il meccanismo del reclutamento è farraginoso e presenta alcuni elementi contraddittori. È vero, ma l'esperienza dagli anni Novanta in poi ha mostrato che in Italia riforme all'insegna della semplificazione e della liberalizzazione non si possono fare. È inutile continuare a dolersene. Anche questa legge è prigioniera del difficile connubio tra spinta dirigistica⁷ e timidi tentativi di agire su incentivi e responsabilità (concorrenza e merito)⁸.

Nella legge vi è un collegamento esplicito tra attribuzione del finanziamento ordinario e politiche di reclutamento degli atenei (art. 5, c. 1, lett. c), e art. 5, c. 5). Una quota non superiore al 10% dovrà essere assegnata (nei modi che saranno stabiliti in sede di decreto legislativo) sulla base della valutazione di queste politiche secondo meccanismi elaborati dall'Anvur. La valutazione dovrà riguardare, tra l'altro, la produzione scientifica dei professori e dei ricercatori, la percentuale dei professori e ricercatori in servizio responsabili scientifici di progetti di ricerca internazionali e comunitari, il grado di internazionalizzazione del corpo docente.

Oltre a ciò, in altre disposizioni sulla delega in materia di interventi per la qualità e l'efficienza del sistema universitario, si allude a meccanismi premiali e incentivi nella distribuzione delle risorse legati alla qualificazione dei docenti e delle attività di ricerca.

Non si comprende, tuttavia, con quali criteri – se diversi dagli attuali – si distribuiranno le risorse per il funzionamento ordinario. Né la legge interviene minimamente sul tema delle “tasse universitarie”, implicitamente confermando che si continua a ritenere preferibile un sistema di educazione superiore basato quasi esclusivamente sulla fiscalità generale piuttosto che sull'investimento delle famiglie e sull'assistenza pubblica ai meritevoli sprov-

⁷ Sebbene in assenza dei decreti legislativi non sia possibile capire quale sistema universitario si intenda concretamente disegnare, le previsioni in materia di governance e anche quelle su programmazione, accreditamento, status dei docenti, si ispirano a una logica fortemente uniformante. Non è affatto certo (tutt'altro) ad esempio che in futuro ci liberemo del profluvio di regole sui requisiti dei corsi di studio contenute in una congerie di fonti perlopiù secondarie e terziarie, con veri e propri manuali di istruzione sotto forma di circolari, note interpretative, ecc.

⁸ Per riprendere il titolo di un libro recente: G. della Cananea, C. Franchini, a cura di, *Concorrenza e merito nelle università: problemi, prospettive e proposte*, Torino, Giappichelli, 2009.

visti di mezzi, che implica autonomia delle università nello stabilire il costo del servizio offerto e stimola al tempo stesso competizione verso l'alto tra le istituzioni universitarie e maggiore controllo degli utenti sulla qualità ed efficacia del servizio.

Né si è ritenuto di voler affrontare realmente la questione del regime di lavoro dei professori. Se si vuole incentivare la qualità della ricerca e della didattica nell'università, occorre per prima cosa eliminare l'uniformità e rigidità del rapporto di lavoro (pubblico) dei docenti. Già il Ministro Padoa Schioppa, nel libro verde sulla spesa pubblica del settembre 2007, richiamava criticamente l'attenzione su «un sistema di remunerazione “rigida” dei docenti, che non ricompensa il maggiore impegno e la qualità del lavoro prestato né nella didattica né nella ricerca»⁹.

In breve, come si diceva, elementi di innovazione – in forma di incentivi a perseguire la qualità della didattica e della ricerca – convivono con un impianto complessivo che non appare granché toccato dalla riforma. Questo genera il dubbio che l'innesto in questo corpo di sistemi di reclutamento come quello illustrato, nella parte in cui esso sembra ispirarsi a una maggiore assunzione di responsabilità dei dipartimenti nella scelta dei professori, sia destinato all'ennesimo fallimento.

Dubbi di questo genere, senz'altro leciti, rischiano però di portare a un poco utile immobilismo. Sarebbe forse meglio fare leva sugli aspetti positivi che si è cercato di mettere in luce per tentare di innescare processi di effettivo anche se graduale cambiamento.

Con i limiti appena segnalati, i dipartimenti – chiamati oggi a governare direttamente ricerca e didattica – dovrebbero sicuramente avere interesse ad assumere studiosi in grado più efficacemente di perseguire gli obiettivi che ci si pone: in base a questi si potrebbe essere più interessati, per esempio, a coloro maggiormente inclini ai rapporti internazionali, oppure a coltivare certi campi di ricerca, a coordinare gruppi di ricerca, ad attirare finanziamenti esterni, ecc. La scelta, anche questa non priva di ambiguità, di configurare la procedura di chiamata nel modo in precedenza descritto appare in fondo coerente con l'impostazione che tenta di innescare elementi di differenziazione e competizione tra le università. Pare evidente che non si può, da un lato, dire che le università devono essere valutate, accreditate e

⁹ Su questo aspetto sia consentito rinviare a S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, *Valore legale dei titoli, statuto speciale dei docenti e altri “idola” dell'università italiana*, in G. della Cananea, C. Franchini (a cura di), *Concorrenza e merito nelle università*, cit., 38 ss. Il tema è stato ora ripreso e sviluppato da G. Gardini, *Così diversi, ma così uguali: la contrattualizzazione come strumento per la differenziazione dei docenti universitari*, in corso di pubb. in *Lavoro e diritto*.

la nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari

finanziate anche sulla base delle loro politiche e dei risultati dell'attività scientifica e didattica, e, dall'altro, sottrarre loro ogni possibilità di determinare effettivamente tali politiche, assumendosene la responsabilità.

Tutto questo comporta la conseguenza – probabilmente a molti non gradita – di sottrarre il processo di reclutamento dallo schema della mera cooptazione all'interno (non di un gruppo di ricerca o di una organizzazione che presta un servizio ma) di un settore disciplinare che opera trasversalmente in tutte le università e il cui interesse può solo occasionalmente coincidere con quello di questo o quel dipartimento. Come si è osservato in precedenza, secondo come verrà interpretata e attuata – in sede di decreti ministeriali, pareri Cun e regolamenti di ateneo – questa parte della legge Gelmini, tale effetto sarà più o meno cospicuo.

Da queste scelte, in ogni caso, apparentemente minori, tecniche e per addetti ai lavori, potrebbe passare buona parte del cambiamento o meno del nostro sistema universitario.

Nota finale

Mentre questo lavoro era in corso di stampa, il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, ha licenziato un parere (n. 01180/2011, Adunanza di Sezione del 25 febbraio 2011) sullo schema di regolamento in materia di reclutamento dei docenti universitari, che invita il Governo a fornire una serie di chiarimenti alla luce di numerosi rilievi critici e suggerimenti formulati dall'organo consultivo. Tralasciando gli aspetti di ordine più specifico, le questioni di carattere generale, trattate anche nel presente articolo, sono essenzialmente due. La prima riguarda la predisposizione dei criteri e parametri per i giudizi delle commissioni da definirsi con decreto del Ministro. Qui il Consiglio di Stato richiama l'attenzione sulla opportunità che il decreto, stante la sua natura prettamente tecnica, da un lato non sia definito “non regolamentare”, dall'altro, sia sorretto, non solo in sede di revisione ma sin dall'inizio, dai pareri degli organi tecnico-consulativi. La seconda riguarda la formulazione dei criteri per l'inserimento dei professori nelle liste da cui sorteggiare i commissari. Qui il Consiglio di Stato sembra perplesso sulla scelta di affidare al medesimo decreto che fissa i parametri per i giudizi sui candidati, pure quelli relativi alla “qualità” dei docenti, anche con un richiamo, non del tutto chiaro, ad una dubbia compatibilità di questa soluzione con l'art. 33 Cost. Il rilievo è comunque utilizzato soprattutto come argomento per ribadire l'opportunità del coinvolgimento degli organi tecnici e consultivi nella redazione del decreto mini-

steriale di cui sopra. Al profilo della composizione e qualità delle commissioni giudicatrici appartengono anche le critiche relative alla lacunosità della disciplina dei componenti stranieri delle commissioni giudicatrici, per i quali non si prevede, ad esempio, che debbano sussistere i medesimi criteri di operosità stabiliti per i professori italiani.

Abstract

This article deals with a new discipline about the recruitment of professors introduced by a recent reform of the Italian university system (Law n. 240/2010). This reform substitutes the previous mechanism (carried out in each university and based on competitive procedures by a an evaluation committee whose members were elected among all professors belonging to the same subject area), with a new system based on a national qualifying examination run by a committee of members decided by lot. Those members are chosen from different areas and disciplines: a list of suitable candidates is formed and each university department can choose among them through a selective procedure, in accordance with the European Charter for Researchers.

The article discusses pros and cons of this new system and also deals with the general objectives of the reform of higher education. It tries to emphasize the importance of allowing departments both to develop efficient and transparent selective procedures and to satisfy its proper needs of quality and expertise of new professors.

FRANCESCO VOLPE

PROFILI D'INCOERENZA DELLA NUOVA DISCIPLINA SUL RECLUTAMENTO DEI PROFESSORI UNIVERSITARI

SOMMARIO: 1. Gli obiettivi del nuovo sistema di reclutamento. – 2. Le linee guida del nuovo sistema di reclutamento. – 3. Le incoerenze del nuovo sistema di reclutamento. Chiamata da parte del dipartimento. – 3.1 L'assenza di un contingente alle abilitazioni. – 3.2 Le modalità di composizione della commissione unica nazionale. – 3.3 La selezione posticipata al momento della chiamata. – 3.4 Il riconoscimento dell'abilitazione a maggioranza qualificata. – 3.5 Il membro straniero della commissione di abilitazione. – 3.6 Il parere *pro veritate* esterno. – 3.7 La riunione telematica. – 4. La necessità di revisione della nuova disciplina.

1. Gli obiettivi del nuovo sistema di reclutamento

I punti contro cui si sono concentrate le critiche al previgente sistema di reclutamento dei professori universitari hanno inerito, essenzialmente, alla localizzazione delle procedure concorsuali presso i singoli atenei e alla previsione di un numero di idonei a ricoprire il ruolo che era superiore, per ogni procedura comparativa, al numero dei posti banditi.

Il primo aspetto – secondo i critici del regime anteatto – avrebbe favorito l'ingresso nel corpo accademico di professori non muniti della necessaria maturità scientifica. Costoro, spesso, sarebbero stati già inseriti nelle università che bandivano le procedure di selezione e sarebbero, perciò, risultati favoriti dalla territorialità e dalla eterogeneità delle commissioni, use a valutare con indulgenza la posizione dei c.d. «candidati interni».

Quanto al secondo aspetto, poiché si è ritenuto che la qualità non andò nella quantità, si è sostenuto, poi, che l'eccessivo numero degli idonei sarebbe stato, di per sé, indice dello scadimento delle nuove leve.

Entrambi i fattori ora delineati, a loro volta, sarebbero stati espressione di un malcostume, come si suol dire, «diffuso» nell'ambiente accademico, le cui c.d. «baronie» sono state acutamente stigmatizzate.

La l. 30 dicembre 2010, n. 240, ha posto, così, tra i suoi obiettivi anche

quello di riformare il sistema di reclutamento dei professori universitari di prima e di seconda fascia, allo scopo di ovviare alle individuate disfunzioni.

Non verrà qui contestata, di per sé, la bontà delle valutazioni che hanno preceduto la riforma, né si contesterà l'opportunità di porvi rimedio. Entrambi detti rilievi, infatti, attengono al merito strettamente politico, sul quale non s'intende intervenire.

In ogni caso, è dato oggettivo che, nell'ultimo decennio, sia stata usata larghezza nel reclutamento del personale docente delle università.

In questa sede, però, s'intende evidenziare che la legge di riforma si espone a rilievi inerenti alla sua stessa coerenza, perché essa, non solo, non pone rimedio alle distorsioni rilevate, ma, addirittura, le aggrava.

2. Le linee guida del nuovo sistema di reclutamento

In nuce, il sistema di reclutamento delineato dalla l. n. 240/2010 – e meglio precisato dallo schema del regolamento di esecuzione che è stato recentemente diffuso – si riduce a quanto segue.

Innanzitutto, sono stati sostanzialmente aboliti i concorsi, tanto per la prima quanto per la seconda fascia, con la conseguenza che le università non potranno più bandirli.

Le chiamate riguarderanno solo soggetti c.d. «abilitati», oppure i professori che già siano in servizio. In tal modo, viene sostanzialmente eliminata la distinzione tra chiamate «da concorso» e chiamate «da trasferimento» (art. 16, c. 1, lett. b), l. n. 240/2010).

L'abilitazione, a sua volta, è il risultato di un procedimento di selezione, a cui sovrintende un'unica commissione nazionale (art. 16 della citata legge e art. 6 dello schema di regolamento), insediata per due anni e con riferimento ad ogni «settore concorsuale».

Ogni anno verrà, quindi, indetta una sessione di abilitazione, per ciascuna fascia del ruolo dei professori.

Il conferimento dell'abilitazione – i cui effetti sono destinati a prime-re decorsi quattro anni, se null'altro segue – attribuirà ai candidati selezionati un particolare status, proprio perché essi, in quanto tali, potranno essere destinatari di una chiamata. La cosiddetta abilitazione, pertanto, va classificata alla stregua di quella che – nella tradizionale classificazione dei provvedimenti amministrativi – potremo definire alla stregua di un'ammissione.

A seguito della chiamata, infine, gli abilitati acquisiranno la qualifica effettiva di professore (secondo la fascia di appartenenza) e, insieme, l'accesso al rapporto di servizio.

3. Le incoerenze del nuovo sistema di reclutamento

Si passa ora ad evidenziare i prefati profili di incoerenza del nuovo regime.

3.1 *L'assenza di un contingente alle abilitazioni*

Innanzitutto, va rilevato che sia la legge di riforma, sia lo schema di regolamento esecutivo, non prevedono alcun predeterminato contingente al numero dei candidati che, in ogni tornata di valutazione, potranno ottenere l'abilitazione.

Al termine del procedimento di selezione, pertanto, potranno essere dichiarati abilitati solo alcuni dei candidati o, in tesi, addirittura tutti coloro che abbiano presentato istanza.

Va evidenziato che il mancato contingentamento degli abilitati non è legato alla particolare struttura del provvedimento da emanarsi. Ricordato che l'abilitazione è, in effetti, un'ammissione (perché qualifica il soggetto selezionato come idoneo a ricoprire il ruolo di professore), non sono mancati, nel sistema, casi in cui provvedimenti di tal genere potevano essere rilasciati solo in numero determinato.

Ad esempio (restando in materia affine agli interessi del settore), prima che il d.lgs.lgt. 7 novembre 1944, n. 215, sospendesse l'efficacia della relativa disposizione (art. 19), la legge professionale forense (r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578) prevedeva che fosse quantitativamente limitato il numero dei soggetti che potevano accedere, ogni anno, all'ufficio di procuratore legale.

Quanto poi alla legislazione universitaria, secondo l'art. 11, r.d.l. 20 giugno 1935, n. 1071, spettava al Ministro determinare il «numero massimo» dei liberi docenti; vale a dire proprio di quei soggetti che il successivo r.d. 31 agosto 1935, n. 1592, avrebbe significativamente indicato come titolari della «abilitazione» all'insegnamento (c.d. «privato») nelle università.

A ben vedere, poi, anche il sistema di reclutamento, immediatamente previgente a quello dettato dalla l. n. 240/2010, prevedeva il rilascio di abilitazioni a «numero chiuso», tali dovendosi intendere le idoneità – in numero predeterminato, ora di due, ora di tre candidati – rilasciate in occasione delle procedure di selezione comparativa.

Non sembra, perciò, che sia strutturale alle ammissioni, intese come tipo di provvedimento amministrativo, il dovere essere rilasciate in numero indeterminato.

La previsione di ammissioni a numero chiuso o a numero aperto, invece, è solo il risultato di ciò che stabilisce, nel caso concreto, il diritto positivo.

Nel nostro caso, la l. n. 240/2010 ha dunque stabilito che non vi sia un tetto al numero degli abilitati.

Tutto ciò trova corrispondenti richiami in altre disposizioni della riforma.

In particolare, la previsione si riflette sull'ulteriore indicazione, contenuta nella stessa l. n. 240/2010, secondo la quale "il mancato conseguimento dell'abilitazione preclude la partecipazione a tutte le procedure di abilitazione indette nel biennio successivo per la medesima fascia oppure per la fascia superiore" (art. 3, c. 4, dello schema di regolamento; si veda anche l'art. 16, c. 3, lett. l), della stessa legge).

In effetti, detta preclusione sarebbe verosimilmente contrastante con il principio di buon andamento se essa fosse riferita a procedure concorsuali in senso proprio (in cui va selezionato un predeterminato numero di vincitori), dal momento che l'infelice esito di una candidatura può non essere affatto collegato all'inadeguatezza di chi la abbia instata.

Tale esito può essere collegato, semplicemente, al fatto che abbiano partecipato alla selezione altri candidati ancora più meritevoli. Ciò non significa, però, che chi non risulta vincitore in una procedura concorsuale sia di per sé immeritevole di ricoprire il ruolo e che egli, dunque, debba scontare un periodo di «riflessione», per potere ricostruire, su basi più idonee, la propria preparazione.

Di contro, l'infelice esito di una candidatura, ove presentata in una procedura di selezione non contingentata, può essere riferito solo ad un'inadeguatezza assoluta dell'interessato e non ad una soccombenza dovuta a ragioni comparative con la posizione degli altri candidati.

La mancata previsione di un numero predeterminato di abilitazioni esclude, dunque, che i candidati vengano posti in competizione tra loro, sì da far emergere il migliore.

Tutto ciò, però, comporta anche il pericolo che le abilitazioni che verranno rilasciate, in futuro e sulla base della l. n. 240/2010, possano riguardare anche candidati oggettivamente non idonei. Infatti, il riconoscimento, a costoro, dell'abilitazione non tornerà a danno di altri candidati oggettivamente meritevoli, ai quali pure verrebbe riconosciuto lo status giuridico in discussione.

Ciò può giustificare una più che comprensibile benevolenza da parte dei componenti l'unica commissione nazionale, specie in determinati settori disciplinari.

Vi possono essere, invero, ragioni ben facilmente intuibili – *intelligenti pauca* – che possono spingere le commissioni di abilitazione (pur sempre composte da professori della materia, legati da rapporti di familiarità con i

disciplina sul reclutamento dei professori universitari

colleghi e con il *milieu* della disciplina) a largheggiare nel riconoscimento delle abilitazioni.

È, dunque, facile prevedere che, all'atto pratico, il numero dei soggetti abilitati sarà assai cospicuo, con esiti ancora più gravi di quelli dati dalle pre-
vigenti valutazioni comparative, in cui il numero di idonei era, pur sempre, limitato a due o a tre candidati per ogni concorso bandito.

Nulla esclude che possano essere dichiarati abilitati tutti coloro che presenteranno la relativa domanda.

Da ciò emerge, dunque, la prima ragione di incoerenza della riforma. Essa si presta ad una moltiplicazione, in alcun modo delimitata, del numero dei soggetti abilitati, o idonei, a ricoprire i ruoli di professore nelle università.

Le conseguenze, all'atto pratico, dell'avveramento di una tale previsione sono facilmente intuibili.

Nel volgere di qualche anno, constateremo l'esistenza di un vasto parterre di soggetti abilitati all'insegnamento universitario.

A quel punto, tutti costoro rivendicheranno – come è logico attendersi – l'effettivo accesso ai ruoli e all'insegnamento, con il rischio di vedere ripetersi quell'insorgenza di c.d. «precari» dell'università a cui abbiamo assistito in tempi recenti. Con la differenza, però, che gli attuali «precari» godono al più del titolo di dottore di ricerca o di quello di «assegnista»; i futuri precari, invece, vanteranno il ben più «consolidato» titolo al posto di professore di seconda o, addirittura, di prima fascia.

A tutti costoro, peraltro, non sarà possibile aprire le porte dell'università.

A un tanto si opporranno non solo evidenti ragioni di bilancio, ma anche ragioni sostanziali.

Proprio a causa del prevedibile loro elevato numero, infatti, i futuri abilitati non saranno tutti idonei, secondo un profilo sostanziale, a ricoprire il ruolo di professore, pur essendo formalmente rivestiti dei requisiti per accedervi.

Si teme, perciò, che verrà a riproporsi una situazione di malcontento sociale, a cui non si potrà tuttavia dare soluzione, a pena di aggravare ulteriormente l'evidenziato scadimento delle istituzioni universitarie.

3.2 Le modalità di composizione della commissione unica nazionale

L'unico limite alla concreta verificabilità di quanto ora ipotizzato risiede, a questo punto, nella serietà con cui la commissione unica nazionale opererà.

Sotto questo profilo, però, si deve dire che un tale baluardo esiste o non esiste indipendentemente da ciò che le singole leggi prevedono o statuiscono, perché la serietà dei commissari è legata, solo, alla disposizione d'animo degli stessi e alla loro personale probità. Anzi, si deve rilevare che la previsione di un'unica commissione può acuire il rischio di un cattivo svolgimento delle procedure di abilitazione, perché concentra nei pochi componenti di quell'unico collegio l'affidamento sul retto operare.

Per altro verso, va riconosciuto che la l. n. 240/2010 – e ancor più lo schema di regolamento – sono estremamente severi nel determinare le modalità di composizione della commissione.

In particolare, l'art. 6, c. 4, dello schema di regolamento prevede che gli aspiranti commissari debbano soddisfare criteri e parametri di qualificazione scientifica assai rigidi.

Questo è indubbiamente uno degli aspetti positivi della riforma, dal momento che è ragionevole ipotizzare che commissari scientificamente qualificati possano esercitare la propria discrezionalità tecnica in modo migliore di chi non è scientificamente «all'altezza».

Questa garanzia, tuttavia, non è, da sola, sufficiente, perché non è affatto detto che i commissari estendano la severità di giudizio, che pure applicano ai propri e personali lavori scientifici, anche ai lavori scientifici dei candidati.

Inoltre, suscita qualche perplessità anche lo stesso modo di selezione degli stessi commissari.

Gli artt. 6 ss. dello schema di regolamento escludono ogni forma di elezione, da parte del corpo accademico, dei commissari.

Chi ambisce alla carica deve avanzare lui stesso la propria disponibilità.

A seguito di ciò, l'aspirante commissario verrà inserito in una lista, curata dall'Anvur. Spetta all'Anvur, infatti, di valutare la sussistenza, nel singolo aspirante commissario, di quei rigidi requisiti sostanziali necessari per poter accedere alla suddetta lista.

Tutto ciò compiuto, i singoli, effettivi, commissari verranno designati a mezzo di un sorteggio.

È dunque evidente quanto fondamentale sia il ruolo che l'Anvur è chiamata ad esercitare: ai componenti del suo consiglio direttivo è affidato, in effetti, il compito – se non di stabilire chi potrà essere commissario – quanto meno di stabilire chi non potrà esserlo. In tal modo è innegabile che l'Anvur avrà una ingerenza, almeno indiretta, sulla costituzione della commissione abilitatrice.

Ma – come si usa dire – *quis custodiet custodes?*

I componenti il consiglio direttivo dell'Anvur sono nominati con de-

disciplina sul reclutamento dei professori universitari

creto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro. Costui formula le proprie designazioni sulla base di un elenco formato da un Comitato di selezione, i cui componenti, a loro volta, sono indicati dal Ministro stesso, dal Segretario generale dell'Ocse e dai Presidenti dell'Accademia dei Lincei, dell'*European research council* e del consiglio nazionale degli studenti (art. 8, d.P.R. 1 febbraio 2010, n. 76).

Non si intende qui troppo sottolineare il ruolo attribuito al Ministro e i riflessi che ciò può avere, scendendo «per li rami» delle liste degli aspiranti commissari e quindi delle commissioni, sull'indirizzo generale della ricerca scientifica: sul punto ognuno farà le considerazioni che gli sembreranno più appropriate.

Ma anche ipotizzando (come l'attuale composizione dell'Anvur legittima di pensare) che la selezione delle commissioni di abilitazione si possa svolgere all'impronta della più alta correttezza, è tuttavia altrettanto legittimo opinare che un domani la commissione, una volta insediata, possa cedere alle lusinghe e cogliere quell'occasione, che ai componenti il collegio mai più potrà tornare, per operare in modo non specchiatissimo.

Del resto, se il metodo dell'elezione degli organi selezionatori presenta i suoi inconvenienti (giacché esso non pone al riparo da fraudolente manovre elettorali), è vero anche che un metodo diverso lascia i commissari indenni dalle conseguenze che un giudizio di riprovazione per il male operato potrebbe invece generare.

3.3 La selezione posticipata al momento della chiamata

Continuando nell'approfondimento delle incoerenze interne alla nuova disciplina sul reclutamento universitario, va, poi, aggiunto, che il nuovo sistema neppure si oppone alla localizzazione delle future selezioni.

Infatti, il prevedibile alto numero delle abilitazioni comporterà che gli allievi di ogni ateneo potranno, verosimilmente senza troppi sforzi, accedervi, sì che tutti costoro risulteranno chiamabili dagli stessi atenei di provenienza.

Non costituisce un effettivo ostacolo a tale evenienza il fatto che le università debbano vincolare «le risorse corrispondenti ad almeno un quinto dei posti disponibili di professore di ruolo alla chiamata di coloro che nell'ultimo triennio non hanno prestato servizio, o non sono stati titolari di assegni di ricerca ovvero iscritti a corsi universitari nell'università stessa» (art. 18, l. n. 240/210), sia perché la disposizione ammette un, pur sempre alto, quoziente a favore delle chiamate di abilitati "interni", sia, soprattutto, perché non sono difficili operazioni di "reciprocità" tra i diversi atenei.

Dal quadro ora descritto emerge, pertanto, che l'effettiva selezione dei futuri professori non avverrà in sede di abilitazione, ma solo nella successiva fase della chiamata, che spetta – e non potrebbe essere diversamente – alle singole università.

Saranno, dunque, i consigli dei Dipartimenti (chiamati a formulare la proposta di chiamata) e i consigli di amministrazione degli atenei a stabilire, effettivamente, chi è destinato a ricoprire il posto di professore universitario, tra tutti gli aspiranti che saranno compresi nella vasta platea degli abilitati.

La partecipazione, alla fase di selezione, del consiglio di amministrazione, peraltro, offrirà il destro a dinamiche esse stesse distorsive, trasferendo sull'intero ateneo quei fenomeni di veti incrociati, a riguardo delle specifiche chiamate, che, finora, sono rimasti confinati nei consigli di facoltà.

Poiché, tuttavia, l'esperienza insegna che, quando tali veti incrociati si pongono, l'unico modo per superarli consiste nel dare soddisfazione, nel limite di quel che è possibile, ad entrambi i contendenti, anche sotto questo profilo la fase di selezione potrà subire delle incidenze che non dipendono dall'esclusivo merito del candidato o dalle necessità dell'insegnamento, ma che possono essere collegate, in realtà, a fattori esogeni, non sempre apprezzabili.

3.4 Il riconoscimento dell'abilitazione a maggioranza qualificata

L'inadeguatezza del procedimento di abilitazione a correggere le storture descritte all'inizio di questo intervento emerge, inoltre, anche sulla base di ulteriori fattori.

In particolare, l'art. 8, c. 5, dello schema di regolamento prevede che la commissione abilitatrice possa riconoscere l'abilitazione solo con la maggioranza qualificata di quattro dei suoi cinque componenti.

Tale previsione – lungi dal garantire quella severità di cui si fa, apparentemente, portavoce – accentuerà in commissione l'ingerenza delle minoranze, che pure, per postulato, dovrebbero essere portatrici delle istanze dei candidati scientificamente più deboli.

Infatti, in ragione di detta maggioranza qualificata, è evidente che la minoranza dei componenti l'organo sarà in grado di bloccare i lavori della commissione stessa. In specie, nel caso in cui due commissari su cinque promuovano la abilitazione di candidati immeritevoli contro il parere contrario degli altri tre, la minoranza potrà agire in modo tale da ostacolare anche l'abilitazione dei candidati veramente meritevoli e indurre, in tal modo, la maggioranza ad accettare l'abilitazione dell'immeritevole pur di riconoscere l'idoneità anche a colui a cui spetta per davvero.

disciplina sul reclutamento dei professori universitari

Ancora una volta, perciò, si pone, concreto, il pericolo di un voto di scambio, che tanto più risulta facilitato proprio perché non è previsto alcun contingente al numero degli abilitandi.

3.5 Il membro straniero della commissione di abilitazione

Tra gli altri aspetti della riforma, che appaiono essere in contraddizione con l'intento di evitare l'auspicata severità di giudizio sui candidati e l'oggettività della valutazione, va poi segnalata la necessità che alla commissione abilitatrice partecipi uno studioso straniero (art. 19, c. 3, lett. f), e art. 6, c. 7, dello schema di regolamento).

La previsione, evidentemente, è ispirata allo scopo di valorizzare un esame dei candidati sulla base di parametri sovranazionali. L'intento, però, non è privo di coloriture demagogiche; esso, per di più, rischia di rimanere, almeno in qualche occasione, inattuato.

Invero, se è comprensibile che in determinati settori scientifici (ad esempio nelle discipline fisiche, matematiche, mediche, ingegneristiche, economiche) un commissario straniero ben possa essere adatto a valutare i candidati italiani, per altri settori disciplinari si deve giungere a diverse conclusioni.

Ciò vale, *in primis*, per molte discipline giuridiche, per lo più ancorate al diritto interno; ciò vale, sempre ad esempio, anche per alcune discipline umanistiche, legate alla tradizione culturale italiana.

Si opina, perciò, che non sarà cosa facile reperire all'estero commissari sufficientemente formati nel diritto amministrativo italiano o nel diritto processuale penale italiano. Analoghe considerazioni potranno svolgersi anche con riferimento, ad esempio, alla letteratura italiana o alla storia della filosofia italiana.

Quand'anche poi tali commissari fossero reperibili, vi è poi da considerare il problema linguistico, che non va riferito solo ai candidati, ma ai commissari stessi.

Questi commissari stranieri, infatti, dovranno esaminare anche (o solo) opere e studi scritti in lingua italiana. È noto, tuttavia, che la conoscenza della nostra lingua, all'estero, non è molto diffusa, neppure negli ambienti scientifici e universitari.

Né pare congruo imporre che i candidati debbano, sostanzialmente, presentare opere scritte in lingua inglese, onde consentire una loro più facile valutazione da parte del commissario straniero.

Senza nulla togliere alle giuste richieste in merito alla conoscenza delle lingue straniere da parte dei professori d'università, un tale onere, infatti, da-

rebbe luogo, innanzi tutto, ad un'operazione del tutto contraria agli interessi della cultura. Perché è contrario agli interessi della cultura che un saggio su Giuseppe Ungaretti o uno studio sul patteggiamento nel processo penale debbano essere svolti in lingua inglese o tedesca e non in lingua italiana.

La medesima operazione, poi, sarebbe contraria anche agli stessi interessi della ricerca e dell'applicazione pratica dei suoi risultati. Un saggio giuridico scritto in lingua diversa da quella italiana, infatti, sarebbe probabilmente manifestazione di buona cultura di chi lo ha redatto, ma assai difficilmente sarebbe consultato dai magistrati e dal foro, ai quali pure, se non essenzialmente, esso è diretto.

Escluso che ai candidati all'abilitazione si possa chiedere, sempre, titoli in lingua straniera, è prevedibile che, nella sostanza delle cose, il commissario straniero – vuoi perché non particolarmente versato nella disciplina concorsuale (essendo troppo ridotto il numero dei selezionabili), vuoi perché non agevolato dai suoi limiti linguistici – non sarà sempre in grado di svolgere in modo accurato il proprio ufficio. Egli, pertanto, finirà per esprimere la sua valutazione sulla base delle indicazioni e delle sollecitazioni che riceverà dagli altri commissari, così, di fatto, da vanificare l'utilità della sua presenza nel collegio.

3.6 *Il parere pro veritate esterno*

Un altro profilo criticabile della riforma, sempre sotto il profilo della sua coerenza, attiene al modo con cui la commissione abilitatrice è chiamata a lavorare.

Se scopo della riforma è, tra l'altro, quello di garantire una maggiore severità nelle procedure di selezione, risulta di dubbia logicità il fatto che la commissione possa integrare la propria base di valutazione sulla base di pareri (definiti «*pro veritate*» dall'art. 8, c. 8, dello schema di regolamento), provenienti da soggetti terzi (ancorché titolari dei requisiti prescritti per far parte della commissione).

Un tale strumento, infatti, si presta a delegare all'estensore del parere – che non fa parte, si ripete, della commissione – il compito di procedere, in via di fatto, alla selezione; il medesimo strumento si presta, altresì, a sostenere forzature nei lavori della commissione stessa.

Infine, il ricorso a tale strumento permetterà di eludere la norma che subordina la formazione della commissione ad un sorteggio. Di fatto, colui al quale sarà affidato il compito di redigere il parere *pro veritate* sarà un componente *adiectus* ed esterno della commissione, selezionato proprio sulla base di quei criteri che la nuova disciplina ha inteso, invece, evitare.

disciplina sul reclutamento dei professori universitari

3.7 La riunione telematica

A margine, sembra infine criticabile anche la previsione – contenuta nell'art. 8, c. 7, dello schema di regolamento – secondo cui la commissione abilitatrice opererà esclusivamente per via telematica, senza che essa abbia mai, materialmente, a riunirsi.

Senza dubbio un tale sistema consente di operare qualche risparmio sui costi di funzionamento delle commissioni; è vero, però, che esso non permetterà quell'approfondimento delle valutazioni che solo la costituzione effettiva del collegio può consentire.

4. La necessità di revisione della nuova disciplina

Questo intervento ha toccato vari aspetti del nuovo regime sul reclutamento dei professori universitari, evidenziando alcuni profili che – a parere di chi scrive – paiono in contraddizione con gli stessi scopi che la l. n. 240/2010 ha dichiarato di volere assumere.

Si riconosce che non tutti i rilievi, ora esposti, hanno la medesima incidenza e la medesima importanza.

Tra tutti, perciò, si ritiene utile mettere in particolare evidenza – a causa delle gravi conseguenze che ne possono derivare – il rilievo concernente la mancanza di un contingente delle abilitazioni.

L'auspicio è che – se la bontà di tali considerazioni dovesse essere riconosciuta – se ne tenga conto, al fine di procedere ad una revisione della nuova disciplina, che ci si augura possa essere quanto mai sollecita, onde evitare il venire in essere istanze di «diritto intertemporale» che in futuro sarà assai difficile ignorare.

Abstract

The article examines the new recruitment system for professors established by Law n. 240/2010. First of all, the objectives of the reform are briefly analysed: they aim to strengthen the merit principle, mitigating the advantages enjoyed by local candidates. Secondly, the new recruitment system is analysed, highlighting its contradictions. The new rules have two main shortcomings: they did not set a quota for future recruitment and they maintained the real selection at the departmental level. This will lead to the revival of old problems. In conclusion, the A. suggests how the new legal framework should be corrected so to make it consistent with its purposes.

COMMENTI

CORTE COSTITUZIONALE, 17 novembre 2010, n. 325

La sentenza n. 325/2010 della Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'assoggettamento delle società in house al patto di stabilità interno. Ha invece considerato non fondate tutte le altre questioni di legittimità costituzionale sollevate da varie regioni sull'art. 23-bis, dichiarando contrarie al parametro costituzionale alcune norme della Campania e della Liguria. In particolare, ha respinto i dubbi sul contrasto tra la disciplina interna e il diritto sopranazionale e la lesione del principio di ragionevolezza. Ha sancito la competenza statale per la disciplina dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, dando modo allo Stato di stabilire le condizioni ove questo requisito si concreta. La Corte è mossa dall'assunto che l'ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, compresi gli enti infrastatali, possano a loro discrezione decidere discrezionalmente circa la sussistenza dell'interesse economico del servizio. Quindi il legislatore statale si è adeguato promuovendo l'applicazione delle regole a tutela della concorrenza, escludendo che gli enti autonomi possano «soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio». Altre censure, come la violazione dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, l'irragionevole diversità della disciplina tra servizio idrico e gli altri servizi pubblici locali, nonché la violazione dell'autonomia finanziaria sono state ritenute inammissibili.

VINCENZO COCOZZA

UNA NOZIONE OGGETTIVA DI “RILEVANZA ECONOMICA” PER I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 e l'individuazione dei servizi pubblici di rilevanza economica. – 2. L'indifferenza comunitaria delle scelte operate dagli Stati. – 3. Le conclusioni della Corte costituzionale. – 3.1. Una nozione oggettiva di rilevanza economica. – 3.2. Fondamento costituzionale della nozione? – 3.3. La competenza statale alla disciplina della materia.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 e l'individuazione dei servizi pubblici di rilevanza economica

La sentenza della Corte costituzionale 17 novembre 2010, n. 325, affronta una tematica complessa anche per le molteplici risposte che il giudice costituzionale ha dovuto dare ai numerosi ricorsi proposti dalle regioni avverso l'art. 23-bis, d. l. 25 giugno 2008, n. 112.

All'interno della strutturata motivazione che la Corte costituzionale ha utilizzato per pervenire al rigetto dei ricorsi regionali, si vuole fermare l'attenzione su un aspetto specifico che, per la verità, rappresenta un elemento di forte impatto nel sistema complessivamente considerato. Ci si riferisce alla qualificazione che la Corte dà di «servizio pubblico di rilevanza economica».

Devo dire subito che il percorso argomentativo seguito dal giudice costituzionale non si mostra del tutto coerente tra le premesse e le conclusioni e lascia, con tutta probabilità, senza risposta alcuni interrogativi che la Corte stessa aveva posto e che, come si dirà, sono molto importanti ai fini ricostruttivi.

Volendo soffermare l'attenzione su quelli che appaiono i passaggi più significativi per le valutazioni da compiere sulla conclusione conseguita in ordine al modo in cui i servizi pubblici locali di rilevanza economica devono essere intesi, si deve cominciare col considerare il primo, di quelli che la Corte chiama nuclei tematici, rappresentato dal condizionamento o meno del diritto comunitario sulla qualificazione nazionale di «rilevanza economica».

2. L'indifferenza comunitaria delle scelte operate dagli Stati

Al riguardo la conclusione del giudice delle leggi, che costituisce anche la premessa logica del suo più ampio ragionamento, è che vi sia, per così dire, una indifferenza comunitaria della scelta.

Nella sentenza ci si sofferma a considerare che il concetto di «rilevanza economica» non trova riscontro nell'ordinamento comunitario dove vi è un riferimento al servizio di interesse economico generale. Ciononostante, secondo l'argomentazione della Corte, la nozione comunitaria e quella interna hanno contenuto omologo. E questo pur con la differenza che sussiste nelle discipline dell'una e dell'altra anche per quel che concerne le eccezioni alle regole generali.

Non sembra interessante ai fini di quello che si vuole qui porre in evidenza soffermarsi sulla divisibilità completa o meno delle conclusioni

una nozione oggettiva di “rilevanza economica”

conseguite dal giudice costituzionale, perché interessa soltanto sottolineare come l'esito dell'*iter* argomentativo è rappresentato dalla individuazione di un minimo comunitario inderogabile per gli Stati membri per quanto riguarda l'assetto concorrenziale del mercato. Si tratta di un esito assai interessante perché si apre in questa maniera, come dice la Corte, «un margine di apprezzamento per gli Stati nazionali». La Corte, per la verità, già da subito riferisce questo margine di apprezzamento al legislatore nazionale anticipando, così, quella che poi sarà una successiva conclusione in ordine alla competenza ad intervenire.

La riferita premessa logica assume tutta la sua importanza portando l'attenzione sul nucleo tematico al quale è da assegnare la più grande rilevanza in termini ricostruttivi generali e di sistema.

3. Le conclusioni della Corte costituzionale

È il punto nove del «considerato in diritto» quello nel quale la Corte costituzionale decide sulla nozione di «rilevanza economica» e, poi, esprimersi sulla competenza alla disciplina nel rapporto tra Stato e regioni.

Per fare ciò, lo stesso giudice costituzionale afferma che sono tre i punti sui quali la sua conclusione si deve fondare, e cioè:

- a) la portata della nozione di «rilevanza economica»;
- b) il fondamento costituzionale di tale nozione;
- c) di conseguenza, la competenza statale o regionale.

Volendo seguire il ragionamento condotto dal giudice costituzionale, si possono osservare alcune peculiarità che si riflettono sulla coerenza dell'*iter* argomentativo e, ovviamente, sulle conclusioni conseguite.

3.1. Una nozione oggettiva di rilevanza economica

Sul primo dei tre punti, e cioè sulla nozione di «rilevanza economica», ritengo che sia riscontrabile un non allineamento della sentenza n. 325/2010 rispetto alla normativa comunitaria e rispetto al precedente dello stesso giudice costituzionale del 2004. Osservazione, questa, che merita di essere sottolineata nel momento in cui la Corte costituzionale non esplicita una volontà di modificare conclusioni già conseguite ma, anzi, richiama il precedente del 2004.

Per seguire la progressione logica si deve, ancora una volta, considerare che la Corte ribadisce, confermando quello che aveva poco prima già sottolineato, che la nozione comunitaria e la nozione nazionale sono omolo-

ghe. Ed è proprio nel sottolineare questo dato che richiama la sentenza del 2004, n. 272, che aveva fatto proprio il modello ricostruttivo comunitario.

È interessante, infatti, ricordare che nel punto quattro del «considerato in diritto» della sentenza citata, la Corte costituzionale aveva richiamato gli esiti dei percorsi conseguiti in sede comunitaria ed in particolare quanto emergeva dal Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003 predisposto dalla Commissione europea, nel quale era stato chiarito che le norme sulla concorrenza trovano applicazione esclusivamente nei confronti delle attività economiche e, soprattutto, che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo. Con un'importante ulteriore conseguenza che non vi è la possibilità di una elencazione dei servizi di interesse generale di natura non economica. Nel 2004, la Corte costituzionale richiama anche la giurisprudenza comunitaria sulla rilevanza da riconoscere al giudice nazionale nella valutazione delle circostanze e condizioni del servizio ed in particolare sulla assenza di uno scopo lucrativo. Con la logica conclusione che, se privi di rilevanza economica, si apriva lo spazio per la disciplina sia regionale che locale.

Non sembra, per la verità, inutile considerare che, sulla base di questo elemento ricostruttivo di livello comunitario, non è tanto l'oggetto dell'attività ad assumere rilevanza ai fini qualificatori, bensì le modalità di svolgimento del servizio.

Giurisprudenza amministrativa ed interventi del giudice contabile hanno, quindi, valorizzato ai fini della «rilevanza economica» l'esistenza di una redditività e, quindi, di una competizione sul mercato, con la conseguenza che se le modalità di gestione non danno luogo ad alcuna competizione, non vi è rilevanza ai fini della concorrenza.

Pur richiamando questo precedente e pur non smentendo, ma anzi utilizzando, la similitudine tra il concetto comunitario e quello nazionale, la Corte costituzionale sembra, però, allontanarsi dalle indicazioni appena ricordate perché, pur riconoscendo che la nozione comunitaria è utile con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, procede oltre e concepisce la «rilevanza economica» come possibilità della apertura di un mercato obiettivamente valutata.

Propone, così, una portata oggettiva della nozione che, ovviamente, esclude scelte soggettive.

Sorgono inevitabilmente degli interrogativi.

Il primo è se sia coerente assumere che il concetto di «rilevanza economica» abbia una portata oggettiva e nel contempo distinguere quel concetto a livello comunitario e nazionale. È inevitabile che se, come si è detto, il concetto comunitario costituisce il minimo inderogabile, non vi è iden-

una nozione oggettiva di “rilevanza economica”

tità fra le nozioni. Ed allora non si comprende quale delle due sia la nozione oggettiva.

Il secondo interrogativo attiene alla corretta consequenzialità logica tra la premessa, di cui si è detto, secondo la quale, rispettato il minimo comunitario, si apre la scelta dei singoli Stati. Se la nozione è oggettiva, ancora una volta non si coglie con esattezza quale può essere il margine dell'apprezzamento.

3.2. Fondamento costituzionale della nozione?

E qui si viene al secondo dei punti che la Corte costituzionale aveva indicato come passaggio obbligato per pervenire alla conclusione, e cioè il fondamento costituzionale. Il giudice costituzionale, per la verità, non indica il fondamento costituzionale perché quando si occupa della materia «tutela della concorrenza» per delineare la competenza dello Stato, ha già qualificato la nozione di «rilevanza economica».

A ben vedere, infatti, l'esito ricostruttivo che conduce alla nozione «oggettiva» di «rilevanza economica» non è di livello costituzionale, ma è derivante dalla analisi della stessa legge che la contempla.

Su questo secondo punto, essenziale per la ricostruzione, è, allora, da evidenziare che manca un riferimento a norme costituzionali idonee a legittimare la costruzione della «rilevanza economica» con un criterio oggettivo e, di conseguenza, non vi è cenno a bilanciamenti con valori costituzionali che certamente in questo campo si propongono con forza quali quelli della scelta politica per finalità sociali, della solidarietà, coesione, proporzionalità e sussidiarietà.

3.3. La competenza statale alla disciplina della materia

Se quanto precede può essere considerato corretto, è da ritenere che vi sia un salto logico nella conclusione che la Corte propone nell'individuare il fondamento costituzionale nella concorrenza. La tutela della concorrenza che attrae l'ambito materiale dell'intervento legislativo nella competenza statale è, appunto, il fondamento per individuare l'ente che deve disciplinare, ma non attiene alla nozione. Ed è evidente che sarà la nozione prescelta di «rilevanza economica» a riflettersi sulla competenza.

E qui va, per la verità, anche notato che nell'inquadramento della competenza per escludere spazio d'intervento degli enti locali con particolare riferimento al servizio idrico integrato, la Corte conclude nel senso che non si possa parlare di funzioni fondamentali degli enti locali.

Per avvalorare la conclusione richiama alcuni precedenti, tra i quali la recente sentenza n. 307/2009.

Anche in questo caso, però, non sembra esservi un allineamento tra le pronunce.

Nella sentenza n. 307/2009, infatti, la Corte aveva scritto che «le competenze comunali in ordine al servizio idrico integrato sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata della comunità stabilita nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117».

Sulla base di tale impianto aveva, poi, ricordato lo spazio comunque spettante alla disciplina regionale e, di conseguenza, quello da ritenersi possibile per gli enti locali stessi.

Ne consegue che privo di argomento a sostegno sia la più recente conclusione della Corte, secondo la quale vi sarebbe un errore di fondo nella prospettazione di alcuni ricorsi regionali che hanno ragionato proprio in termini di funzioni fondamentali degli enti locali per costruire i vizi nei confronti della legge statale.

Insomma e conclusivamente, i punti segnalati non possono non riflettersi sulla condivisibilità dell'impianto motivazionale.

Di certo lo spazio lasciato ad una nozione così configurata di «rilevanza economica» ha condizionato gli esiti ricostruttivi. E proprio da quella nozione così ampia, che la legge statale ha ritenuto di introdurre, discende come conseguenza la legittimazione dell'intervento stesso. Si tratta, per così dire, di auto legittimazione o di una modalità per attrarre a livello centrale l'intera disciplina.

Sotto questo punto di vista, è, forse, da osservare ancora che se si ragiona in termini di un mercato potenziale, la tutela della concorrenza non è più assicurare le condizioni della concorrenza, bensì ricercare sempre e comunque mercato perché, con tutta probabilità, in qualunque settore un mercato potenziale, più o meno ampio, sembra ipotizzabile.

Abstract

The essay gives a critical reading of the Constitutional Court decision n. 325/2010. The pronouncement is not analyzed in its complexity: the examination is limited to the notion of economic relevance of public services because of its importance. The legislative competence of the State or of the regions on local public services is identified through its definition.

una nozione oggettiva di “rilevanza economica”

The A. raises doubts about the rational of the decision: as a matter of fact, the Constitutional Court went beyond what is established by the EU legislation, amending inexplicitly its previous orientation (decision n. 272/2004).

The decision infers a concept of objective economic relevance (existing in case of relevant market), directly from the challenged. In this way, the court did not make an adequate balance of principles and constitutional values: as a consequence, the decision endorses the State to decide by itself its legislative competence in this area and its self-legitimacy to do so.

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, Pres. Lamberti, Est. D'Agostino (riforma Tar Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737)

L'art. 75, d.lgs. n. 163/2006, contenente il codice dei contratti pubblici, che dispone l'onere per i partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di un contratto di corredare l'offerta di una garanzia, sotto forma di cauzione o di fideiussione, non si applica ad una procedura selettiva per l'affidamento di una concessione di servizi.

Non ha titolo a far valere la violazione di una norma attinente alla fase di esecuzione di un contratto pubblico un soggetto diverso dalle parti del contratto stesso.

ALBERTO MASSERA

LA CONCESSIONE DI SERVIZI: UNA QUESTIONE DI REGIME SEMPRE APERTA

SOMMARIO: 1. I termini della questione. – 2. La distinzione della concessione di servizi dall'appalto. – 3. I punti salienti della pronuncia.

1. I termini della questione

Quando nello studio della attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni vengono in evidenza questioni attinenti all'applicazione del relativo diritto alle concessioni si ripropongono continuamente, in ragione dell'attuale assetto della disciplina *in subiecta materia*, profili meritevoli di indagine e inerenti di volta in volta al tipo contrattuale (quanto alla distinzione del contratto di concessione dal contratto di appalto) o all'oggetto contrattuale (quanto alla distinzione della concessione di servizi dalla concessione di lavori, nella configurazione ormai dominante assunta da quest'ultima di concessione di costruzione e gestione), ma anche quanto alla distinzione della concessione di servizi alla amministrazione dalla concessione di servizi al pubblico.

Nel caso della sentenza del Consiglio di Stato qui in esame (e della sentenza del Tar Latina appellata davanti al supremo giudice amministra-

tivo)¹, in effetti, vengono in rilievo punti problematici relativi al primo e al terzo dei profili sopra indicati; ad essi si aggiunge, tuttavia, il punto specifico relativo ad una particolare qualità della prestazione dedotta nel contratto. Ma pare opportuno riepilogare preliminarmente, seppure in modo sintetico, i momenti salienti della fattispecie controversa.

Davanti al giudice di prime cure era stata impugnata dal concorrente pretermesso l'aggiudicazione di una gara relativa al servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni, bandita da un comune del territorio laziale; il motivo dell'impugnazione era stato dedotto principalmente dalla circostanza per cui la società aggiudicataria non aveva accluso all'offerta presentata allo scopo né la cauzione provvisoria né l'impegno a quella definitiva, con conseguente violazione, rispettivamente, dell'art. 75, c. 1 e 8, e dell'art. 113, d.lgs. n. 163/2006, che quegli adempimenti dispongono a carico dei partecipanti a procedura dell'evidenza pubblica: e ciò pur in assenza di una specifica previsione in merito nell'apposito bando, ma facendo valere da parte del ricorrente il principio di etero-integrazione delle regole di gara. Il Tar laziale aveva (per questa parte) accolto il ricorso, avendo ritenuto illegittimo l'operato della commissione di gara, la quale aveva invece proceduto alla aggiudicazione *de qua* nel presupposto che, dovendo la fattispecie essere qualificata come concessione di servizi e in quanto tale non assoggettata ai sensi dell'art. 30 dello stesso decreto legislativo alla disciplina dettagliata stabilita nel codice dei contratti per gli appalti, gli adempimenti contestati non potessero ritenersi esigibili, a pena di esclusione, dai partecipanti alla gara poiché non specificamente previsti dall'apposito bando, con la conseguenza che l'offerta non corredata dalle summenzionate garanzie doveva essere valutata come regolare.

In particolare, il collegio aveva affermato che «la specifica *ratio* a cui risponde l'istituto della cauzione sia essa provvisoria che definitiva, non consente di potere differenziare la concessione di servizi dall'appalto di servizi, tenuto conto che con la cauzione provvisoria il Legislatore ha inteso garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, oltre che della mancata sottoscrizione del contratto; laddove, con quella definitiva l'esigenza di assicurare l'esecuzione del servizio stesso»: e, dunque, «non appare, invero, ragionevole ipotizzare che la vista giustificazione non possa operare anche per le concessioni di servizi, tanto più in mancanza di una espressa esclusione», al contrario dovendosi considerare la «portata etero-integrativa» delle di-

¹ Si tratta della decisione n. 737 del 28 luglio 2009 della I sezione di quel Tribunale.

la concessione di servizi

sposizioni in questione e dovendosi fare riferimento ai principi comunitari ai fini della individuazione dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara.

Per il vero, il ragionamento condotto dal giudice di prime cure risultava per più versi criticabile o quanto meno opinabile. La questione, pure sollevata dalla difesa comunale a sostegno dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, della qualificazione della fattispecie nei termini della concessione o dell'appalto è stata pressoché completamente accantonata, avendo dato il giudice stesso assoluta e assorbente prevalenza alla argomentazione circa la generalizzazione della portata applicativa delle disposizioni richiamate a prescindere dal tipo contrattuale; l'adempimento degli obblighi di garanzia (pre- e soprattutto post-aggiudicazione) è stato classificato come requisito di partecipazione alla gara – piuttosto che come modalità necessaria innanzitutto per la presentazione dell'offerta – e in quanto tale ricondotto per la sua disciplina ai principi comunitari, rispetto ai quali quegli adempimenti non costituiscono affatto attuazione, essendo piuttosto da ricondurre al quadro normativo nazionale precedente alle direttive europee del 2004 come formato dalla legislazione sui lavori pubblici; tanto è vero che a tale scopo la pronuncia di Latina finisce per fare riferimento all'art. 40 del codice e all'art. 3, d.P.R. n. 30/2000, che hanno per oggetto appunto i sistemi di qualificazione per l'esecuzione dei lavori, i quali nel codice stesso pure hanno disciplina distinta rispetto ai sistemi di qualificazione per i prestatori di servizi.

Chiamato a pronunciarsi sulla fattispecie dall'appello promosso dal Comune soccombente, il Consiglio di Stato ha valutato come erronea la pronuncia formulata dal giudice di primo grado. Ciò perché, una volta presupposta l'esclusione delle concessioni di servizi dall'assoggettamento alla disciplina dettagliata disposta dal codice dei contratti pubblici, con la contestuale applicazione dei soli principi desumibili dal Trattato e concernenti la tutela della concorrenza (come del resto sancito espressamente dall'art. 30 dello stesso codice, a sua volta contenente l'elencazione di tali principi), non potevano ritenersi applicabili le disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 in punto di garanzie fideiussorie a corredo dell'offerta, in quanto il bando della gara informale nulla disponeva in proposito e quindi nessun onere di prestazione al riguardo poteva insorgere a carico dei partecipanti alla procedura, «né tanto meno poteva imporsi il principio di etero integrazione che vale evidentemente per le fattispecie soggette alla disciplina generale del codice dei contratti pubblici»; ché, altrimenti opinando, ha continuato il giudice di secondo grado, «l'intero *corpus* del citato codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30». Né, ancora, era fondato il motivo del ricorrente nel giu-

dizio di primo grado relativo alla asserita violazione dell'art. 113, d.lgs n. 163/2006, in quanto in proposito «è sufficiente osservare come, rispetto alla fase esecutiva, nessun titolo contestativo possa vantare un soggetto diverso dalle relative parti, con l'ovvia eccezione della richiesta di annullamento per motivi che si attestino e si appuntino in ogni caso a illegittimità realizzatesi nella fase antecedente». Conseguentemente, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del Tar Latina e, per l'effetto, ha rigettato l'originario ricorso del concorrente pretermesso.

Se dunque, come già detto, il ragionamento del giudice di primo grado appariva per più versi criticabile e opinabile, anche il ragionamento del giudice di secondo grado non sembra esente dal suscitare qualche motivo di perplessità. Risulta quindi opportuno, innanzitutto, procedere a un breve inquadramento normativo della specifica fattispecie esaminata dai due giudici, per poi passare ad esaminare le questioni più generali come investite dalle due pronunce.

2. La distinzione della concessione di servizi dall'appalto

Il servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni trova il suo primario riferimento normativo nel d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, per quanto concerne la configurazione delle entrate in questione di spettanza delle amministrazioni locali, e nel d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, art. 52, per quanto riguarda le modalità di gestione del servizio stesso. In particolare, la gestione del servizio, sulla base di una decisione assunta con regolamento, può essere condotta dall'ente locale in modo diretto, anche in forma associata, oppure mediante affidamento a terzi «nel rispetto della normativa dell'Unione europea e delle procedure vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali»; previsione subito nel seguito della disposizione stessa articolata nelle tre ipotesi dell'affidamento a operatore economico (anche comunitario), a società mista ovvero a società *in house*.

Quest'ultima disposizione si presta, peraltro, ad alcune osservazioni. La prima, che pure non interessa *ratione temporis* la fattispecie controversa e alla quale quindi si accenna solo per completezza, concerne il fatto se essa contenga, o meno, un rinvio di tipo formale alla fonte della disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali; questo perché, in effetti, l'elencazione delle modalità di affidamento ivi prevista corrisponde in buona sostanza a quella generale ancora vigente al momento dell'ultima modifica della disposizione stessa che era allora (cioè, nel 2007) intervenuta, seppure con

la concessione di servizi

qualche aggiustamento²; ma, come è noto, non corrisponde più a quella stabilita oggi dall'art. 23-*bis*, d.l. 25 luglio 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, nonché dal susseguente regolamento contenuto nel d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. La seconda, invece di maggior rilievo specifico, è che i soggetti terzi, potenziali affidatari mediante procedura competitiva della gestione e diversi dalle società parzialmente o interamente partecipate, devono essere iscritti in un apposito Albo, disciplinato dall'art. 53 del medesimo decreto legislativo del 1997 e tenuto dal Ministero dell'economia, «al fine di assicurare il possesso di adeguati requisiti tecnici e finanziari, la sussistenza di sufficienti requisiti morali e l'assenza di cause di incompatibilità da parte degli iscritti». La terza, infine, attiene al punto interpretativo se il richiamo alle formule gestionali previste dalla legge con riguardo ai servizi pubblici locali valga anche come individuazione della configurazione sostanziale sottesa al servizio *de quo*, ovvero operi come mera assimilazione, a quello specifico fine, del regime organizzativo del servizio stesso a una determinata disciplina già prestabilita.

Quest'ultima osservazione, in particolare, riporta ai punti problematici, di ordine generale, indicati all'inizio di questa nota. In primo luogo, infatti, si ripropone la questione della sottile distinzione tra attività di prestazione

² Così per la previsione che condiziona l'affidamento *in house* al fatto che la società interamente partecipata svolga la propria attività solo nell'ambito territoriale di pertinenza dell'ente che la controlla, che costituisce un vincolo operativo a cui erano sottratte all'epoca le società di questo tipo affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, secondo la disciplina sul punto disposta con l'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248. Per l'opinione che la norma citata nel testo contenga un rinvio formale, ritenuto necessario in funzione della corrispondente opzione regolatoria, alla luce dell'impostazione squisitamente pubblicistica per cui «l'attività di gestione delle entrate è caratterizzata dal prevalente esercizio di poteri e funzioni pubbliche e, come tale, non sarebbe neppure compresa *stricto iure* fra i servizi da assoggettare al d.lgs. n. 157 del 1995 ed oggi alla direttiva 18/2004/Ce, con riferimento all'art. 3 (concessione diritti speciali o esclusivi) di quest'ultima in combinato disposto con l'art. 17 (concessioni di servizi)», v. F. Lombardo, *La riforma della riscossione delle entrate pubbliche e la difficile coniugazione con le ragioni del servizio pubblico di interesse generale e quelle della concorrenza*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3448 ss.; peraltro, si v. al riguardo le risultanze emerse in sede di giurisprudenza comunitaria: v., *infra*, nota 19. In giurisprudenza, per una controversia generata da un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria ad impresa privata dell'appalto pubblico del servizio di gestione, riscossione, accertamento e recupero delle entrate comunali, seguita ad uno studio di fattibilità che aveva accertato la maggiore convenienza dell'affidamento "*in house*" del medesimo servizio, in relazione alla quale è stata riconosciuta la legittimità dell'atto di autotutela, senza che potesse altresì essere invocata dalla ricorrente la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione stessa, v. Cons. St., sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137 (con commento di D. Casalini, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1158 ss.).

di servizi (meramente) economici alla amministrazione committente e attività di erogazione di servizi (pure di rilevanza economica) al pubblico. Distinzione, questa, che per il vero in linea di massima era desumibile anche dal diritto comunitario fin dall'origine dei Trattati istitutivi, essendo le prestazioni di servizi – come attività economicamente apprezzabili – oggetto di previsione nell'*ex art.* 50 (ora 57 T_{fue}), e i servizi pubblici – nella terminologia dei servizi di interesse economico generale (Sieg) – oggetto di previsione (in un certo senso, integrativa) nell'*ex art.* 86 (ora 106 T_{fue}): e secondo quanto era stato del resto intuito, per un verso, già dalla Commissione europea nella sua Comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000 sulle concessioni, ove ad oggetto venivano specificamente assunti solo i servizi “che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato”; e sarà più tardi sancito, per altro verso, dal legislatore comunitario con la dir. 2006/123 (c.d. “direttiva servizi”), ove è stabilito, pur nel presupposto che anche i Sieg (diversamente dai Sig) come servizi prestati dietro corrispettivo economico sono assoggettati in principio alla sua disciplina³, che «la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti», con la conseguente sottrazione dei servizi di interesse economico generale (come specificati dall'art. 17) forniti in un altro Stato membro al regime di libera prestazione che viene ad accompagnarsi alla (parziale) derogabilità alle regole della concorrenza già sancita dal citato art. 86 del Trattato di Roma. Non-dimeno, è parimenti vero che nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale, e in specie sia nel successivo *soft law* della Commissione che nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sulla presa in considerazione dell'elemento oggettivo del contenuto della prestazione e, al fondo, della sua stessa natura, come peculiarmente caratterizzati dalla specifica finalizzazione della prestazione medesima ha fatto aggio l'esigenza della regolazione delle relative attività e delle relazioni tra pubblici poteri e operatori economici allo scopo di garantire l'apertura dei settori interessati al possibile ingresso di

³ Peraltro, per la questione dell'applicabilità delle regole comunitarie sul mercato unico anche ai servizi sociali di interesse generale si v. la Comunicazione della Commissione europea del 20 novembre 2007, COM 725. Un inquadramento della questione analogo a quello qui seguito per il diritto sovranazionale è in A. Carosi, D. Di Carlo, *Il quadro normativo sui contratti della pubblica amministrazione*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2007, 146 ss., specie 185-187.

la concessione di servizi

nuovi soggetti, e quindi ha prevalso l'esigenza della regolazione orientata alla concorrenza "per" il mercato⁴.

Questo primo punto si connette immediatamente al secondo, concernente la distinzione della concessione di servizi dall'appalto⁵. Una volta passata in secondo piano la rilevanza del profilo inerente alla peculiare finalizzazione della prestazione economica, anche l'elemento distintivo della concessione come modalità di affidamento di una attività che è comunque di interesse pubblico all'impresa privata non poteva rimanere immutato. Se quell'elemento era ravvisato tradizionalmente soprattutto nel fatto del trasferimento mediante un provvedimento amministrativo di poteri dal soggetto pubblico concedente all'impresa concessionaria, anche privata, spesso sulla base di una relazione di tipo fiduciario talora addirittura presuntivamente stabilita *ex lege*, che portava il concessionario ad operare in posizione

⁴ Va sottolineato, infatti, come aveva già fatto in Italia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella *Segnalazione AS237* del 13 maggio 2002 proprio con riguardo alla materia qui in esame, che "il ricorso all'affidamento diretto, unitamente alla diffusa prassi della proroga, hanno quale effetto finale il sostanziale annullamento dei meccanismi concorrenziali in un mercato, quale quello dell'accertamento e della riscossione dei tributi locali, in cui l'unico momento di confronto concorrenziale tra i diversi operatori si realizza all'atto dell'espletamento della gara pubblica di affidamento del servizio".

⁵ Per la esposizione delle ricostruzioni tradizionali sui due punti problematici che sono finora venuti in rilievo nonché della direzione del cambiamento, cfr. F. Mastragostino, *La concessione di servizi*, in *Trattato dei contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 277 ss., specie 281 ss. e 292 ss., secondo il quale, peraltro, l'elemento della destinazione della prestazione ha pur sempre una parte rilevante, seppur non sufficiente, nella distinzione tra concessione e appalto di servizi, con la conseguenza, sembra di capire, di ritenere implicitamente possibile un appalto di servizi (al) pubblico (quando, come è detto subito dopo anche nel testo, l'alea della gestione non è trasferita all'impresa), ma non, inversamente, una concessione di servizi strumentali, cioè appunto diversi dai servizi al pubblico in quanto forniti all'amministrazione. Sugli stessi punti (e sull'ultimo con opinione diversa da Mastragostino) si v. anche B. Raganelli, *Le concessioni di lavori e servizi*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2007, 985 ss., specie 1004 ss., S. Mazza, *La concessione di servizi*, ne *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, Cedam, 2008, 181 ss. e D. Pallottino, *Le concessioni nelle direttive n. 04/17 e 04/18 e nel codice dei contratti*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini-F. Tedeschini, Torino, Giappichelli, 2009, 47 ss., specie 48-50; e per una rassegna problematica delle diverse opinioni si v., da ultimo, C. Corsi, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in *Il partenariato pubblico-privato*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 11 ss., specie 31 ss. In giurisprudenza, per la concreta configurazione di una fattispecie di affidamento del servizio oggetto del presente commento come appalto v. Tar Puglia, Lecce, II, 18 dicembre 2007, n. 4272 (con conseguente applicazione alla fattispecie medesima delle regole sull'istituto dell'avvalimento: decisione poi confermata da Cons. St., sez.V, 12 giugno 2009, n. 3762).

di sostituto del concedente nell'ambito di un rapporto dalla forte coloritura pubblicistica (mantenuta, peraltro, anche quando la fattispecie aveva assunto forme di maggiore complessità mediante la figura di invenzione giurisprudenziale e di elaborazione dottrinale della c.d. concessione-contratto)⁶, esso richiedeva necessariamente un diverso orientamento che fosse conforme al mutato quadro ordinamentale, meno interessato all'elemento giuridico-formale; ciò ha indotto, in particolare, a individuare nel fattore economico-finanziario l'elemento di differenziazione e quindi di tipizzazione delle distinte figure in esame, dando preminenza al profilo della allocazione del rischio della gestione il cui diritto viene assegnato all'impresa, e quindi al rischio derivante dagli andamenti della domanda di prestazione di servizio generata dal mercato, a sua volta correlato alla capacità dell'impresa stessa di avvantaggiarsi delle opportunità che le consente un mercato così regolato. Non è, pertanto, in questa prospettiva, il trasferimento di poteri ad essere determinante per la qualificazione della fattispecie, ma piuttosto, come asseriva la Commissione nella Comunicazione del 2000, "il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione", rispetto alla cui configurazione la stessa origine dei compensi ricavati dall'impresa (di regola, e comunque per la parte prevalente, dall'utenza del servizio erogato) è significativa, ma non determinante⁷, dovendosi soprattutto guardare alla permanenza in ogni modo in capo all'impresa per tutta la durata del rapporto del

⁶ (...) e anche quando era stata evidenziata la pregnanza della funzione giocata dal modulo convenzionale nell'ambito del complesso rapporto concessorio, come nei casi delle concessioni di costruzione e gestione assentite a società a prevalente partecipazione statale: sia consentito il rinvio, per quelle fattispecie, al mio *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1978, specie 247 ss.

⁷ Per cui, qualora i ricavi per l'operatore economico provengano dalla gestione del servizio a favore dell'utenza, ma il canone della prestazione non sia o non rimanga a carico di quest'ultima, il rapporto non sarà qualificabile come concessione, bensì come appalto (Cons. St., sez.VI, 15 maggio 2002, n. 2634). Più recentemente, per il vero, il giudice europeo sembra aver rafforzato, allo scopo della qualificazione della fattispecie come concessione, la rilevanza dell'elemento della provenienza dai terzi della remunerazione del soggetto gestore, indipendentemente dal fatto che il corrispettivo della prestazione riscosso dagli utenti a seguito del riconoscimento del diritto di gestire sia sottoposto ad una disciplina di diritto pubblico o di diritto privato, a condizione che comunque sia dal giudice verificabile «un trasferimento del rischio corso dall'amministrazione aggiudicatrice a carico completo o, almeno, significativo al concessionario», anche se questo rischio può essere in effetti limitato in dipendenza del quadro normativo di settore (come nel caso della distribuzione dell'acqua e dello smaltimento dei rifiuti) e non dovendo a tal fine essere presi in considerazione «i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto» (Cgce, 10.9.2009, c. C.-206/08, *WAZF Gotha*).

la concessione di servizi

rischio legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti, al di là, dunque, dell'alea connessa alla più efficiente combinazione dei fattori produttivi normalmente inerente alla posizione dell'appaltatore.

Vero è che il documento della Commissione, pur nel presupposto che «un contratto di concessione ha, in genere, le stesse caratteristiche, indipendentemente dal suo oggetto», metteva in rilievo che la concessione di servizi, a differenza della figura omologa nel campo dei lavori, «riguarda di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che la disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali»; ma la Corte di giustizia ha poi chiarito che anche l'attribuzione di tali diritti deve entrare nella presa in considerazione della fattispecie concreta ai fini della sua qualificazione come concessione o come appalto⁸. Ma quello che rileva è soprattutto il dato normativo per cui il mutamento di prospettiva determinato dagli orientamenti sviluppatosi nel diritto sovranazionale ha agevolato prima e poi consolidato (con il cd. pacchetto legislativo del 2004)⁹ lo stabile ingresso delle concessioni nell'area del regime pro-concorrenziale della contrattualità pubblica¹⁰, seppure con disciplina differenziata e graduata nella vincolatività delle sue singole componenti lungo una immaginaria linea continua che va dagli appalti (specie di lavori e di forniture), collocati ad un punto estremo della linea, alle concessioni di servizi (comunque) pubblici, collocati all'altro punto estremo della linea stessa.

In ultima analisi, però, rimane da comprendere le ragioni per le quali,

⁸ V. Cgce, 18.1.2007, c. C-220/05, *Auroux* (per i lavori), e 18.7.2007, c. C-382/05, *Commissione c. Italia* (per i servizi).

⁹ Pacchetto del quale si possono a buona ragione ritenere parte non solo le direttive n. 17 e 18 dello stesso anno, ma anche il libro verde sul partenariato pubblico-privato pubblicato nel medesimo periodo dalla Commissione (COM 327) e poi formalizzato con contenuti sostanzialmente immutati nella Comunicazione in materia del 2005 (COM 569).

¹⁰ Almeno di quella rilevante per lo stesso ordinamento sovranazionale, dal punto di vista della garanzia per l'interesse transfrontaliero delle imprese all'operazione economica. Peraltro, anche il giudice nazionale ha ribadito l'immediata operatività dei principi derivati da quell'ordinamento non solo con espresso riferimento alle concessioni di servizi e agli appalti sotto-soglia (Cons. St., A.P., 3.3.2008, n. 1), ma ogni qual volta vi sia una occasione di guadagno o comunque di conseguimento di una utilità di rilievo economico per i soggetti privati, come nel caso delle concessioni di beni demaniali (Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362 e sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035) ovvero come nel caso di una fattispecie convenzionale atipica (l'erogazione di prestiti personali di mutui ipotecari agli iscritti dell'ente committente), in cui «viene in rilievo un'utilità contendibile sub specie di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta» (Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2007, n. 30).

una volta presa in conto per la prima volta con la dir. 2004/18, tra le definizioni contenute nell'art. 1, la concessione di servizi come «il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi», sia pure con la «eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo», il legislatore comunitario abbia preferito inserire, con l'art. 17, la concessione di servizi tra i «contratti esclusi», cui si applicano, quindi, solo i principi fondamentali elencati dall'art. 2 e comunque quelli desumibili dal Trattato a tutela della libera prestazione dei servizi nel mercato interno in regime di concorrenza secondo la giurisprudenza del giudice dello stesso ordinamento¹¹. Al riguardo è possibile ritenere che venga in rilievo non tanto (o non solo) il fatto che si tratta di un ambito materiale di attività connotato da una minore rispondenza alle aspettative delle imprese sul mercato¹²; piuttosto è da valutare quella scelta per un regime debole come l'esito del necessario apprezzamento delle peculiari esigenze che, in funzione dei diversi contesti istituzionali e sociali, può singolarmente presentare il servizio che l'amministrazione è legittimata (se non addirittura incentivata) a decidere di volta in volta di acquisire dall'esterno della sua organizzazione. E ciò può valere sia nel caso che il servizio abbia le caratteristiche della prestazione strumentale per l'espletamento dei compiti istituzionali dell'amministrazione medesima, sia nel caso che abbia le caratteristiche della prestazione di utilità alla generalità indifferenziata dei cittadini.

Nella seconda ipotesi, infatti, le relazioni tra soggetto pubblico e operatore economico dovranno scontare il carico del peso dei poteri regolatori che permangono, anche a seguito della decisione di esternalizzazione, nell'ambito delle responsabilità spettanti alla amministrazione concedente in

¹¹ Fatta salva l'applicazione dell'art. 3 dir., contenente una specificazione del principio di non discriminazione in caso di concessione di diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico ad un soggetto che non sia una amministrazione aggiudicatrice. Il riferimento alla giurisprudenza europea è soprattutto a Cgce, 7.12.2000, c. C-324/98, *Telaustria*, 21.7.2005, c. C-231/03, *Coname*, 13.10.2005, c. C-458/03, *Parking Brixen*, nonché, più recentemente, alla sentenza *Sea* del 10.9.2009, c. C-573/07. Merita per completezza di essere ricordato che l'art. 18, dir. 2004/17 per i settori speciali, dispone la non applicazione della relativa disciplina alle concessioni di servizi (ma anche di lavori) assegnati dagli enti aggiudicatori per i settori di rispettivo riferimento (e per l'affermazione dell'identità di interpretazione sui relativi punti delle due direttive, v. ancora della Corte di giustizia la già citata sentenza *WAZF Gotha*); dal canto suo, l'art. 216 del codice dei contratti pubblici ha espressamente fatta salva l'applicazione dell'art. 30 per le concessioni di servizi negli stessi settori.

¹² Come pure ha affermato il giudice amministrativo nazionale: v. Cons. St., sez. VI, 8 gennaio 2007, n. 5.

la concessione di servizi

funzione della destinazione della prestazione al soddisfacimento di bisogni essenziali dei componenti della collettività di riferimento (quali i poteri attribuiti alla determinazione delle prestazioni fondamentali, degli standard di qualità, eventualmente del prezzo del servizio, con i connessi compiti di vigilanza e monitoraggio)¹³; poteri che, se per un verso dovranno essere orientati nella direzione dell'assetto concorrenziale del mercato e quindi tendere alla eliminazione di posizioni di privilegio o comunque dominanti, potranno tuttavia comportare quelle deroghe alle regole della concorrenza stessa necessarie all'espletamento della missione, propria delle attività di servizio per il pubblico anche se di rilevanza economica, di salvaguardia e promozione della coesione sociale e territoriale (art. 14 – ex art. 16 – e art. 106 Tfu). Nella prima ipotesi, d'altro canto, le relazioni tra soggetto pubblico e operatore economico dovranno scontare l'eventuale ingresso, atteso il carattere strumentale della prestazione prevista all'uso dell'amministrazione, nell'area di esercizio del potere pubblico come potere di imperio, e quindi dell'area sottratta alle regole del mercato; a questo proposito, una volta elisa la questione della riferibilità alla fattispecie in esame dei limiti alla libertà transfrontaliera di prestazione del servizio pure desumibili dal combinato disposto degli artt. 51 e 62 Tfu (ex artt. 45 e 55) in forza del diritto disposto dalla legge¹⁴, rimane invero il punto critico relativo alla circostanza per cui potrà rivelarsi opportuno (se non addirittura necessario) il recupero di uno dei connotati tipici dell'"antico" modulo concessorio, nella prospettiva più tradizionale della individuazione del suo oggetto, ovvero quello concernente il trasferimento di poteri pubblici autoritativi dall'amministrazione concedente all'impresa concessionaria¹⁵: vero è, infatti, che proprio nello specifico

¹³ Naturalmente quanto indicato nel testo necessita di essere adeguato nel distinto caso in cui nel settore interessato i principali poteri regolatori siano affidati ad una Autorità amministrativa indipendente; ma il nucleo centrale del discorso non cambia.

¹⁴ Ci si intende riferire alla norma di cui all'art. 52, c. 5, d.lgs. n. 507/1997, come modificato all'art. 1, c. 224, l. 24 dicembre 2007, n. 244, per la quale possono essere aggiudicatari del servizio di accertamento e riscossione dei tributi locali anche «gli operatori degli Stati membri stabiliti in un Paese dell'Unione europea che esercitano le menzionate attività, i quali devono presentare una certificazione rilasciata dalla competente autorità del loro Stato di stabilimento dalla quale deve risultare la sussistenza di requisiti equivalenti a quelli previsti dalla normativa italiana di settore». Del resto, tale previsione è conforme alla assimilazione compiuta dalla stessa norma al regime di affidamento di un servizio pubblico, per cui vale quanto detto dalla Commissione nella Comunicazione del 2000, che «è vero che ogni attività delegata dai pubblici poteri ha, in linea di principio, una connotazione di pubblica utilità, ma ciò non significa che questa attività partecipi necessariamente all'esercizio dei pubblici poteri» (punto 3.1.5.)

¹⁵ Peralto, secondo Cass., sez. un., 16 dicembre 2009, n. 26280, «non può dubitarsi che

settore interessato dalla decisione in esame, per un verso, il giudice amministrativo ha in altre occasioni rivolto attenzione alla singolare combinazione tra manifestazioni più tipicamente autoritative e manifestazioni più nettamente prestazionali che sono insite appunto nel servizio di accertamento e riscossione di tributi (compresi quelli locali)¹⁶; per altro verso, va tenuta in conto la peculiare rilevanza che appare riproporre il profilo fiduciario della relazione, sia nel suo momento genetico che in quello del suo svolgimento, come è attestato dalla previsione normativa di uno specifico Albo dei soggetti legittimati al servizio e dai particolari (e più rigorosi) requisiti di onorabilità pretesi dagli amministratori delle società iscritte all'Albo medesimo¹⁷.

la gestione e la riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e diritti sulle pubbliche affissioni costituiscano un servizio pubblico ai sensi del d.P.R. n. 639/1972 [poi abrogato dal citato d.lgs. n. 507/1993]; e che l'obbligazione di versare le somme a tale titolo incassate, che nasce a carico della società concessionaria del servizio nei confronti dell'amministrazione comunale, pur non rivestendo natura tributaria, è tuttavia una obbligazione pubblica, in quanto regolata da norme che deviano dal regime comune delle obbligazioni civili, in ragione della tutela dell'interesse della P.A. creditrice alla pronta e sicura esazione delle entrate».

¹⁶ Tanto è vero che è stato respinto il ricorso contro l'affidamento diretto a Equitalia della sola riscossione del tributo mediante ruoli, in quanto tale scelta «non necessita di per sé dell'espletamento d'una gara ad hoc, proprio grazie alla qualità peculiare della Equitalia Gerit s.p.a. quale agente della riscossione, ossia quale unico soggetto ex lege abilitato all'uso di tal modalità attuativa dell'obbligazione tributaria» (Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 gennaio 2010, n. 263; dello stesso avviso Cons. St., sez.V, 14 aprile 2010, n. 2063). Per altro verso, proprio Tar Lazio, Latina, 7 gennaio 2008, n. 6, aveva evidenziato con riguardo al servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi che tale attività si caratterizza «per la sua particolare delicatezza e connessione con una delle fondamentali potestà pubbliche (l'imposizione di prestazioni patrimoniali)», e da ultimo ha affermato il carattere strumentale del servizio in questione, del quale è teoricamente ammissibile l'affidamento *in house*, Tar Toscana, sez. I, 1 marzo 2011, n. 377. In dottrina, oltre allo scritto di Lombardo citato alla precedente nota 2, si v. G. Montedoro-V.Talenti, *Le concessioni di lavori pubblici. Nozioni e caratteristiche*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, cit., 2457 ss., per i quali «la riscossione delle imposte è essenzialmente esercizio di pubbliche funzioni che, probabilmente, tali rimarranno, quale che sia il desiderio di riordino in senso privatistico e aziendalistico anche di questo ambito di rapporti pubblici» (2465); di contro, per l'osservazione che al «servizio di interesse generale» della riscossione (in senso stretto) siano di regola connessi servizi accessori che dovrebbero essere prestati secondo le regole del mercato v. C. Scalinci, *Una 'riforma annunciata': per una gestione 'unificata' in insourcing della riscossione tributaria*, in *Giur. merito*, 2005, IV, 993 ss. (ed al riguardo vale sempre il riferimento al principio giurisprudenziale sancito, in altro settore, da Cgce, 26.4.1994, c. C-272/91, *Commissione c. Italia*).

¹⁷ Circa la compatibilità della previsione di tale Albo con i principi del diritto sovranazionale a tutela della libera prestazione dei servizi e della concorrenza cfr., in senso positivo, Cons. St., sez.V, 3 ottobre 2005, n. 5271, che si richiama espressamente al contenuto del *Considerando* n. 45 premesso alla dir. 2004/18.

3. I punti salienti della pronuncia

Si può ora ritornare ad analizzare i motivi di perplessità insorti dalla lettura della sentenza del Consiglio di Stato qui annotata. Il giudice amministrativo di secondo grado dà un valore quasi assiomatico alla sottrazione delle concessioni di servizi dalla disciplina del codice dei contratti pubblici come affermata dall'art. 30 del codice stesso sulla base del diritto comunitario; richiama a tale scopo un suo precedente dell'anno prima (la decisione n. 2864/2009), ma che aveva per oggetto la diversa e meno dirimente questione dell'applicabilità della normativa puntuale sui termini per la presentazione delle offerte *ex art. 70 del codice*¹⁸, e poi due sentenze della Corte di giustizia (le sentenze *Telaustria* e *Parking Brixen*), ma solo per sottolineare che secondo il medesimo giudice europeo «occorre un adeguato livello di pubblicità e gli Stati membri non possono mantenere in vigore norme che consentano l'attribuzione di concessioni di servizi senza gara» (punto che nella vicenda controversa non è minimamente in contestazione). Non provvede a disarticolare la fattispecie in esame nelle sue componenti, come pure sarebbe necessario per le caratteristiche di complessità della fattispecie stessa, ove elementi chiaramente destinati alla fornitura di un servizio al pubblico si combinano e si intrecciano con elementi chiaramente orientati a organizzare e realizzare l'acquisizione da parte dell'amministrazione servita di entrate che, pur con caratteristiche e presupposti distinti come quelli che concernono rispettivamente l'imposta sulla pubblicità e i diritti sulle pubbliche affissioni, hanno natura tributaria (o quanto meno, per le seconde, di

¹⁸ Meno dirimente, ai fini della valutazione del caso concreto, perché qui si tratta di questione riguardante l'applicazione o meno alla procedura di gara, seppure informale, di un istituto, quale quello delle garanzie a corredo dell'offerta, e non della congruità, anche se certamente rilevante, dei modi di utilizzo di una componente, pure certamente essenziale, della disciplina, quale quella appunto riguardante il termine per la presentazione delle offerte. Per completezza, merita di essere ricordata quella recente giurisprudenza che ha affermato che l'applicazione alle concessioni di pubblici servizi del solo "principio" dell'affidamento mediante procedura selettiva non comporta un diverso trattamento per quanto riguarda l'utilizzo della procedura negoziata: e, quindi, «anche nel caso di concessione di pubblici servizi, il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto ai casi di impossibilità di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza, ovvero della sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale»; di contro, «le 'circostanze speciali' che consentono il ricorso alla trattativa privata non possono essere quelle connesse alla mera pre-sunta maggiore convenienza tecnico-economica dell'intervento proposto» (Cons. St., sez. V, 21 settembre 2010, n. 7024).

tipo paracommutativo)¹⁹. Non sottopone a verifica la qualificazione tralati-

¹⁹ Come è confermato dal loro inserimento nell'ambito delle controversie che rientrano nella giurisdizione del giudice tributario, secondo la lettura che di questa giurisdizione ha dato il giudice delle leggi: v. art. 2, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, come integrato dall'art. 3-bis, c. 1, lett. b), d.l. 30 settembre 2005, n. 203, conv. in l. 2 dicembre 2005, n. 248, e la sentenza della Corte costituzionale n. 141 dell'8 maggio 2009 (su cui v. E. Marello, *La definizione di tributo e la giurisdizione del giudice speciale tributario*, in *Giur. cost.*, 2009, 3921 ss.), che è peraltro riferita specificamente al canone per l'installazione di mezzi pubblicitari (alternativo all'imposta comunale sulla pubblicità e su cui v. anche Cass., sez. un., 3 novembre 2009, n. 23195), canone del quale è appunto riconosciuta la natura tributaria e in quanto tale, dunque, legittimamente assegnato dalla legge alla giurisdizione speciale; del resto, può essere ricordata anche la successiva sentenza n. 238 del 24 luglio 2009 della Corte costituzionale, nella quale, pur avente ad oggetto la TIA, si afferma che diritti, canoni, contributi sono quei tipi di entrata che, anche alla luce del diritto comunitario, sono di pertinenza degli enti pubblici "per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità". Nella dottrina tributarista, per la figura delle entrate paracommutative (su cui pure in giurisprudenza Cass. sez. un. 7 dicembre 2007, n. 25551), cfr., per tutti, L. Del Federico, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, Giappichelli, 2000; e comunque non mancano orientamenti diversi circa la natura (tributaria o patrimoniale), in particolare, dei diritti sulle pubbliche affissioni: cfr. A. Cepparulo, *I tributi comunali, L'imposta comunale sulla pubblicità e i diritti sulle pubbliche affissioni*, in *Il nuovo sistema fiscale degli enti locali*, a cura di F. Amatucci, Torino, Giappichelli, 2008, 138 ss. e P. Boria, *Il sistema tributario*, Torino, Utet, 2008, 990. Ancora, per una efficace messa a punto della sostanziale differenza tra il regime della pubblicità esterna e quello delle pubbliche affissioni, v. Cons. St., sez. V, 16 novembre 2005, n. 6386, ove anche l'affermazione per cui «la disciplina applicabile alle attività di pubblicità e promozione effettuate con affissioni dirette non prevede alcuna possibilità di riservare l'attività stessa ai Comuni ed ai loro concessionari»; sul punto la stessa sezione del Consiglio di Stato è poi ritornata con la decisione n. 1718 del 12 aprile 2007, ove è stato ribadito che «deve dunque riconoscersi che la pubblicità libera e quella destinata alle pubbliche affissioni possono legittimamente essere assoggettate a discipline diverse in ragione della diversità delle attività cui si riferiscono». Peraltro, un'articolata analisi delle due entrate in questione, e una precisa distinzione, quanto al diritto sulle pubbliche affissioni, tra un elemento tributario, derivante dall'esercizio di una potestà di imperio che contraddistingue l'applicazione dei tributi e che nel diritto stesso corrisponde, comprendendola, all'imposta sulla pubblicità, e un elemento di indennizzo per le spese sostenute dal servizio per le pubbliche affissioni, e quindi a carattere retributivo, è nella *Conclusioni* dell'Avv. Gen. J. Kokott prodotte per la pronuncia della Corte di giustizia in causa C-134/03, *Viacom Outdoor Srl e Giotto Immobilier SARL*, del 17 febbraio 2005, con la quale il giudice comunitario ha dichiarato, sulla base di un rinvio pregiudiziale del giudice civile italiano, la non incompatibilità della disciplina del d.lgs. n. 507/1993 con l'art. 49 Tr. La Corte, con la stessa pronuncia, ha invece dichiarato irricevibile un'altra questione posta dal rinvia pregiudiziale, in merito alla quale l'Avv. Gen. aveva parimenti proposto, pur valutando che il servizio di per sé può essere considerato un'attività di mercato e quindi «almeno parzialmente» un Sieg, di decidere che «né l'art. 82 CE, né gli artt. 87 CE e 88 CE, eventualmente in combinato disposto con l'art. 86, n. 1, CE, ostano ad una disposizione nazionale, secondo cui per le affissioni pubblicitarie su spazi pubblici viene applicata

la concessione di servizi

cia della fattispecie come “concessione di servizio pubblico”, che pure è ancora rinvenibile in buona sostanza nella legge di riferimento, quindi sottraendosi al compito di verificare i reali connotati della fattispecie stessa al di là della mera denominazione di legge: ciò che sarebbe stato tanto più opportuno in relazione alla circostanza per la quale la stessa allocazione del rischio economico appare, in linea generale e fatta salva appunto la verifica delle condizioni di esercizio poste effettivamente a base della gara seppure informale, gravata da incertezza nella misura in cui anche il momento centrale dell’organizzazione del servizio, quale il piano generale degli impianti, è normativamente vincolato, oltre che alla sua approvazione da parte dell’amministrazione comunale e alla fissazione da parte di questa della relativa tariffa, alle determinazioni unilaterali assunte per regolamento dall’amministrazione circa la tipologia e quantità degli impianti pubblicitari, la ripartizione della superficie degli impianti pubblici tra quella da destinare alle affissioni di natura istituzionale, sociale o comunque prive di rilevanza economica e quella da destinare alle affissioni di natura commerciale, nonché circa i criteri per la realizzazione del piano stesso (art. 3, d.lgs. n. 507/1997 e successive modificazioni).

È in questo contesto logico, dunque, che occorre leggere i passaggi cruciali della sentenza del Consiglio di Stato in esame. In primo luogo, quello in cui, a proposito della disposizione in punto di cauzione a corredo dell’offerta contenuta nell’art. 75 del codice dei contratti pubblici, è affermato che «non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del citato articolo 30» dello stesso codice. A questo proposito, sembra evidente che la interpretazione cui si è attenuto il giudice nazionale secondo un criterio di strettissima conformità al dettato e comunque agli indirizzi prevalenti del diritto sovranazionale lo ha indotto a trascurare²⁰ quel richiamo ai «principi generali dei contratti pubblici», che è parimenti contenuto nel corpo dell’art. 30, c. 3, e che, a meno che non si voglia ritenere che i principi inerenti all’attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche sono solo quelli stabiliti o derivati dal diritto sovranazionale²¹, apre una prospettiva di inquadramento delle relazioni tra ammi-

un’imposta comunale sulla pubblicità o un diritto a favore dei comuni e a tali comuni, che gestiscono del resto un proprio servizio delle pubbliche affissioni, è nel contempo affidata la fissazione e la riscossione dell’imposta».

²⁰ Del resto, anche vigendo la disciplina precedente si può trovare in giurisprudenza l’affermazione che «i principi generali che governano la materia dei contratti pubblici» sono quelli «enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi»: Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253.

nistrazioni pubbliche e operatori economici che rende possibile anche con riguardo ai moduli concessori affiancare alla tutela della concorrenza, pure assunta come interesse pubblico “oggettivo”, l’esigenza, tradizionalmente sottesa – ma non cancellata dagli sviluppi successivi – alle procedure dell’evidenza pubblica, della tutela dell’interesse pubblico sostanziale (per non citare qui gli altri pure rilevanti nell’ambito dell’azione contrattuale pubblica), per la cui cura l’amministrazione ha concretamente formulato un’opzione rivolta a questa specifica transazione di mercato; esigenza che trova sostegno nella formulazione dell’art. 2 del codice laddove sancisce, proprio *alla stessa stregua ed anzi prima*, secondo la formulazione testuale, della menzione dei principi pro-concorrenziali di più marcata origine comunitaria, che «l’affidamento e l’esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza»²².

Appare difficile porre in dubbio, invero, che la disposizione di cui all’art. 75 del codice, come anche quella di cui all’art. 113, sia direttamente funzionale alla salvaguardia della economicità e soprattutto dell’efficacia dell’azione amministrativa nei settori indicati. Non manca di questo, naturalmente, consapevolezza nel giudice amministrativo, che infatti ha rilevato che «è pur vero che l’approntamento di garanzie risponde alla tutela dell’amministrazione»; tuttavia – ed è il secondo passaggio cruciale della decisione – «da ciò a enucleare un principio generale esportabile al di fuori della logica dei contratti pubblici il passo è lungo: le concessioni di servizi pubblici rispondono, infatti, ad una impostazione strutturale e si vorrebbe dire di politica istituzionale assai diversa da quella contrattuale, alla quale la lettura del comma 2 dell’articolo 30 implicitamente rimanda»²³. Nondimeno,

²¹ Con la conseguenza, tratta dall’orientamento storicamente prevalente nel diritto sovranazionale in materia, di non contemplare principi per la fase dell’esecuzione del contratto che, come è ben noto, fuoriesce di regola dal campo di azione della regolamentazione europea.

²² Fermo restando, naturalmente, che da questa osservazione, meramente testuale, non si vuole trarre nessuna ipotesi di gerarchia tra i principi (e gli interessi tutelati), soprattutto in funzione dell’ovvio richiamo al gioco dei rapporti tra diritto sovranazionale e diritto nazionale nel contesto dell’integrazione giuridica europea, che va verificato caso per caso: cfr., al riguardo, S.S. Scoca, *I principi dell’evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 289 ss., specie 300 ss.

²³ Per l’applicazione del principio di etero-integrazione del bando nella gare per un contratto di appalto per quanto riguarda la normativa relativa al sistema di garanzie, con la conseguente esclusione del concorrente inadempiente rispetto agli oneri che ne discendono

la concessione di servizi

qui il lettore avverte, al di là dell'apparenza formale del testo, una certa qual dissonanza rispetto al passaggio precedente. Perché, ove si ponga attenzione alla seconda parte dell'affermazione riportata, e in particolare si leggano insieme la descrizione dell'elemento tipizzante la concessione come puntualizzato dal suddetto comma 2 della disposizione del codice e l'aggettivo "contrattuale", sempre contenuto nell'affermazione evidenziata, come riferito specificamente a "contratto di appalto", il senso che se ne ricava è che la concessione di servizi pubblici (in senso stretto o tradizionale, di servizio rivolto ad una utenza "esterna") sia figura distinta dall'appalto come figura "normale" della transazione di mercato con la quale l'amministrazione provvede al proprio fabbisogno di servizi (oltre che di lavori e di forniture), in quanto da una lettura siffatta riemerge prepotente quel connotato, proprio della concessione, di fonte di relazioni triangolari²⁴, che la assimilazione con l'appalto operata dal diritto comunitario a vantaggio della garanzia della messa in concorrenza aveva almeno in parte accantonato e che alla fine si evidenzia soprattutto nel ruolo più spiccatamente regolatorio esercitato dal concedente in considerazione della destinazione della prestazione al pubblico degli utenti. Se invece si pone attenzione alla prima parte dell'affermazione riportata, l'idea che ne sembra sottesa è quella, più radicale, per cui la concessione di servizi pubblici è addirittura figura più nettamente "altra" rispetto al contratto pubblico, in quanto è figura che, per ripetere ancora le parole del Consiglio di Stato, fuoriesce dalla "logica dei contratti pubblici", e che quindi necessariamente ripiega – viene da pensare – verso i lidi della unilateralità, magari nella suggestione ancora forte dispiegata dalla forma mitigata della concessione-contratto, quasi a riassumere quel connotato di strumento organizzativo per il trasferimento al concessionario di pubblici poteri che forse al giudice è anche inconsciamente suggerito dalla assoluta peculiarità della fattispecie di servizio controversa²⁵. E proprio nel momento

pur in assenza di esplicita sanzione espulsiva specificamente formulata nel bando stesso, in quanto normativa comprendente prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della stazione appaltante o poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti (secondo il consolidato orientamento anche del giudice di secondo grado in punto di esclusione) v., da ultimo, Tar Molise, 9 aprile 2009, n. 117.

²⁴ Del resto, sono numerose le pronunce del giudice amministrativo nelle quali la considerazione della relazione trilaterale amministrazione-gestore-utente risulta essere parte essenziale se non prevalente, accanto all'elemento economico dello sfruttamento dei diritti della gestione stessa, per la distinzione della concessione di servizi pubblici sia dalla concessione di servizi (strumentali) all'amministrazione che dall'appalto: v. Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3333 e sez. V, 1 agosto 2007, n. 4270, per quanto riguarda l'affidamento della gestione di spazi pubblicitari sulle pensiline delle fermate dei mezzi di trasporto.

in cui viene sottolineata – come ancora si legge dalla decisione annotata – la «diversità di funzione del contratto e della concessione» ne risulta marcata da una qualche incoerenza la interpretazione riduzionistica dei rinvii ai principi contenuti nel terzo comma dell'art. 30, che elide il rinvio ai principi generali dei contratti pubblici per tenere in vista solo quelli a tutela della concorrenza.

Il che naturalmente non conduce necessariamente a dare una soluzione opposta a quella fornita dal giudice di secondo grado al tema centrale della controversia, vale a dire l'applicazione della disciplina in materia di garanzie dell'offerta²⁶, ma a dedurre che sarebbe stato utile l'assolvimento di un onere supplementare di verifica e di argomentazione circa la portata dell'istituto pretermesso, tanto più richiesto nel momento in cui si sia assunta la logica di un rapporto strutturalmente e funzionalmente diverso, in corrispondenza della quale, cioè, un più diretto apprendimento avrebbero meritato i punti problematici concernenti modalità, condizioni e limiti di applicabilità dell'istituto stesso; e con esiti peraltro non scontati²⁷, proprio perché

²⁵ Del resto, lo stesso Consiglio di Stato, in sede di parere sul Codice, aveva espresso perplessità sull'opportunità di inserire nel testo una definizione della concessione di servizi (v. Sez. cons. affari normativi, 6 febbraio 2000, n. 355). Sulla possibile divaricazione (e coesistenza) tra nozione comunitaria (ora recepita dal codice) e nozione tradizionale dell'istituto in questione cfr. F. Mastragostino, *Le concessioni di servizi*, cit., specie 291 ss, che peraltro tende a salvaguardarne i profili pubblicistici (intesi come riferimento al regime dei provvedimenti amministrativi); per una analoga valorizzazione delle prerogative pubblicistiche ai fini della definizione della concessione di servizi diretti alla collettività, cfr. G. Morbidelli-M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti-G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 424 ss. specie 454 ss.

²⁶ Per una vicenda nella quale le garanzie in oggetto – il cui adempimento pure non era stato motivo di contestazione – sono state richiamate dal giudice come elemento concorrente alla valutazione di affidabilità patrimoniale del concorrente ad una gara per l'aggiudicazione della concessione del servizio in questione, si v. TarVeneto, sez. I, 22 novembre 2009, n. 3656. Vero è, per completare il discorso svolto nel testo, che nel sistema normativo precedente al codice dei contratti pubblici il sistema di garanzie era esplicitamente regolato dalla normativa solo per gli appalti di lavori (di cui l'attuale disciplina ne riproduce sostanzialmente il contenuto, allargandola appunto agli altri tipi di appalto), essendo quindi rimessa la relativa previsione alle scelte autonome delle stazioni appaltanti in sede di bando di gara; e tale rimane la disciplina vigente per le concessioni di servizi secondo A. Di Giovanni, *L'esecuzione nei contratti di appalto di servizi e forniture*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 855, specie 861-862. Ancora per completezza, ma con riguardo alla disciplina vigente, si può ricordare che il sistema delle garanzie disposto dal codice dei contratti pubblici è integrato, per i lavori, dal disposto di cui all'art. 129 relativo a una polizza assicurativa che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, compresa la responsabilità civile verso terzi ed eccezion fatta per gli errori di progettazione.

²⁷ Vero è, peraltro, che un indice sintomatico di una volontà del legislatore orientata in

la concessione di servizi

il punto cruciale in discussione, pur a fronte dell'applicazione del criterio di etero-integrazione della gara fatta dal tribunale laziale²⁸, concerneva essenzialmente la riferibilità anche alle concessioni del principio generale di tutela dell'interesse sotteso al sistema delle garanzie e non anche delle regole puntuali di attuazione come disposte, a tutela di quell'interesse, dalle singole disposizioni del codice: in effetti, il collegio giudicante è sembrato cogliere quel punto cruciale, ma, come già sottolineato, ha preferito optare per la via del rifiuto integrale della disciplina controversa²⁹.

una determinata direzione si potrebbe trarre dalla mancata inclusione nell'art. 206, riguardante i settori speciali, di un esplicito rinvio agli art. 75 e 113 (contrariamente a quanto ritenuto nella delibera n. 113 dell'Avcp 23.6.2004, con riferimento alla disciplina precedente sui lavori), a meno che non si ritenga che esso intendesse per l'appunto gli istituti di garanzia come ricompresi nei "principi generali" dei contratti pubblici e fermo restando altresì, ai sensi del comma 3 dello stesso art. 206, che "nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta".

²⁸ Per il vero, il giudizio di primo grado avrebbe forse potuto condurre ad un esito parzialmente diverso – vale a dire, non a un giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione basata su di un criterio di etero-integrazione del bando di gara, ma a un annullamento per illegittimità del bando stesso in quanto carente delle clausole in discussione – sul presupposto di una diversa strategia difensiva del ricorrente – o almeno da quella che sembra ricavabile dalla lettura della descrizione delle premesse di fatto e di diritto alla decisione del Tar laziale – che avesse puntato, seppure in via subordinata rispetto alla tesi principale, alla soddisfazione dell'interesse strumentale alla ripetizione della procedura, in presenza, cioè di impugnazione da parte del ricorrente, anche solo in via gradata, anche del bando; stante il fatto, altresì, per questa parte, che la lesione lamentata non sarebbe derivata in realtà dal bando, pur in quanto carente – ché altrimenti si sarebbe imposto per il ricorrente medesimo l'onere di immediata impugnazione del bando in oggetto – ma dal successivo comportamento della amministrazione concedente che non aveva escluso dalla gara il concorrente inadempiente rispetto alla prestazione delle garanzie. Cfr., pur con riguardo ad altra fattispecie, Tar Lazio, Roma, sez. III, 3 febbraio 2009, n. 1049; e tutto ciò, naturalmente, salvo che non si ritenga comunque inapplicabile, anche per gli appalti, il principio di etero-integrazione dei bandi, come in Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, secondo posizione, peraltro, rimasta sostanzialmente minoritaria.

²⁹ Un esempio in applicazione di quanto detto nel testo può trarsi, con riferimento al regime precedente, da Tar Lombardia, Milano, 14 novembre 2000, n. 6377 (confermata da Cons. St., sez. V, 21 gennaio 2002, n. 350), per il quale in caso di appalto di servizi, in mancanza allora di una previsione normativa specifica, poteva ritenersi applicabile al ricorrente l'onere della prestazione di cauzione in quanto espressamente richiesto dal bando, ma non la regola – a favore della stazione appaltante – circa le modalità di escussione in carenza di una clausola *ad hoc* inserita nel bando stesso. E a soluzioni simili è forse possibile pervenire in via interpretativa per altri aspetti della disciplina, quale ad es. quello relativo alla durata della ga-

E senza mancare di accennare al fatto, per altro verso, che la carenza delle garanzie, il cui sistema contribuisce alla tutela della lealtà della contrattazione nel contesto multipolare tipico della gara (seppure informale), può essere in realtà valutata come in grado di operare anche a danno della parità di trattamento dei partecipanti alla gara medesima e in definitiva della tutela della concorrenza, favorendo fenomeni di selezione avversa e di az-zardo morale nei comportamenti dei *competitors*³⁰. A meno che non si possa

ranza prestata, ricorrendo in ogni caso per un verso alla logica sottesa alle regole generali dell'evidenza pubblica (a cui vanno riportate, nei limiti della compatibilità, anche le procedure informali), dall'altro alle regole generali sugli istituti di garanzia contenute nel codice civile, e tenendo altresì conto della funzione degli istituti stessi, che è di agire essenzialmente, oltre che come modalità "sanzionatoria" degli obblighi di correttezza procedurale per tutti i partecipanti *ex art.* 48 (ma su modalità e limiti di applicazione in tale ambito v. la *determinazione* n. 5 del 21.5.2009 dell'Avcp che si esprime altresì per l'integrale esclusione della applicazione della procedura ivi prevista alle concessioni di servizi), soprattutto come caparra confirmatoria, che è funzione propria della cauzione provvisoria, coprendo la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario (per Cass., sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2634 e per Tar Lazio, Roma, sez. I, 19 marzo 2010, n. 4321; ma per Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746, essa opererebbe piuttosto come clausola penale), e come rimedio per il mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni dedotte nel contratto, che è funzione propria della cauzione definitiva (per il resto tenendo conto che potrebbe essere anche il contratto stesso la sede per la formulazione di alcune modalità operative, naturalmente per la seconda cauzione). In questo senso, facendone applicazione al punto specifico della applicabilità anche alle concessioni di servizi della disciplina relativa al rimedio delle sopravvenienze sull'equilibrio economico-finanziario della gestione, è orientato anche A.M. Balestreri, *L'applicabilità di meccanismi revisionali ai contratti di concessione di servizi*, in *Urb. app.*, 2009, 393 ss. (ed al riguardo, sull'applicabilità alla concessione di servizi non solo del disposto di cui all'art. 147, c. 7, espressamente richiamato dall'art. 30, ma anche del comma 8 del primo articolo, v. anche S. Mazza, *La concessione di servizi*, cit., 186-187).

³⁰ Può essere segnalata, in tale direzione, anche la circostanza per cui il settimo comma dell'art. 75 prevede una riduzione del cinquanta per cento dell'importo della garanzia a favore degli operatori economici qualificati ai sensi dei sistemi di certificazione disciplinati dalle norme europee (e tale riduzione è da ritenersi applicabile anche alla garanzia per l'esecuzione del contratto, pur in assenza di specifica previsione nell'art. 113: v. Avcp, *Determinazione* n. 7, 11 settembre 2007), con norma che, per gli appalti, è da ritenersi autoapplicativa (così come *a fortiori* è da ritenersi autoapplicativa per gli appalti la norma principale che sancisce l'onere di prestazione della garanzia: Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746, per il quale "la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa che la stazione appaltante possa liberamente richiedere", con le relative conseguenze in punto di sanzione espulsiva). Del resto, già nella vigenza del regime precedente il Cons. St., sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843 (stesso estensore della pronuncia qui annotata) aveva riconosciuto che la violazione della prescrizione sulle garanzie, una volta che quest'ultima fosse stata inserita nel bando per una gara per appalto di servizi, comportasse la lesione della *par condicio* dei concorrenti e quindi l'obbligo per l'amministrazione di esclu-

la concessione di servizi

ritenere, per contro, che nel contesto della particolare figura di servizio aggiudicato, la specifica conformazione legale, dal lato dell'offerta, del mercato rilevante, che deriva dalla formazione di un Albo speciale dei soggetti ammessi alle procedure competitive, costituisca di per sé solo un succedaneo della funzione – di garanzia dell'affidabilità e serietà delle offerte (di tutte le offerte, *ex art.* 48) e in ultima analisi di correttezza dell'intera procedura – che le previsioni di cui all'art. 75 del codice (comprendenti l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario) sono volte a salvaguardare per i contratti di appalto pubblico³¹.

sione dalla gara, prevalendo, pur in assenza di una prescrizione specifica sul punto nel bando stesso, sul criterio del *favor participationis*. Nega invece che la disciplina delle garanzie costituisca profilo inerente alla tutela della concorrenza, con la conseguenza altresì di ritenere i relativi istituti non applicabili alla concessione di servizi (in assenza di spontanea ricezione da parte dell'amministrazione), M. Zoppoloto, *Le garanzie dell'offerta, dalla progettazione all'esecuzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., V, 3509 ss., rispettivamente, 3510 e 3519. Infine, è da ricordare che l'art. 3, c. 6, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, conv. in l. 2 dicembre 2005, n. 248, ha esentato il nuovo affidatario *ex lege* del servizio nazionale per la riscossione – Riscossione s.p.a., oggi Equitalia – dall'obbligo di cauzione nel caso che svolga «attività di riscossione spontanea, liquidazione ed accertamento delle entrate, tributarie o patrimoniali, degli enti pubblici, anche territoriali, e delle loro società partecipate, nel rispetto di procedure di gara ad evidenza pubblica», da cui si potrebbe dedurre *a contrario* la sussistenza dell'obbligo di cauzione per l'aggiudicatario diverso da Equitalia.

³¹ Per l'affermazione in giurisprudenza che «l'iscrizione all'Albo è condizione necessaria per l'esercizio dell'attività di gestione dei tributi, integrando un vero e proprio dovere per le stazioni appaltanti di limitare la partecipazione alle gare in questione solo alle imprese in possesso di tale requisito, il quale costituisce garanzia di affidabilità e capacità operativa, assicurata mediante una sorta di preselezione operata a monte attraverso l'iscrizione», v. Tar Puglia, Lecce, III, 3 marzo 2010, n. 677, che pure non esclude la possibilità per l'amministrazione di fissare requisiti più rigorosi per la partecipazione alla gara, con conseguente dichiarazione di illegittimità, nella specie, di un bando che prevedeva a tale fine requisiti sproporzionati e illogici: analogamente, sul punto, sempre con riguardo a una gara per l'affidamento del servizio in questione, v. Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7247, il quale ha aggiunto – con sottolineatura che verrà utile nel prosieguo del commento – che «l'esercizio di detto potere discrezionale costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., e si sostanzia quindi nel potere – dovere assegnato all'amministrazione di apprestare (proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare». Di avviso alquanto diverso è stata, invece, la Autorità garante per la concorrenza e il mercato, che nella citata *Segnalazione AS237* del 2002, aveva osservato, a tale riguardo, «che la capacità delle imprese concessionarie di operare sul mercato (anche in ter-

È, infine, proprio a proposito dell'art. 113 che occorre commentare un terzo passaggio testuale della decisione del Consiglio di Stato, laddove è affermato che «quanto poi alla asserita violazione dell'articolo 113, d.lgs. n. 163/2006, è sufficiente osservare come, rispetto alla fase esecutiva, nessun titolo contestativo possa vantare un soggetto diverso dalle relative parti, con l'ovvia eccezione della richiesta di annullamento per motivi che si attestino e si appuntino in ogni caso a illegittimità realizzatesi nella fase antecedente». Qui il motivo di perplessità non attiene all'esclusione della legittimazione di un soggetto terzo rispetto alle parti di un rapporto contrattuale anche pubblico, seppure concorrente nella fase di aggiudicazione, a poter far valere davanti al giudice (in questo caso amministrativo) doglianze attinenti alla fase dell'esecuzione del contratto stesso. È ben noto, infatti, che il giudice amministrativo italiano, nel sistema vigente del diritto processuale dei contratti pubblici precedente all'entrata in vigore del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 e poi del Codice del processo amministrativo, non si è mai inoltrato (salvo qualche rara eccezione, peraltro rimasta isolata) nell'area dove campeggiano le problematiche attinenti all'attuazione tra le parti del regolamento concordato e del vincolo sinallagmatico che ne è insorto in termini di reciproci diritti e obblighi: ciò a differenza del giudice amministrativo francese, che proprio in forza della diversa estensione, in materia, della sua giurisdizione e traendo supporto dalla più avanzata disciplina di tutela fornita dalla nuova "direttiva ricorsi" (2007/66/CE), sembra aver aperto la strada in funzione pretoria, con il recente *arrêt Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*³², ad un nuovo strumento di ricorso da

mini di requisiti organizzativi e finanziari) viene vagliata ex ante dall'apposita Commissione istituita presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed incaricata di verificare l'esistenza dei requisiti che la legge prevede per l'iscrizione all'Albo dei concessionari. L'introduzione nei bandi di requisiti ulteriori appare, quindi, inopportuna in quanto non sembra giustificata da esigenze di carattere generale legate ad un efficace ed efficiente espletamento del servizio per la P.A. da parte dei concessionari e, pertanto, avrebbe come unico effetto quello di restringere artificiosamente il novero dei partecipanti, minando i principi generali in materia di concorrenza».

³² CE, 16 luglio 2007. V., al riguardo, D. Casas, *Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs*, in *Rev. fr. dr. Adm.*, 2007, 696 ss., specie 701-705, e J. Germain, *Les recours juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne*, *ivi*, 2009, 49 ss. ; si v. anche, nella dottrina italiana, B. Marchetti, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato*, in *Aipda, Annuario 2009*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 316 ss., specie 336 ss., cui *adde* M. Antonionioli, F. Cardarelli, *Il recepimento della direttiva 66/2007/CE nell'ordinamento francese*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. Greco, Milano, Giuffrè, 2010, 223 ss.

la concessione di servizi

parte dei terzi concorrenti che possano vantare dei diritti (patrimoniali) lesi per motivi di illegittimità riguardanti direttamente il contratto, e quindi intervenuti anche nella fase più spiccatamente “paritetica” della esecuzione contrattuale, per la quale il principio della relatività degli effetti alle sole parti del rapporto è ormai sottoposto ad una vicenda di “porosità”.

Il punto critico dell’argomentazione attiene invece al fatto che, se è vero che la garanzia le cui modalità sono disposte dall’art. 113 è destinata a valere effettivamente per la fase dell’esecuzione del contratto una volta che questo è stato non solo aggiudicato ma anche stipulato, appare ancora una volta riduttiva l’interpretazione che si ferma a questo dato, senza prendere in considerazione la circostanza che anche questo tipo di garanzia costituisce pur sempre una modalità di presentazione dell’offerta, che contribuisce a conformare legalmente l’attendibilità e la serietà dell’offerta stessa e la correttezza della procedura, rilevando quindi già nella fase antecedente all’aggiudicazione in quanto parte del tessuto giuridico volto a sfavorire comportamenti opportunistici degli operatori economici. Anche per gli esiti di questa valutazione, peraltro, può ritenersi che valga il ragionamento svolto in precedenza³³.

³³ A questo proposito non va tralasciato di rammentare che il rinvio contenuto nell’ultimo comma dell’art. 30 circa l’applicazione anche alla concessione di servizi, «in quanto compatibile», della disposizione di cui al comma 7 dell’art. 143, relativo al piano economico-finanziario che il concorrente per una concessione di lavori è tenuto a presentare per la copertura degli investimenti e della connessa gestione, potrebbe essere valutato come un elemento a sostegno della necessità inderogabile della relativa garanzia; ma vero è che quella prevista dal codice per l’aggiudicazione delle concessioni di servizi è in realtà una “disciplina minimale”, che da un lato fa salve le discipline speciali (che per la fattispecie controversa indubbiamente sussistono), e che dall’altro lascia margini alquanto ampi di scelta all’amministrazione concedente: cfr., sul punto, più in generale, F. Mastragostino, *La concessione di servizi*, cit., specie 297 ss., che comunque si esprime anch’egli a favore dell’estensione del rinvio, contenuto nell’art. 30, all’art. 143 come riferito pure al comma 8 di quest’ultimo, e non solo al suo comma 7 (v. già, sul punto, la precedente nota 29). Per una diversa utilizzazione in giurisprudenza del rinvio all’art. 143 da parte dell’art. 30 del codice, si v. Tar Trentino-Alto Adige, Bolzano, 7 ottobre 2008, n. 338.

Abstract

The purpose of the decision n. 4510 of 13th July 2010 of the Italian Council of State has been the definition of the legal regime to be applied to service concessions. In particular, this decision concerned the application of Article 75 of the Code of public contracts about the requirements for bidders that provide a financial guarantee. The case dealt with a competitive procedure to award the public service for the collection of municipal tax on advertising.

The Council of State, overruling the decision of the first Court, did adopt a strict interpretation of Article 30 of the Code of public contracts, which establishes that the award of service concessions is not subject to the Code provisions, except for the European principles aiming to protect fair competition. The decision, however, has some critical elements: it did not take into account the specificity of the case and did not consider the rationale behind the system of the guarantees provided by the Code and the type of the legally protected interest.

TAR LAZIO, sez. II *quater*, 22 luglio 2010, n. 27906 – Pres. Tosti, Est. Tomassetti – Ericsson Telecomunicazioni S.p.a. c. comune di Anzio

La disciplina di cui all'art. 87, c. 9, d.lgs. n. 259/2003, cd. Codice delle Comunicazioni, deve interpretarsi nel senso che il titolo abilitativo per la realizzazione degli impianti di telefonia mobile si costituisce in forza di una D.I.A. ovvero di un silenzio assenso. Pertanto, devono ritenersi illegittime ordinanze di sospensione adottate in seguito alla intervenuta formazione del titolo autorizzatorio.

Deve ritenersi legittimo l'invito dell'amministrazione all'adeguamento degli impianti da parte delle imprese del settore laddove sussista e sia dimostrata in concreto una incompatibilità degli stessi, sul piano del danno alla salute, con l'approvando apposito piano comunale, in vista del dichiarato raggiungimento degli obiettivi indicati dalla legge quadro 22 febbraio 2001, n. 36, sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici.

FULVIO CORTESE

SULLA DISCIPLINA AUTORIZZATORIA PER LE STAZIONI RADIO BASE E SUI POTERI INIBITORI DELL'ENTE LOCALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Regime autorizzatorio e potere inibitorio: una giurisprudenza costante. – 3. Regime autorizzatorio e disciplina regolamentare: uno spazio normativo discusso.

1. Premessa

I profili di interesse della pronuncia in commento sono diversi ed attingono all'utile chiarimento di aspetti non sempre, o non ancora, così semplici nella prassi operativa delle amministrazioni comunali e nei convincimenti diffusi di molte collettività locali.

La ricerca della possibilità di limitare o di inibire, *anche al di là* di quanto strettamente previsto dalla disciplina legislativa statale, la costruzione e/o

l'attivazione di impianti destinati alla trasmissione di segnali potenzialmente nocivi per la salute pubblica costituisce un obiettivo, o meglio "una tentazione", rispetto alla quale ogni amministratore risulta particolarmente sensibile¹.

La sentenza posta in questa sede all'attenzione degli interpreti e degli operatori costituisce l'occasione per ricordare in quanti e quali limiti tale opzione sia (o piuttosto "non sia") praticabile, e per rammentare che, in ogni caso, il raggiungimento di alcuni risultati, eventualmente disponibili, deve sempre conseguirsi attraverso il rispetto di principi e di regole fondamentali concernenti l'azione amministrativa e il riparto delle potestà pubbliche².

2. Regime autorizzatorio e potere inibitorio: una giurisprudenza costante

Un primo punto da evidenziare è la conferma, da parte del Tar Lazio, di un orientamento ormai costante e consolidato, se non addirittura del tutto pacifico.

L'insegnamento che il giudice amministrativo tiene a precisare è il seguente: l'intervenuta formazione tacita di un titolo abilitativo non permette all'amministrazione di determinarsi negativamente sull'originaria istanza e di inibire l'inizio o la prosecuzione dell'attività nel frattempo implicitamente permessa, né di sospenderne improvvisamente gli effetti o di sospendere il procedimento medesimo al di fuori di una previsione positiva che lo

¹ Come è stato ben ricordato altrove, questa valutazione è confermata da dati di esperienza facilmente apprezzabili. Numerose amministrazioni locali, infatti, «hanno agito non sulla base del principio di cautela e di adeguate conoscenze scientifiche, ma in virtù dell'onda emotiva generata da questi nuovi interventi dell'uomo sull'ambiente, producendo nella popolazione un allarme non ancorato ad acquisizioni scientifiche idonee a legittimarlo» (così R. Chieppa, *Infrastrutture di comunicazione e profili urbanistico-edilizi*, in *Urb. app.*, 2004, 437).

² Pur essendo questo il *focus* della sentenza, non si può tralasciare il fatto che essa si occupa di due ulteriori e non meno importanti temi "trasversali", ossia il calcolo del termine di decadenza per proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo (che si considera rispettato, secondo principi ormai generali e condivisi, anche mediante l'individuazione del momento in cui avviene la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica all'amministrazione resistente) e il principio dispositivo nelle controversie risarcitorie (che, anche per il Tar Lazio, deve applicarsi senza eccezioni, comportando, in capo al danneggiato ricorrente, l'onere di dimostrare compiutamente e rigorosamente quale e quanto sia stato il pregiudizio sofferto a causa dell'azione illegittima dell'amministrazione).

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

consenta³; l'unico modo per poter eventualmente provvedere in senso diverso è offerto, laddove vi siano i presupposti, dall'esercizio legittimo dei poteri di autotutela previsti dall'ordinamento⁴.

Si tratta, all'evidenza, di un principio generale; ma si tratta, altresì, di un principio che è stato più volte affermato proprio con riguardo al regime autorizzatorio per le stazioni radio base di cui all'art. 87 del c.d. Codice delle Comunicazioni (d.lgs. n. 259/2003)⁵.

In proposito si può ricordare come il Tar Lazio sottolinei opportunamente che una tale conclusione deriva, in relazione a quest'ultima fattispecie, in forza di due preliminari acquisizioni.

A) La prima acquisizione su cui riposa il convincimento del Tar riguarda la portata del regime autorizzatorio previsto dal Codice delle Comunicazioni.

Esso è concepito, tendenzialmente, come una sorta di disciplina *omnibus* o *passerpartout*: per una *ratio* di semplificazione e di concentrazione intrinseca alla stessa derivazione europea della norma e alla legislazione di de-

³ Illuminanti, sul punto, le valutazioni espresse da Cons. St., 8 marzo 2010, n. 1348, ined. (www.giustizia-amministrativa.it): «La sospensione dei procedimenti, anziché essere espressione di “un evidente principio di ragionevolezza ed equità sostanziale” è vicenda che si colloca in una posizione del tutto eccezionale nell'attuale panorama normativo. La disciplina del procedimento di cui alla l. n. 241 del 1990, lungi dal contenere una norma in tal senso, come esistente per la funzione giurisdizionale, introduce al contrario una rigida scansione temporale per l'esercizio del potere e prevede meccanismi di valutazione contestuale delle varie esigenze, tramite il ricorso ad uno strumento forte come la conferenza di servizi, applicabile anche a procedimenti in rapporto di pregiudizialità reciproca; ma non contempla una disciplina generale della sospensione dei procedimenti, che è quindi prevista in relazione unicamente ad alcune fattispecie di dettaglio. Proprio l'eccezionalità di tale previsione deve indurre cautela nell'estensione indiscriminata di un istituto, come la sospensione o la necessaria pregiudizialità, che facilmente si prestano ad usi di carattere emulativo».

⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1339, in *Foro amm. CdS*, 2007, 919, Cons. St., sez. V, 28 novembre 2005, n. 6649, *ibid.*, 2005, 3320.

⁵ Cfr., ad esempio, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 7 maggio 2010, n. 3083, in *Foro amm. Tar*, 2010, 1792. Ma v., *ex multis*, Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 aprile 2010, n. 407, *ibid.*, 2010, 1468, Cons. St., sez. VI, 17 marzo 2009, n. 1578, in *Foro amm. CdS*, 2009, 814, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 21 marzo 2008, n. 1480, *ibid.*, 2008, 824. Per un primo commento alla disciplina qui richiamata v., innanzitutto, L. Zanettini, *L'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica destinati ad uso pubblico*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G.F. Cartei, Milano, Giuffrè, 2004, in part. 395. In generale, sulla disciplina introdotta dal Codice, v. *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di R. Perez, Milano, Giuffrè, 2004, *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. della Cananea, Torino, Giappichelli, 2005, nonché *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2009.

lega che ha dato luogo al Codice⁶, questa disciplina autorizzatoria sostituisce ogni altro provvedimento abilitativo eventualmente rilevante sul piano edilizio ed igienico-sanitario⁷.

Resta, viceversa, salvo il diverso e compresente regime autorizzatorio stabilito dalla pertinente normativa in materia di tutela ambientale-paesaggistica ovvero di tutela dei beni culturali⁸: l'esigenza che simili interessi siano oggetto di una valutazione specifica e circostanziata da parte dell'amministrazione istituzionalmente competente rimane salda e non può, quindi, sopportare alcun assorbimento.

B) La seconda acquisizione su cui poggia l'argomentazione seguita nella sentenza in commento è la seguente. Per il Tar – ma è così anche per la giurisprudenza assolutamente prevalente – il regime autorizzatorio delle stazioni radio base si risolve in una fattispecie provvedimentale a formazione tacita.

L'indice più forte a sostegno di questa tesi è quello testuale; ed è su di esso che il giudice amministrativo si basa in modo pressoché unanime⁹.

⁶ V. anche, in modo molto chiaro, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 5 giugno 2009, n. 3098, in *Foro amm. Tar*, 2009, 1853.

⁷ V. Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4557, in *www.giustizia-amministrativa.it*, Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2010, n. 2436, *ibid.*, Tar Basilicata, sez. I, 11 marzo 2010, n. 124, in *Foro amm. Tar*, 2010, 1039, Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17 novembre 2009, n. 766, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 575, che in ogni caso precisa come l'amministrazione debba comunque effettuare, sia pur in un'unica sede, ogni opportuna e doverosa verifica di compatibilità urbanistico-edilizia. V. anche Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 7944, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 469, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 2 luglio 2009, n. 3636, in *Foro amm. Tar*, 2009, 2205, Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 6 novembre 2008, n. 886, *ibid.*, 2008, 3083, Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 19 marzo 2008, n. 504, *ibid.*, 2008, 896. Occorre rammentare che il carattere per così dire "assorbente" del regime autorizzatorio in questione rispetto al regime edilizio in senso stretto è riconosciuto anche dalla giurisprudenza penale (cfr., ad esempio, Cass. Pen, sez. III, 8 luglio 2005, n. 33735, in *Riv. pen.*, 2005, 1336, che costituisce il primo arresto di una serie inaugurata proprio dopo l'entrata in vigore del Codice delle Comunicazioni). In argomento v. G. Bardelli, *L'unicità del procedimento di autorizzazione per l'installazione di infrastrutture di comunicazione*, in *Urb. app.*, 2005, 544.

⁸ Tar Toscana, Firenze, sez. II, 3 marzo 2010, n. 589, in *Foro amm. Tar*, 2010, 882, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 6 aprile 2006 n. 3454, *ibid.*, 2006, 1433, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 22 febbraio 2005 n. 203, *ibid.*, 2005, 544. Occorre, tuttavia, osservare che, a questi fini, il giudice amministrativo considera rilevanti i vincoli paesaggistici propriamente detti e non, invece, il fatto che la legge regionale preveda procedimenti genericamente intesi alla tutela del paesaggio considerato in modo indifferenziato: così Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 7944, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 469.

⁹ V. Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2009, n. 5665, in *Foro amm. CdS*, p. 2110, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 5 agosto 2009, n. 4712, in *Foro amm. Tar*, 2009, 2208, Tar Umbria, sez.

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

È la stessa disposizione, innanzitutto, a riferirsi esplicitamente, per la generalità dei casi, ad un silenzio-assenso.

Inoltre, anche nell'unica ipotesi in cui essa consente, formalmente, la presentazione di una d.i.a.¹⁰, la disciplina della fattispecie è sostanzialmente modellata sul medesimo schema del provvedimento implicito già da tempo parimenti assimilabile al modello del titolo abilitativo a formazione tacita.

L'art. 87, c. 9 del d.lg. n. 259/2003, infatti, è assai chiaro nel disporre che tutte le istanze di autorizzazione e le denunce di attività «di cui al presente articolo», nonché quelle «relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti», «si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8 [ossia per il dissenso qualificato degli organismi tecnici obbligatoriamente investiti di un parere], non sia stato comunicato un provvedimento di diniego».

Ciò significa, evidentemente, che la fattispecie che la legge qui definisce come “denuncia di attività” è sempre e comunque stata, per espressa determinazione normativa, una fattispecie speciale di “silenzio-assenso”: in ogni caso, infatti, anche a prescindere dall'ampio e noto dibattito sulla natura giuridica della d.i.a. (in generale), l'istituto di cui si controverte in materia di stazioni radio base è “trattato” come un procedimento ad istanza di parte sul quale può formarsi un silenzio significativo.

Si noti che questa conclusione è particolarmente interessante, dal momento che consentirebbe di svolgere alcune precisazioni di una certa attualità:

1) In primo luogo, come si è anticipato, essa non potrebbe essere verosimilmente utilizzata per influenzare o sottoporre ad ulteriore verifica le molteplici tesi che si sono combattute il campo circa la definizione della d.i.a. (come figura speciale di silenzio-assenso; come atto formalmente privato ma sostitutivo dell'esercizio pubblico del potere e, per ciò solo, sostanzialmente amministrativo; come atto privato *tout court*)¹¹.

I, 15 maggio 2009, n. 242, *ibid.*, 2009, 1400, Tar Veneto, sez. III, 7 maggio 2008, n. 1256, in *Foro amm. Tar*, 2008, 1248, Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 3 maggio 2008, n. 711, *ibid.*, 2008, 1483, Tar Campania, Napoli, sez. VII, 4 aprile 2008, n. 1890, *ibid.*, 2008, 1099, Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 2005, n. 100, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2330, ma anche in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 733, con nota di G. Ciaglia, *La disciplina urbanistica delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, e in *Urb. app.*, 2005, 544, con nota di G. Bardelli, *L'unicità del procedimento di autorizzazione*, cit.

¹⁰ Questo laddove si tratti (art. 87, comma 3, cit.) di «installazione di impianti, con tecnologia Umts od altre, con potenza in singola antenna uguale od inferiore ai 20 Watt».

¹¹ Per un'analisi delle tesi in questione v., *ex plurimis*, v. C. Lamberti, *DIA e silenzio as-*

In altri termini, la d.i.a. per le stazioni radio base sarebbe, in questo contesto, una sorta di “falsa” d.i.a., dal momento che la sua sostanziale e determinante, oltre che espressa, qualificazione in termini di silenzio-assenso eviterebbe radicalmente il riproporsi dei dubbi o delle perplessità che gli interpreti hanno provato di fronte all’istituto tradizionalmente disciplinato dalla l. n. 241/1990; richiamarne una pretesa valenza sistematica, quindi, comporterebbe il rischio di incorrere in un vero e proprio errore di prospettiva e in un discutibile passo falso di natura esegetica.

2) In secondo luogo, l’affermazione secondo cui la d.i.a. in esame si risolve in un’ipotesi specifica di silenzio-assenso potrebbe avere valore dirimente anche per chi volesse argomentare, *in parte qua*, l’impossibilità di estendere a questo istituto le innovazioni recentemente apportate in materia di “s.c.i.a.”, ossia l’intervenuta trasformazione in quest’ultima e originale figura della d.i.a. (in generale, dovunque e comunque regolata)¹².

Tale cambiamento è avvenuto, come è noto, in forza di quanto stabilito dall’art. 49 l. n. 122/2010, ed in particolare dal combinato disposto del c. 4-*bis* (che ha modificato l’art. 19 della l. n. 241/1990, introducendo una nuova disciplina sulla c.d. “segnalazione certificata di inizio attività”) e del c. 4-*ter* («Le espressioni “segnalazione certificata di inizio attività” e “Scia” sostituiscono, rispettivamente, quelle di “dichiarazione di inizio attività” e “Dia”, ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e la disciplina di cui al c. 4-*bis* sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale»).

Il motivo che impedirebbe l’applicazione materiale della nuova s.c.i.a. non è certo quello formalistico e caratterizzato dalla circostanza che la sostituzione in questione opererebbe soltanto rispetto all’espressione “dichiarazione di inizio attività” e non all’espressione “denuncia di inizio attività”.

In verità, per ciò che qui interessa, il fatto che la nuova s.c.i.a. sostituisca ogni ipotesi di d.i.a. non potrebbe mutare il richiamato tenore testuale della disciplina dell’art. 87 cit., rimasto, anche a seguito delle recentissime e

sensu dopo la legge 69/2009, in *Urb. app.*, 2010, 5, che ricostruisce gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali (anche con riferimento all’annoso problema della tutela del terzo).

¹² Come è noto, lo stesso problema si è posto, da subito, per la d.i.a. in materia edilizia: cfr., in argomento, C. Lamberti, *Nell’edilizia vige ancora la DIA?*, in *Urb. app.*, 2010, 1253.

¹³ Così Tar Veneto, sez. II, 27 maggio 2009, n. 1629, in *Foro amm. Tar*, 2009, 1377.

¹⁴ Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 6 marzo 2008, n. 269, in *Foro amm. Tar*, 2008, 852.

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

succitate innovazioni, del tutto invariato. Esso, infatti, continua a riferirsi, sempre espressamente e formalmente, a tutte le fattispecie autorizzatorie colà regolate. Una volta compreso, cioè, che proprio simili fattispecie continuano ad essere trattate, anche al di là del *nomen iuris*, come ipotesi di silenzio-assenso, parrebbe difficile sostenere che la sopravvenuta mutazione linguistica possa comportare una completa e parallela trasformazione disciplinare. Detto altrimenti: se anche la d.i.a. per le stazioni radio base si dovesse chiamare s.c.i.a. e potesse articolarsi, anche solo in parte, secondo la disciplina nuova, essa non sarebbe, né potrebbe essere, vera s.c.i.a., allo stesso modo di quanto finora non poteva essere vera d.i.a.

3) In terzo luogo, però, ci si può chiedere – criticamente – se un simile assetto sia del tutto razionale e comprensibile, specialmente allorché si raffronti la disciplina delle stazioni radio-base con la disciplina della banda larga (cfr. l'art. 2, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008), a tenore della quale «Gli interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica sono realizzabili mediante denuncia di inizio attività» (c. 1).

Sin dall'origine, questa seconda disciplina è, in tutto e per tutto, modellata su quella generale della d.i.a., per così dire, “autentica”. Sulla stessa, quindi, tornerebbe certamente attuale ogni possibile ragionamento sull'applicabilità effettiva della nuova s.c.i.a. e sul fatto che, in conseguenza di ciò, «L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente» (così il novellato dell'art. 19, c. 2, l. n. 241/1990). A tutti questi sviluppi resterebbe, invece, estranea la disciplina delle stazioni radio base.

Può essere utile rammentare che la comparazione tra le due discipline non è irragionevole: essa è incentivata, anzi, dal fatto che anche gli interventi infrastrutturali per le reti in fibra ottica sono assimilati, alla stessa stregua di quelli finalizzati all'installazione di stazioni radio base (v. *infra*), alle opere di urbanizzazione primaria (cfr. l'art. 2, c. 5, d.l. n. 112/2008). La disparità del regime procedimentale delle due fattispecie assume così una portata ancor più evidente.

La considerazione di un simile risultato potrebbe, allora, indurre gli interpreti a valutare con attenzione se, anche indipendentemente dai rilievi testuali e formali sopra illustrati, non si possa ipotizzare che la considerazione, per così dire “forte”, della *ratio* della sopraggiunta previsione della s.c.i.a. lasci preferire l'opzione che definisce come “prevalente” il carattere novativo del nuovo istituto, soprattutto laddove essa sia strumentale a rendere oggi generale un obiettivo di semplificazione e di liberalizzazione che la legge (art. 85, d.lgs. n. 59/2010) aveva già anticipato per le «attività di im-

pianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla direttiva 2006/123/Ce».

Per queste fattispecie, infatti, la disciplina della “vecchia” d.i.a. era già stata modificata proprio nel senso di disporre (art. 19, c. 2, l. n. 241/1990, nella sua previgente formulazione) che l’attività, «ove non diversamente previsto», potesse «essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all’amministrazione competente».

Sicché, in questo modo, potrebbe sostenersi che la d.i.a. in materia di stazioni radio base sia sostituita integralmente dalla nuova s.c.i.a., analogamente a quanto potrebbe essere avvenuto per la d.i.a. in materia di banda larga.

Naturalmente sarà la giurisprudenza a chiarire compiutamente tali dubbi. Ciò nonostante non si può evitare di porre sin d’ora un quesito: quale soluzione è realmente più vantaggiosa e *semplice* per un imprenditore del settore? L’istanza, comunque denominata, che “termina” certamente ed esplicitamente in un silenzio-assenso, e dunque nella formalizzazione di un titolo provvedimentale la cui esistenza *erga omnes* è sicura a decorrere da una data facilmente individuabile, oppure la s.c.i.a., che consente uno svolgimento immediato delle operazioni costruttive ma che, in definitiva, comporta un numero maggiore di adempimenti?

È comunque chiaro che, dalle premesse teoriche sopra riassunte, le conclusioni assunte dal Tar Lazio derivano, per così dire, necessariamente e naturalmente: nel caso di specie, il comune non poteva sospendere gli effetti di un provvedimento che, si era già tacitamente formato, né poteva, quindi, impedire l’inizio dell’opera di costruzione dell’impianto.

L’unica opzione disponibile, quindi, consisteva nell’esercizio dell’auto-tutela, a condizione, peraltro, di rispettare alcuni principi, assai puntuali ed elaborati dalla giurisprudenza amministrativa anche in altre occasioni:

- l’esercizio del potere di annullamento d’ufficio relativamente ad un provvedimento di primo grado a formazione tacita esige comunque uno svolgimento completo dell’istruttoria e non può basarsi esclusivamente sul ripristino della legalità violata: ad esempio, è stato giudicato illegittimo l’annullamento d’ufficio disposto in ragione dell’asserita constatazione che l’atto di assenso si sarebbe formato «sulla base di una non adeguata rappresentazione della situazione dei manufatti pertinenziali che faceva presumere la legittimità degli stessi»¹³;

¹³ Tar Lazio, Latina, sez. I, 18 aprile 2010, n. 322, in *Foro amm Tar*, 2010, 953; Tar Lom-

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

- anche nel procedimento di secondo grado, «il comune non è legittimato a sovrapporre le proprie valutazioni in ordine alla fissazione dei limiti di esposizione ai campi elettromagnetici», una volta che sia stato formulato il parere dell'organo tecnico competente per territorio¹⁴.

L'occasione offerta dalla pronuncia in esame può essere, poi, utile anche per ricordare quali altri principi abbia espresso finora il giudice amministrativo in relazione al regime autorizzatorio di cui si tratta.

In generale, sul procedimento che l'amministrazione comunale deve seguire, si può rammentare l'affermazione diffusa sull'applicabilità dell'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990¹⁵, che, concretamente, si ritiene che impedisca il formarsi del silenzio-assenso, avendo effetti interruttivi del termine di conclusione del procedimento¹⁶.

A tale riguardo, peraltro, giova sottolineare che le possibilità di interrompere il termine per ragioni istruttorie sono effettivamente trattate in modo molto rigoroso: questi limiti discendono direttamente dal comma 5 dell'art. 87, c. 5, d.lgs. n. 259/2003, e consistono nel fatto che l'interruzione è possibile solo una volta e per soli quindici giorni, da intendersi a sua volta come termine perentorio¹⁷; ciò vale anche nel caso di successivo e sopravvenuto apprezzamento, da parte dell'amministrazione, sulla necessità di sottoporre il progetto a v.i.a.¹⁸.

Vi sono residue incertezze solo con riguardo alla decorrenza del termine di novanta giorni per la perfezione del titolo tacito: per parte della giurisprudenza il termine decorre solo dal momento in cui l'ente locale riceve i pareri tecnici obbligatori e previsti dalla legge¹⁹; per altra (preferibile) lettura, di carattere sostanzialmente prevalente, il termine decorre

bardia, Milano, sez. I, 13 gennaio 2010, n. 23, *ibid.*, 43; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 3 aprile 2009, n. 1722, ined. (www.giustizia-amministrativa.it); Tar Veneto, sez. III, 7 maggio 2008, n. 1256, cit.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 32, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Tar Lazio, Latina, sez. I, 15 luglio 2009, n. 696, in *Foro amm. Tar*, 2009, 2163; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 21 aprile 2009, n. 2077, *ibid.*, 2009, 1192.

¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4785, in *Guida dir.*, n. 33-34/2010, 93: «nel caso in cui la p.a., passati i quindici giorni, abbia comunicato alla ricorrente la necessità di assoggettare a procedura di v.i.a. il progetto posto a corredo della domanda senza richiedere alcuna integrazione, non può detta nota ritenersi idonea a interrompere il termine per la formazione del silenzio tacito, suscettibile di interruzione solo a fronte di conclamate esigenze istruttorie».

¹⁹ Tar Abruzzo, Pescara, Sez. I, 7 aprile 2008, n. 384, in *Foro amm. Tar*, 2008, 1061.

²⁰ Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 9 gennaio 2008, n. 9, in *Foro amm. Tar*, 2008, 245, ma anche Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7128, in www.giustizia-amministrativa.it.

dal ricevimento dell'istanza e del progetto, poiché i pareri tecnici sarebbero necessari solo per l'attivazione effettiva dell'impianto e del segnale telefonico²⁰.

In ogni caso, conformemente a noti principi generali, il giudice amministrativo considera i predetti pareri come atti endoprocedimentali, con la conseguenza che, in caso di contestazione del diniego opposto dal comune, è tale ultimo provvedimento a definire l'identità dell'unica amministrazione resistente²¹.

3. Regime autorizzatorio e disciplina regolamentare: uno spazio normativo discusso

Un altro punto, invece, merita una riflessione più attenta.

Esso si può sintetizzare in una questione apparentemente semplice: può un comune, pur a fronte del pregresso rilascio di titoli abilitativi del tutto efficaci, limitare l'ampiezza dell'attività già autorizzata mediante l'approvazione successiva di una disciplina regolamentare finalizzata a richiedere, per il futuro, il generale rispetto di standard innovativi?

L'opinione manifestata dal Tar Lazio nell'occasione *de quo* è generalmente (*rectius*: genericamente) affermativa, anche se non del tutto chiara²².

Nel caso di specie, uno dei motivi per i quali il comune aveva disposto, reiterandola appositamente, la sospensione degli effetti provvedimenti tacitamente formati consisteva proprio nell'anticipazione della volontà di adottare presto un regolamento comunale per la disciplina delle installazioni delle stazioni radio base di telefonia mobile e telecomunicazione.

Da un lato, tale sospensione doveva giudicarsi naturalmente illegittima, come in effetti il Tar ha fatto per le ragioni sopra già ricordate (par. 2). Dal-

²¹ «Poiché, ai sensi dell'art. 87 del d.lg. n. 259/2003, l'autorizzazione all'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici è rilasciata dal comune, qualora si voglia contestare il diniego a detta autorizzazione il provvedimento da impugnarsi è quello definitivo adottato dal comune medesimo, sulla scorta di pareri di altre amministrazioni, i quali, in quanto pareri, sono atti endoprocedimentali non lesivi e non impugnabili, con la conseguenza che la amministrazioni che tali pareri hanno emesso non devono essere evocate in giudizio» (così Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4056, in www.giustizia-amministrativa.it).

²² Per un'analisi degli orientamenti e della disciplina vigenti prima del Codice delle Comunicazioni v. P. Fava, *I Comuni e i sistemi radiomobili: l'evoluzione di legislazione, giurisprudenza, dottrina e prassi fino al d.lgs. n. 198/2002*, in *Urb. app.*, 2002, 1255.

²³ Si rammenti, del resto, che una specifica competenza comunale è prevista proprio da questa stessa legge, il cui art. 8, c. 6, così dispone: «I comuni possono adottare un regolamento

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

l'altro lato, però, la generale possibilità di adottare un regolamento consimile è stata comunque riaffermata dal giudice amministrativo.

Anzi, il Tar Lazio ha anche precisato che quel regolamento, nel frattempo effettivamente approvato dal comune, pur non essendo applicabile *tout court* a provvedimenti autorizzativi già formati, può legittimamente invitare le imprese di settore ad adeguare i rispettivi impianti «laddove sussista e sia dimostrata in concreto una incompatibilità degli stessi, sul piano del danno alla salute, (...) in vista del dichiarato raggiungimento degli obiettivi indicati dalla legge quadro 22 febbraio 2001, n. 36 sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici»²³.

La formulazione di un simile insegnamento è comune alla giurisprudenza dominante²⁴; eppure, da tempo, questa stessa giurisprudenza è impegnata anche a definire quali siano i limiti concreti di questa potestà disciplinare comunale, da considerarsi, per costante affermazione, come specificazione di quella urbanistico-edilizia²⁵.

In effetti, tale insegnamento, considerato al di là della sua astratta generalità, pone rilevanti problemi: è possibile che, in concreto, la disciplina dell'installazione puntuale delle stazioni radio base risulti diversa da comune a comune? Quali e quanti oneri una simile opzione comporterebbe in capo agli operatori del settore? E quali e quanti ostacoli possono sortire per la reale ed effettiva fruizione del servizio da parte dei possibili utenti?

Il punto merita un approfondimento, specialmente per segnalare che la stessa generalità (se non, come si è precisato, genericità) delle affermazioni fatte dal Tar Lazio costituisce un dato assai rilevante, in quanto capace di trasformarsi in indice potenzialmente idoneo a suffragare una tesi, al lato pratico, tendenzialmente opposta.

Sono tante, infatti, le precisazioni che la stessa giurisprudenza ammini-

per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici». In argomento v. E. De Carlo, *Impianti di telefonia mobile e potere regolamentare dei Comuni*, in *N. rass. Idg.*, 2007, 507, nonché F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, Giappichelli, 2007, 191-195.

²⁴ V., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2008, n. 1767, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1198, e M.A. Mazzola, *La potestà regolamentare dei Comuni sulle stazioni radio base di telefonia mobile: l'urbanistica quale forma di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 590.

²⁵ La giurisprudenza, in tal senso, è costante: cfr. l'analisi riassuntiva degli orientamenti poi via via consolidatasi così come effettuata da G. Sartorio, *Norme regolamentari e di piano ed antenne di telefonia: le ultime da Palazzo Spada*, in *Urb. app.*, 2008, 833.

²⁶ La disposizione citata così recita: «Le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui agli articoli 87 e 88, sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giu-

strativa ha da tempo indicato per lo svolgimento concreto di questa discussa potestà regolamentare. Ed è dalla considerazione di esse che emerge la reale portata delle affermazioni, sia pur positive, fatte dal Tar Lazio.

In via preliminare, è utile rammentare che un primissimo – e di per sé decisivo – limite all'espansione della potestà normativa comunale concerne la disciplina urbanistica nel suo complesso.

Infatti, come si è ricordato anche dianzi, gli impianti di cui si tratta sono considerati come opere di urbanizzazione primaria (v. il citato art. 86, c. 3, d.lgs. n. 259)²⁶, in quanto tali compatibili, in via di principio, con qualunque destinazione di zona²⁷: «Pertanto, è illegittimo il piano comunale di localizzazione territoriale di impianti fissi di telecomunicazione contenente il divieto generalizzato di installare le stazioni radio base per la telefonia cellulare in tutte le zone comunali – ad esclusione di due soli siti (salvo quelli preesistenti), – in quanto perseguendo palesemente il fine di sovrapporre una determinazione cautelativa, ispirata al principio di precauzione, alla normativa statale che ha fissato i limiti di radiofrequenza, elude di fatto tale normativa»²⁸.

Analogamente: «Il regolamento comunale che delinea la suddivisione del territorio comunale in tre tipologie di aree (maggiormente idonee, di attenzione e sensibili) si pone in contrasto con il d.lgs. n. 259/2003, non

gno 2001, n. 380, pur restando di proprietà dei rispettivi operatori, e ad esse si applica la normativa vigente in materia». Si ricordi che la qualificazione in tali termini delle infrastrutture di rete abilita l'amministrazione anche ad avvalersi della propria potestà espropriativa: in argomento M. Poto, *Impianti di telefonia mobile ed istituti espropriativi*, in *Urb. app.*, 2004, 65.

²⁷ Tar Lombardia, Milano, sez. I, 13 gennaio 2010, n. 23, cit.; Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4056, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2008, n. 5044, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2784; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 19 marzo 2008, n. 504, cit.; Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3332, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1858.

²⁸ Così, ad esempio, Trga Trento, sez. I, 9 luglio 2009, n. 207, in *Foro amm. Tar*, 2009, 1992. Ma v. anche Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 2009, n. 8103, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 553: «il comune non può inibire la installazione delle infrastrutture per la telefonia mobile nelle aree diverse da quelle con destinazione a servizi. Tale scelta, infatti, non è giustificata sul piano tecnico-scientifico ed è contrastante con il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui deve ritenersi esulare dalle competenze comunali l'imposizione, in sede di pianificazione urbanistica, di generalizzati divieti di installazione degli impianti di telefonia mobile: e ciò sia per la inammissibile finalità indirettamente "sanitaria" della misura, sia per l'avvenuta assimilazione normativa di tali impianti alle opere di urbanizzazione primaria, compatibili come tali con ogni destinazione di zona».

²⁹ Così Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1431, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1008.

³⁰ Uno spazio, molto ristretto, per la competenza regionale esiste ed è stato ricordato anche dalla Corte costituzionale: «Gli art. 86, comma 7 e 87, comma 1, d.lg. 1 agosto 2003,

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

consentendo tale decreto alle amministrazioni comunali di estendere la propria competenza sino a selezionare le aree del territorio, individuandone solo alcune come idonee ad ospitare gli impianti. L'installazione di impianti di telecomunicazione, infatti, deve ritenersi in generale consentita sull'intero territorio comunale in modo da poter realizzare, con riferimento a quelli di interesse generale, un'uniforme copertura di tutta l'area comunale interessata»²⁹.

Questo significa che esiste un aspetto tipico e strutturale dei servizi cui sono strumentali gli impianti in questione, ossia il fatto che deve essere sempre garantita un'accessibilità omogenea alla generalità degli utenti, i quali, a loro volta, non sono certo "confinati" sempre e comunque in una determinata porzione di territorio.

Ciò non toglie in linea del tutto astratta, che i comuni possano, in applicazione ed osservanza della disciplina statale sull'elettrosmog e, sia pur limitatamente, delle eventuali leggi regionali³⁰, «assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti di telefonia, garantendo l'armonizzazione tra l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio di telecomunicazione e gli altri interessi pubblici coinvolti». Essi potranno, in particolare, «dettare prescrizioni di carattere integrativo, volte ad imporre caratteristiche o accorgimenti tecnici particolari da adottare nella realizza-

n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche, che impongono alle regioni e agli enti locali di uniformarsi ai limiti di esposizione ai valori di attenzione ed agli obiettivi di qualità stabiliti dall'art. 4, comma 2, lett. a), l. 22 febbraio 2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici), vale a dire ai valori di campo per l'esposizione della cittadinanza alle emissioni elettriche, magnetiche ed elettromagnetiche non violano la competenza delle regioni nella determinazione degli altri obiettivi di qualità consistenti nei criteri localizzativi, standard urbanistici, prescrizioni ed incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili e non contrasta con il riparto stabilito nelle materie del territorio e della tutela della salute» (così C. cost., 27 luglio 2005, n. 336, in *Ragiusan*, 2006, 122). Cfr. anche C. cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2791, con nota di F. de Leonardis, *La Corte costituzionale sulla "necessità" degli impianti di telecomunicazione*, e in *Le Regioni*, 2004, 603, con nota di Q. Camerlengo, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità costituzionale*. In tema (e sempre a commento della pronuncia da ultimo menzionata) cfr. anche E. Boscolo, *La riattribuzione di spazi al governo del territorio nella localizzazione degli impianti di telefonia mobile*, in *Urb. app.*, 2008, 36.V. poi anche C. cost., 7 novembre 2003, n. 331, in *Dir. e giust.*, n. 43/2003, 34, e in *Le Regioni*, 2004, 709. In argomento cfr. A. Colavecchio, *La tutela dall'elettrosmog tra Stato e autonomie territoriali*, Bari, Cacucci, 2004.

²⁹ Così Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 2 febbraio 2010, n. 119, in *Foro amm. Tar*, 2010, 695.

³⁰ Il dato è assolutamente condiviso sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza (cfr. F.

zione degli impianti»; tuttavia, ad essi resta sempre impedito adottare, direttamente o indirettamente, «misure derogatorie ai limiti di esposizione fissati dallo Stato»³¹, poiché la tutela della salute e l'individuazione di limiti di esposizione o di soglie di attenzione uniformi compete solo al livello disciplinare nazionale³².

Se così non fosse, non vi sarebbe solo una violazione delle competenze che la Costituzione definisce come esclusive dello Stato; vi sarebbe anche l'effetto irrazionale ed inaccettabile che tale violazione darebbe alla luce, ossia la regolazione differenziata di un servizio la cui fruibilità è, per suo intrinseco statuto, universale.

Non è un caso che, in questa prospettiva, sia pur con riguardo ad altre materie (installazione di impianti per la produzione di energia rinnovabile), molti interpreti leggono con attitudine restrittiva anche i riconoscimenti e le aperture che la Corte costituzionale ha talvolta e teoricamente operato circa l'esistenza di un potere disciplinare regionale in settori nei quali, a garanzia di un approccio strutturalmente omogeneo da preservare e diffondere il più possibile, si possono e si devono naturalmente espandere le competenze trasversali dello Stato: la potestà regionale, infatti, potrebbe realizzare un ostacolo all'effettiva penetrazione di principi di liberalizzazione, di concorrenza e di semplificazione voluti dal legislatore europeo, principi che non sopportano una differenziazione territoriale troppo spinta³³.

Non è sempre facile, poi, anche restando nella prospettiva generale riguardata dalla giurisprudenza amministrativa, comprendere quali possano essere gli accorgimenti o le prescrizioni volti a minimizzare l'esposizione ai campi elettromagnetici e tali da poter comunque essere stabiliti dai soli comuni. La dottrina è costante nel considerare simili profili come quelli in assoluto meno chiari dell'intera disciplina dell'elettrosmog nel suo complesso³⁴.

Donati, *L'ordinamento amministrativo*, cit., 194. Alcuni interpreti, tuttavia, hanno criticato il fatto che la giurisprudenza amministrativa tenda a trasporre automaticamente sul piano dell'individuazione dei limiti posti ai Comuni le argomentazioni che la Corte costituzionale (ricordata anche alla nt. precedente) ha opposto circa l'ampiezza di talune leggi regionali (v., sul punto, G. Manfredi, *Regolamenti comunali sugli impianti di comunicazione e principio di legalità*, in *Urb. app.*, 2006, 1283).

³³ Così N. Rangone, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 2010, 1490.

³⁴ Per questa valutazione v., da ultimo, l'analisi aggiornata di S. Maglia, M.A. Labarile, *Inquinamento elettromagnetico: il punto a 10 anni dalla legge quadro*, in *Ambiente e sviluppo*, 2010,

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

Costituisce un'affermazione ricorrente quella secondo cui i limiti di fonte comunale dovrebbero, in ogni caso, «tradursi in regole ragionevoli, motivate e certe, poste a presidio di interessi di rilievo pubblico»³⁵, ovvero a tutela di luoghi o siti che possano essere qualificati singolarmente ed eccezionalmente come «sensibili»³⁶, ovvero, ancora, a tutela di singoli beni ambientali-paesaggistici o storico-culturali³⁷.

È manifesto, ad esempio, il fatto che simili limitazioni non si potrebbero risolvere in disposizioni finalizzate ad introdurre, ancora una volta e surrettiziamente, divieti di localizzazione generalizzati e indifferenziati³⁸: «sono infatti criteri localizzativi legittimi, ancorché espressi “in negativo”, i divieti di installazione su ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido, siccome riferiti a specifici edifici, mentre sono limitazioni alla localizzazione, vietate, i criteri distanziali generici ed eterogenei, quali la prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido, nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-archi-

531. Ma è constatazione diffusa: v. anche G. Ciaglia, *La disciplina urbanistica delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, cit., *passim*.

³⁵ Cons. St., sez., VI, 8 settembre 2009, n. 5258, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2073.

³⁶ Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3493, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁷ Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1017, *ibid*. Il dato è accolto anche dalla dottrina: «Ogni scelta di piano che si risolva in una previsione sfavorevole per l'insediamento di stazioni radio-base dovrà, a differenza delle ordinarie previsioni urbanistiche, essere supportata da una analitica motivazione. Questa motivazione dovrà articolarsi su due piani: per un verso, dovrà dare conto delle ragioni che inducano ad evitare un tale insediamento in un determinato ambito (ragioni che dovranno avere matrice eminentemente territoriale, non potendosi certo fare surrettizio riferimento ad argomenti legati alla tutela della salute), per altro verso, dovrà dimostrare che l'universalità della rete non risulti pregiudicata in ragione dell'impossibilità di installazioni in ampia parte del territorio comunale. Quest'ultimo passaggio andrà dunque corredato da complesse indicazioni di ordine tecnico ed andrà sempre supportato dalla dimostrazione che il piano esprima altre soluzioni insediative, compatibili con le esigenze di completezza della rete, concretamente praticabili» (così E. Boscolo, *La riattribuzione di spazi al governo del territorio*, cit., 39).

³⁸ Cons. St., sez. III, 3 marzo 2010, n. 4280, in *Foro amm. CdS*, 2010, 697. Ma v. anche Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 2009, n. 8103, cit., nonché Cons. St., Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4056 (*www.giustizia-amministrativa.it*), e Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 18 novembre 2008, n. 436, in *Foro amm. Tar*, 2008, 3024.

³⁹ Così Tar Campania, Napoli, sez. VII, 7 maggio 2008, n. 3507, in *Foro amm. Tar*, 2008,

tettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi»³⁹.

Viceversa, per un'indicazione specifica di natura positiva (e non semplicemente negativa), si può ricordare un precedente interessante, per il quale risulterebbe legittimo il regolamento comunale «che prescriva che le antenne delle stazioni radio base possano essere collocate su edifici aventi una altezza superiore a quella degli edifici circostanti, posti ad una distanza non superiore a mt. 50»⁴⁰.

Da tale precedente si potrebbe desumere che è possibile, sempre nei limiti di una motivazione circostanziata, formulare indicazioni particolari sulle altezze e sulle distanze, così come imporre schermature o altre e peculiari tecniche realizzative dell'impianto così come collocabile in determinati luoghi⁴¹. Ovviamente tali indicazioni dovrebbero essere variabili da caso a caso, essendo naturalmente influenzate «dalle caratteristiche geografiche, orografiche, antropiche, ambientali, architettoniche e di prevalente utilizzazione (agricola, piuttosto che residenziale o turistica o produttiva, ecc.) che connotano il territorio comunale»⁴².

Ma, come si vede, si tratta di indicazioni, ancora una volta, generiche, che paiono confermare, da un lato, l'assenza, per i comuni, di un margine di discrezionalità vero e proprio, dall'altro, l'opinione che la loro formulazione sia dovuta, il più delle volte, all'esigenza di bilanciare il riconoscimento generale dell'autonomia locale con il compresente riconoscimento di un bisogno di logica uniformità.

Esiste poi anche un'interpretazione che, cercando di spiegare il senso di una disposizione specifica (i.e. dell' art. 93, c. 1, d.lgs. n. 259/2003, che vieta ai comuni, e in generale a qualsivoglia altra amministrazione, di «im-

1408. Ma è orientamento diffuso e confermato, da ultimo, anche da Cons. St., sez.VI, 24 settembre 2010, n. 7128, in www.giustizia-amministrativa.it. Si noti che non è chiaro se gli edifici sopra indicati vadano considerati come “corpi” autonomi e come comprensivi anche delle relative pertinenze: parte della giurisprudenza è assai severa, e consente la possibilità di considerare, quali riferimento-limite per l'installazione di impianti, anche i cortili (cfr. Cons. St., sez.VI, 3 marzo 2007, n. 1017, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁰ Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5593, in www.giustizia-amministrativa.it, che concerne un regolamento approvato dal comune di Venezia.

⁴¹ Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 3 giugno 2004, n. 5186, in *Foro amm. Tar*, 2004, 2542, con nota di M.P. Genesin, *Il Tar Lazio fa il punto sulle competenze comunali in materia di elettrosmog dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione*.

⁴² Così G. Ciaglia, *La disciplina urbanistica delle infrastrutture di comunicazione elettronica*, cit., 736.

sulla disciplina autorizzatoria per le stazioni radio base

porre, per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge»), ha considerato compatibile con l'assetto normativo vigente la previsione di una apposita tariffa per la collocazione o per il mantenimento di una stazione radio base laddove essa sia stata insediata, sia pur legittimamente, su di un'area pubblica⁴³.

Ma anche questa lettura rischia di “provare troppo”, poiché essa sembra, piuttosto, la conseguenza della considerazione della natura pubblica dell'area occupata e della necessità che tale occupazione sia in qualche modo compensata, anziché il risultato dell'espressione del supposto potere regolamentare dei comuni a tutela di specifiche esigenze circostanziate di interessi prevalenti non già individuati dallo Stato.

Giova porre attenzione, infine, ad un dato ancor più dirimente, che è già stato rilevato dagli interpreti più attenti⁴⁴ e che è capace di ridimensionare moltissimo l'ampiezza disciplinare dei comuni, poiché amplifica l'effetto delle considerazioni sopra svolte circa la naturale e strutturale istanza di omogeneità che il servizio di trasmissione radio porta con sé.

Se è vero che i comuni non possono adottare misure che rendano *de facto* impossibile la localizzazione all'interno dell'intero territorio comunale, è altrettanto vero che la verifica concreta sulla compatibilità tra le prescrizioni locali e la perdurante possibilità di trasmettere efficacemente dovrà riguardare non solo la singola rete e il singolo operatore cui il singolo impianto ambisce a riferirsi, bensì la pluralità delle reti e degli operatori esistenti ed autorizzati: «Con tutta evidenza la sovrapposizione di più reti ed il disegno a maglia stretta delle reti stesse rischiano di rendere il limite dell'efficienza trasmissiva un ostacolo pressoché insuperabile per ogni tentativo comunale di “azzonare” queste installazioni a partire dalla compatibilità territoriale dei rispettivi impatti. La pianificazione urbanistica potrebbe veder dissolversi molta della propria efficacia e potrebbe sfumare l'obiettivo di una allocazione ottimale di impattanti “verticalità isolate”, che solitamente finiscono per assurgere ad altrettanti marcatori territoriali negativi. Per i comuni potrebbe quindi restare ancora precluso, per fare un esempio, impostare zonizzazioni funzionali che privilegino “atterraggi” su aree di proprietà pubblica, a meno che non sia disponibile una rete di possibili allocazioni in coincidenza con i punti in cui devono necessariamente ubicarsi le “celle”. Del pari, potrebbe risultare difficoltosa una azione di incentivazione alla

⁴³ Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 15 luglio 2010, n. 525, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Cfr. E. Boscolo, *La riattribuzione di spazi al governo del territorio*, cit., *passim*.

ubicazione programmata mediante attribuzione di crediti edificatori a vantaggio dei proprietari di sedimi che accettino di favorire la delocalizzazione di antenne ed altri manufatti incongrui»⁴⁵.

La “natura della cosa” si impone in tutta la sua forza. Il potere comunale, pertanto, tende ad assumere una connotazione davvero residuale, se non di fatto impraticabile, poiché collegata ad esigenze spaziali molto circoscritte e non individuabili *a priori*.

D'altra parte, e per richiamare la puntuale osservazione contenuta in una sentenza del giudice amministrativo⁴⁶, ogni altro e più profondo valore che volesse attribuirsi alle potestà locali «farebbe derivare (...) una delegificazione della materia, cui corrisponderebbero regolamenti delegati, privi della necessaria predeterminazione di criteri da seguire e in grado di incidere sul riparto non di mere competenze, ma di attribuzioni, fissato per gli enti territoriali a livello costituzionale». E questo, probabilmente, è l'argomento più forte per ribadire, ancora una volta, il carattere solo tendenziale delle affermazioni fatte nella sentenza in commento.

Abstract

Correctly, the Administrative Tribunal has restrictively interpreted the administrative ability of Municipalities to inhibit the concrete implementation of projects concerning the development of radio-based communication systems. First, the administrative judge stated that the current legal framework provides for a tacit consent mechanism, as part of an authorization system that absorbs even the urban planning and building assessments. Therefore, Municipalities are not allowed to directly block the outcomes of an effective administrative act, yet silently formed: they may, if necessary, exercise their powers of withdrawal. Secondly, the Court makes it clear that Municipalities may provide, as a complement of their urban planning powers, for specific provisions and arrangements that the manufacturers of network infrastructures must follow. But this possibility has limitations too, since regulations adopted by Municipalities cannot affect the uniform ones laid down by the State, as a guarantee to public health.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 3 giugno 2004, n. 5186, cit.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Economia dell'Università G. D'Annunzio di Chieti e Pescara.

FULVIO CORTESE è ricercatore di istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

VINCENZO COCOZZA è professore ordinario di diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

GIACINTO DELLA CANANEA è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia e diritto dell'Università di Roma Tor Vergata.

TOMMASO EDOARDO FROSINI è professore ordinario di diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

FRANCESCO MARONE è ricercatore di diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

SERGIO MAROTTA è professore associato di sociologia del diritto presso la Facoltà di Scienza della formazione dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

ALBERTO MASSERA è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Pisa.

CARLO MARZUOLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

GIUSEPPE MORBIDELLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma La Sapienza.

GIUSEPPE PIPERATA è professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Pianificazione del territorio dell'Università IUAV di Venezia.

ALDO SANDULLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

SIMONE TORRICELLI è ricercatore di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

FRANCESCO VOLPE è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2011
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli

