

SOMMARIO DEL NUMERO I/2012

Editoriale

LORENZO SALTARI	III
-----------------------	-----

Saggi

ALESSANDRO PETRETTO, <i>Organizzazione sanitaria, finanziamento e incentivi</i>	1
STEFANO TARULLO, <i>Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari</i>	21
GINEVRA CERRINA FERONI, <i>Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie: una comparazione con la Germania e con la Svizzera</i>	63
ALESSANDRA ALBANESE, <i>Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale</i>	115

Articoli

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, <i>Servicio público y derecho comunitario</i>	159
ENRICO CARLONI, <i>La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio</i>	179
DANIELA SORVILLO, <i>Il principio del “giusto procedimento” nella risoluzione extragiudiziale delle controversie: il caso delle comunicazioni elettroniche</i>	199
ENRICO MARMUGI, <i>La dismissione delle partecipazioni societarie «non strettamente necessarie» degli enti locali e le regole dell’evidenza pubblica</i>	227

Opinioni

MARCO MACCHIA, <i>Costituzionalizzare l’equilibrio di bilancio: un cambio di registro</i>	245
---	-----

Commenti

MICHELA CATRICALÀ, <i>La liberalizzazione dei servizi privati nel mercato interno e il divieto di démarchage</i>	257
FEDERICO CAPORALE, <i>La soppressione delle Autorità d'ambito e la Consulta: le prospettive nella regolazione locale dei servizi idrici</i>	269
LAURA MUZI, <i>La disciplina statale sui beni destinati al servizio idrico integrato: riflessioni sulla nozione giuridica di demanialità</i>	295
NOTIZIE SUGLI AUTORI	309

Hanno collaborato alla redazione del presente numero della rivista:

Eleonora Amirante, Alessandra Bellini, Sergio D'Amico, Luigi Di Franco, Fabiola Gallo, Davide Martino, Alessia Pinto, Alfonso Serritiello.

EDITORIALE

1. Per ridare slancio alla crescita economica va liberata l'iniziativa dei privati dai vincoli burocratici? È necessario, inoltre, aprire settori tradizionalmente protetti, come le professioni regolate, le farmacie, i taxi? Occorre, infine, organizzare in senso concorrenziale i servizi pubblici affidati agli enti territoriali, non ancora approdati agli assetti che hanno rivoluzionato il regime delle grandi *public utilities*? Queste sembrano le scelte di politica economica adottate dal governo Monti nel provvedimento disegnato per favorire la ripresa: il decreto "cresci Italia". Tra le misure approvate e gli ambiziosi propositi perseguiti vi è una congruità piena o almeno adeguata?

Questi interventi s'innestano nel solco di quelli adottati alla fine dell'estate del 2011 quando l'instabilità creditizia ha contagiato i debiti sovrani, facendo vacillare l'equilibrio della finanza pubblica italiana. È stato osservato che quelle disposizioni erano espressione più di una "retorica liberista" che norme idonee a rafforzare le libertà d'impresa. È parso servissero più a rassicurare le piazze finanziarie sulla vocazione *market friendly* del Paese che a far evolvere il rapporto Stato-mercato.

Le misure progettate dal nuovo esecutivo, approvate dalla sua larga ed eterogenea maggioranza, presentano la medesima debolezza? Più in generale, in che modo ridisegnano la posizione dello Stato nell'economia in una fase in cui estesi fallimenti del mercato potrebbero far ricrescere l'intervento pubblico diretto? Il precedente del Ventinove e le tesi ultra-keynesiane propugnate da studiosi Nobel per l'economia impongono di non trascurare quest'aspetto.

2. Per non cedere a giudizi liquidatori, occorre analizzare distinguendo tra misure generali, interventi puntuali e correzioni del regime dei servizi pubblici locali.

Sono eliminate le previsioni di limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione per l'avvio di un'attività economica, eccetto che tali titoli non siano giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità. Da abrogare sono anche le norme contenenti divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati e proporzionati alle finalità perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, inad-

guati e proporzionati rispetto alle finalità dichiarate. Ciò dovrà aversi con l'emanazione di regolamenti governativi di delegificazione.

Tali previsioni hanno l'ambizione di far cedere tendenzialmente tutti i provvedimenti che condizionano *ex ante* l'accesso al mercato. Non si esclude, però, la permanenza di controlli successivi. Allora, è lecito chiedersi se si tratti di una liberalizzazione oppure solo di una semplificazione del sistema amministrativo. Dove c'è un'abilitazione espressa, i regolamenti delegati la sostituiranno con una Segnalazione certificata di inizio attività (Scia)? Emerge forte l'ambiguità dell'inquadramento positivo per il quale la Scia è uno strumento di liberalizzazione. Se viene meno la ragione del controllo, esso dovrebbe essere eliminato (*de-regulation*), non reso successivo. Così si avrebbe un'effettiva riduzione dei "lacci" amministrativi. Differire nel tempo l'efficacia degli interventi è un'opportunità ma insieme un limite della delegificazione. Si rinvia ad altro momento l'individuazione puntuale dei procedimenti che frenano l'economia. Né l'aver affidato al governo il compito d'incidere su di essi attenua la forza degli interessi contrari alla riduzione dei vincoli pubblicistici. L'esecutivo dovrà presentare alle Camere, per il loro assenso, una relazione su periodi e ambiti d'intervento degli atti regolamentari. In questa interazione governo-parlamento vi sarà un altro bilanciamento tra innovazione e conservazione. La delegificazione poi si potrà avere solo nelle materie di competenza statale. L'art. 117 Cost. infatti dà alle regioni potestà regolamentare, oltre che negli ambiti di legislazione generale-residuale, nelle numerose materie a competenza concorrente.

L'impronta politica della misura è netta. L'interesse collettivo prioritario coincide con la libertà d'iniziativa e di mercato. Essa dovrebbe dare slancio per la ripresa economica. Gli altri interessi pubblici, che hanno giustificato procedure abilitative, restrizioni, pianificazioni e programmazioni, divengono recessivi con la sola eccezione della tutela di diritti costituzionalmente protetti, entro il limite di stretta proporzionalità. È un approccio molto orientato al mercato, in netta discontinuità con la tradizione italiana legata a regimi pubblicistici di attività economiche pervasivi, sovente ordinati a scopi di protezione e, più in generale, di legittimazione di apparati burocratici altrimenti da abolire. Tuttavia, la misura generale sulle liberalizzazioni ha notevoli debolezze. Annuncia interventi che si concreteranno poi. La delegificazione non esaurisce la dialettica con i portatori d'interessi incisi, che si ripeterà quando saranno precisati gli interventi. La disposizione non è immune da dubbi di legittimità costituzionale. Fissa i criteri e i principi che dovranno ispirare i regolamenti, ma non precisa l'ambito da delegificare. Il perimetro delle misure è ristretto allo Stato per via delle nuove e più estese competenze regionali.

Quando da misure generali si passa a *specifici ambiti* le resistenze si elevano. Nelle professioni regolate si liberalizza il regime tariffario. Ma le regole fondanti il sistema ordinistico, specie quelle sull'accesso, non sono incise. Il numero delle farmacie è un po' incrementato. Ma la disciplina di vendita dei farmaci è invariata a detrimento delle para-farmacie. Anche il numero dei notai è elevato di poco, nonché ampliata la loro competenza territoriale. Anche qui, però, si tratta di una correzione marginale. È liberalizzata l'installazione d'impianti di distribuzione di carburanti, ma solo in aree extraurbane. Ai gestori di questi impianti è data la libertà di vendere anche altri prodotti, ma la vendita di tabacchi è consentita solo a impianti di notevoli dimensioni. È rilanciata la separazione proprietaria tra la rete del gas (Snam) dall'Eni. Questa misura è indispensabile all'effettiva transizione alla concorrenza. Però, si è stabilita una procedura farraginoso, che dovrebbe esaurirsi dopo la fine della legislatura.

Correzioni sono apportate anche alla disciplina dei *servizi pubblici locali*, emanata nel settembre 2011. È incrementata la propensione del nuovo regime alla "concorrenza per il mercato". Si ampliano le condizioni in cui l'affidamento diretto è sostituito da una gara: la soglia del valore economico del servizio entro cui si ammette l'*in house* è abbassata da novecentomila a duecentomila euro. Per altro verso, la transizione verso la concorrenza vera, quella "nel mercato", non riceve un impulso. Gli enti territoriali prima di provvedere all'analisi di mercato, propedeutica all'individuazione eventuale di attività che possono essere rimessi ai privati tra loro in competizione, devono precisare i «contenuti degli obblighi di servizio pubblico o universale» da garantire. Una simile previsione rallenterà il già complesso processo di contrazione delle riserve. Inoltre, i risultati di queste analisi, svolte da enti con più di dieci mila abitanti, vanno sottoposte al parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) che è obbligatorio, ma privo di forza vincolante. S'incide anche sugli "ambiti o bacini territoriali ottimali" favorendo l'aggregazione dei gestori piccoli. L'obiettivo è rafforzare l'organizzazione di tali imprese, ampliando il relativo mercato rilevante. L'incentivo grazie al quale raggiungere questo giusto obiettivo è però la possibilità di prolungare l'affidamento diretto dei servizi aggregati oltre il termine entro cui altrimenti tali affidamenti sono fatti cessare.

3. Per creare mercati concorrenziali in ambiti dove barriere legali precludevano l'accesso si devono realizzare insieme tre condizioni difficili. In primo luogo, la concorrenza deve essere praticabile; il mercato dev'essere appetibile perché remunerativo. In secondo luogo, l'interazione tra poteri pubblici e privati deve informarsi alla regolazione che protegga e promuova

il nuovo ordine competitivo. In terzo luogo, la mano riformatrice deve essere politicamente forte per resistere alle reazioni dell'interesse alla conservazione. Comprendere se la prima condizione vi sia, richiede tempo e può imporre di modificare il perimetro del mercato rendendolo "rilevante". La seconda è legata all'affidamento dei compiti regolatori ad autorità indipendenti dotate di *expertise*. Anche questa trasformazione incontra resistenze. Tale considerazione introduce all'ultima. Un esecutivo che si regga su una maggioranza parlamentare ampia ma eterogenea e frazionata ha la forza necessaria per incidere in profondità sugli ultimi segmenti dell'ordinamento in cui lo Stato sottrae spazio al mercato anziché essere a suo supporto?

Il decreto "cresci Italia" (ma prima il "salva Italia") tocca molti nodi senza avere la forza di scioglierne nessuno. La sua cifra, infatti, non è la riforma radicale, bensì la correzione marginale realizzata entro vincoli stringenti. Tra questi vi è lo scarso tempo e la necessità di tenere coesa la maggioranza parlamentare. In questa strozzatura, vi è la genesi di misure che diverranno effettive solo dopo azioni ulteriori differite oppure che mantengono regimi protettivi.

Si potrebbe affermare che la "manutenzione" è meglio dell'inazione; che essa produce un effetto non trascurabile anche sulla cultura giuridica. Concorre a sedimentare l'idea che la libertà d'iniziativa e il mercato competitivo sono principi irrinunciabili. Questo segnale politico nell'attuale congiuntura non va sottovalutato. La crisi economico-finanziaria è di tale profondità da poter essere paragonata a quella del Ventinove. Allora al fallimento del mercato seguirono ricette che rafforzarono potentemente l'influenza pubblica nell'economia. Basti evocare il *Nira* rooseveltiano o l'Iri di Beneduce. Che l'ennesima manifestazione dell'insufficienza del mercato non spinga a una nuova oscillazione del pendolo a favore dello Stato non è scontata e merita di essere segnalata.

Attuare politiche di liberalizzazione è arduo. Le resistenze possono essere fortissime. La debolezza delle burocrazie ministeriali, che concretamente redigono le disposizioni normative, porta a provvedimenti generali (meglio generici) di liberalizzazione che presentano numerose mende. Di quelle specifiche si è accennato prima. Ne rimane un'altra: forse la più difficile da rimediare. L'esistenza di controlli pubblici delle attività private, entro una certa misura, è imprescindibile. L'impressione che destano previsioni *omnibus* che vogliono la transizione dall'atto autorizzativo espresso al silenzio dell'amministrazione e al suo eventuale intervento *ex post* pare un'implicita dichiarazione di impotenza. Non riuscendo a rendere efficiente, rapida, retta la burocrazia si seguita a congegnare procedure che le impediscano di danneggiare con la sua inadeguatezza il sistema economico.

Ma se quei controlli corrispondono alla persistenza d'interessi collettivi da curare si dovrebbe rendere l'amministrazione pubblica migliore non ridurla al silenzio, ancorché giuridicamente significativo. Peraltro, alcune attività amministrative sono desiderate dalle imprese. Il seguente ne è un esempio emblematico. Per favorire gli investimenti in reti di accesso in fibra ottica (Ngan), nel 2008, si è disposto che per eseguire le opere sia sufficiente una Dichiarazione di inizio attività (Dia) e non un'autorizzazione espressa, come statuiva la disciplina abrogata. Le imprese, però, più che di un'estrema semplificazione per agire, hanno l'esigenza che i comuni svolgano una programmazione delle opere civili, mettendo a disposizione infrastrutture di loro proprietà e di altri enti pubblici, ecc., svolgano cioè un'azione di governo in assenza della quale è ancor più difficile che l'innovazione degli assetti infrastrutturali sia avviata. Di sicuro, nell'esempio evocato, l'attenuazione dell'onere burocratico non è stata uno stimolo adeguato.

L'abbattimento del vincolo burocratico non favorisce gli investimenti per la realizzazione dei quali molti pensano sia necessario un intervento finanziario dei pubblici poteri. Ecco che il ragionamento torna al punto dal quale si erano prese le mosse. Le politiche di liberalizzazione da sole hanno la forza di invertire l'andamento recessivo dell'economia? Il rischio concreto è che il Paese rimanga impigliato nell'incapacità di perseguire in modo vigoroso l'estensione e il rafforzamento del mercato aperto e concorrenziale. Senza il completamento di questa transizione immaginare interventi di stampo keynesiano per modernizzare infrastrutture strategiche e rilanciare l'espansione del sistema economico è velleitario. L'andamento dei differenziali di rendimento dei nostri titoli di Stato indica che politiche che amplino il disavanzo pubblico non sono ancora nel perimetro delle scelte realistiche. Se non rimane che proseguire nelle liberalizzazioni allora bisognerebbe farlo con rigore. Ciò però non andrebbe dissociato dal rilancio della produttività dell'amministrazione pubblica, la quale, oltre una certa misura, non può essere fatta arretrare, anche per il bene del mercato.

Lorenzo Saltari

ALESSANDRO PETRETTO

ORGANIZZAZIONE SANITARIA, FINANZIAMENTO E INCENTIVI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Medical care triad* e struttura di incentivi. – 3. I modelli organizzativi nella sanità e incentivi nella produzione. – 4. *Cost-benefit* della separazione tra finanziamento e produzione in sanità. – 5. Assicurazione sanitaria, sistemi di finanziamento e incentivi. – 6. Finanziamento e incentivi in un sistema di federalismo sanitario. – 7. Sintesi e considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il presente lavoro propone un'esposizione sintetica di come gli incentivi incidano sul funzionamento e sui risultati di un sistema sanitario che opera in un'economia industrializzata (Petretto 2010, 2011). Sotto questo profilo la sanità e la cura della salute forniscono un "caso" di studio illuminante per esaminare l'articolazione dell'intervento pubblico in una molteplicità di agenti economici che interagiscono strategicamente tra loro. Nel mondo industrializzato l'intervento pubblico in sanità può esprimersi in numerosissime rappresentazioni e i risultati in termini di *Health care*, equità dell'accesso e soddisfacimento del diritto alla salute possono essere conseguiti con diverse tipologie organizzative, nessuna delle quali ha dunque un primato assoluto, trattandosi in ogni caso di soluzioni di *second best*.

La sanità è un settore in cui una pressione crescente si esercita sulla spesa, sia pubblica che privata, per effetto di un processo inflativo dal lato dei costi, dovuto allo sviluppo della frontiera della tecnologia medica e alla conseguente dinamica della qualità delle prestazioni, e, dal lato della domanda, per motivi demografici (Pammolli e Salerno 2008, Muraro 2011). Si tratta poi di un sistema in cui operano una moltitudine di agenti economici, con preferenze, funzioni obiettivo e interessi specifici confliggenti, per cui è illusorio cercare di ricondurre il tutto ad un *decision-making* unitario e aggregato. Di conseguenza qualunque sia l'organizzazione prescelta, il suo *outcome* è direttamente dipendente dal flusso di incentivi che si distribuiscono tra gli agenti coinvolti: sistemi *command & control* non *incentive-compatible* possono risultare, malgrado tutte le buone intenzioni, profondamente inefficienti ed

iniqui. Secondo la moderna teoria economica, i sistemi sanitari sono, in effetti, tanto più efficienti quanto più riescono a riallineare in via ottimale gli incentivi di medici, pazienti, erogatori di servizi e ente pagante in modo tale da ricondurre le prestazioni al livello di effettivo bisogno, in condizioni di costi delle prestazioni contenuti e di allocazione efficiente delle risorse tra gli agenti stessi. All'interno delle organizzazioni sanitarie sussistono condizioni di asimmetria informativa nei rapporti di agenzia che si instaurano tra superiore e subordinato che influenzano il processo decisionale. Di conseguenza, cruciale risulta l'esistenza di un efficace sistema di incentivi e di delega decisionale tali da stimolare il subordinato, dotato di una maggior spettro di informazioni, ad agire e scegliere in modo conforme agli obiettivi dell'organizzazione (Clerico 2009, cap. 1 e Zweifel et al. 2009, cap. 11).

La distribuzione di incentivi tra agenti economici con *pay-off* indipendenti richiama vagamente la nozione di un mercato in qualche modo concorrenziale – caratterizzato da una complessa struttura di domande che si confronta con una altrettanto articolata struttura di offerte – che può operare anche nei contesti in cui la presenza pubblica è più consolidata e pervasiva. Al riguardo, l'accostamento delle nozioni di mercato e di concorrenza a quello della cura della salute è da molti, e per molte discipline non economiche, considerato improprio, in quanto incompatibile con la natura sociale del diritto sotteso. Invece, questo accostamento, sovente utile per motivi di efficienza, può essere conforme anche a obiettivi di natura equitativa. Ad ogni modo, mercato e concorrenza vanno considerate, nelle varie forme organizzative, configurazioni indipendenti da quella più specifica della privatizzazione degli enti assicuratori e delle strutture erogatrici, tanto che, in alcuni sistemi sanitari, si sono sviluppate totalmente all'interno del settore pubblico.

Il lavoro è così organizzato. Nel paragrafo 2 viene descritto un sistema sanitario come un gioco complesso a cui prendono parte numerosi agenti per la fornitura e produzione di servizi sanitari per la cura della salute. Nel paragrafo 3 proporrò una classificazione organica se pur sintetica dei diversi modelli organizzativi, per individuare le condizioni con cui rispondono alla distribuzione degli incentivi tra gli agenti. Nel paragrafo 4, in particolare, ci soffermeremo sulla struttura di incentivi che opera all'interno delle organizzazioni industriali a seconda che il modello preveda una separazione o un'integrazione delle agenzie di finanziamento (compagnie di assicurazione o aziende sanitarie) dalle strutture deputate alla produzione e offerta di servizi (i cd. *providers*, come ospedali, cliniche e laboratori). Nel paragrafo 5 esamineremo il problema del finanziamento dei vari modelli organizzativi e dei vari sistemi di assicurazione sociale, da cui emergono altre

tipologie di incentivi da governare per il raggiungimento degli obiettivi sociali. Il paragrafo 6 considera la struttura di incentivi che caratterizza il finanziamento della sanità in un contesto federale come quello italiano. Il paragrafo 7 concluderà con alcuni commenti riassuntivi.

2. Medical care triad e struttura di incentivi

Un sistema sanitario può essere concepito come un “game”, la così detta *Medical care triad*, che coinvolge tre strutture di giocatori (Cutler e Zeckhauser 2000) (Fig. 1):

1. Gli enti finanziatori, e indirettamente i contribuenti (o assicurati)
2. I *providers* (ospedali, cliniche, laboratori di analisi, farmacie)
3. Gli utenti-pazienti, assistiti dai medici di base come ordinatori di spesa.

Le tre strutture di giocatori possono essere più o meno integrate o separate organizzativamente e istituzionalmente. In ogni caso, le interazioni tra gli agenti - giocatori avvengono sulla base di incentivi che ne determinano le strategie tendenti a massimizzare i *pay-off*. Gli utenti (blocco 3) acquisiscono dai *providers* (blocco 2) le prestazioni sanitarie, come le cure mediche di base, i servizi diagnostici, le visite specialistiche, i ricoveri ospedalieri e i farmaci, rivolte a curare uno stato di malattia, con l'intento di pervenire ad un certo livello di salute individuale. Quest'ultimo non dipende, tuttavia, direttamente ed esclusivamente dalle prestazioni sanitarie, quanto da un processo produttivo che avviene all'interno del nucleo familiare, a sua volta inserito in un contesto sociale, che dipende, in modo rilevante, dalle condizioni ambientali, dal livello delle conoscenze, dallo stile di vita, dalla cultura ecc.

Le prestazioni sanitarie sono beni di natura privata, in quanto rivali e ed escludibili, ma non sono beni di consumo diretto, come il pane e il vino, essendo piuttosto input intermedi del processo produttivo che determina il livello di salute (Hurley 2000, Zweifel et al. 2009, cap. 3, Anderson e Grossman 2009). Nondimeno, il consumatore-utente formula, perlopiù tramite il medico di base, una domanda individuale di prestazioni. In particolare, la quantità desiderata di una prestazione si ottiene uguagliando il *beneficio marginale* della cura che si persegue con questa prestazione al *costo di opportunità* della stessa. Il beneficio marginale è una misura della disponibilità a pagare per una prestazione, ed è data dall'utilità marginale della stessa ponderata con un indicatore di “appropriatezza”, che riflette la produttività della cura.

Il costo di opportunità è pari alla quota del “prezzo” alla produzione sopportata dal consumatore, che riflette in modo specifico la forme di finanziamento della sanità. In generale questa quota è inferiore ad uno, dato che alla prestazione non corrisponde un prezzo “pieno”; il finanziamento proviene, come vedremo, dai premi assicurativi, dai contributi sanitari o dalla fiscalità generale e tutto al più può contemplare un moderato *co-payment* (ticket). È chiaro che quanto più si riduce questa quota tanto meno opera il segnale di scarsità inviato all’agente economico dal costo di opportunità, e ciò può incentivare *over-consumption* di alcune prestazioni.

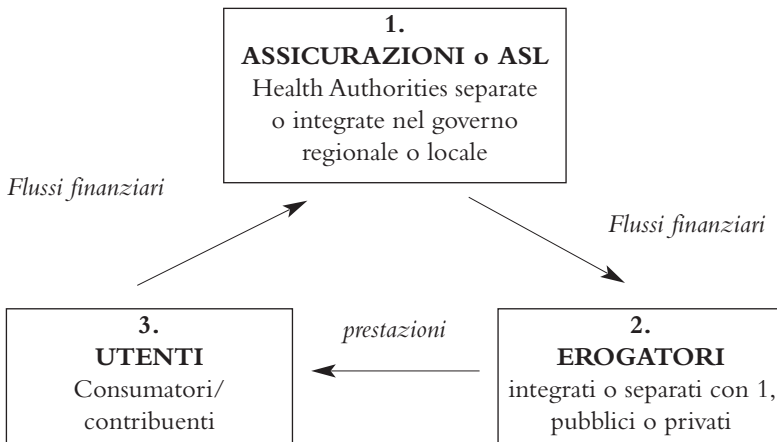


Fig. 1 - *Medical care triad*

Le principali motivazioni che inducono ad una presenza non marginale del settore pubblico nel *Medical care triad* e quindi nel superamento del meccanismo di allocazione tra i blocchi 1, 2 e 3 tramite prezzi di mercato, sono originate da fenomeni di imperfetta informazione e conseguenti incentivi distorti che un sistema di mercato comporta (Hurley 2000, Zweifel et al. 2009, cap. 5). Innanzi tutto, per quanto le prestazioni siano, come detto, beni privati, ciò non di meno spesso generano *effetti esterni positivi*, nel senso che i benefici dei servizi si estendono anche a chi non li consuma direttamente (vaccinazioni e medicina preventiva). Una fornitura esclusivamente fondata sul calcolo “privato” di convenienza economica produrrebbe una sottofornitura, dal punto di vista del benessere sociale, delle prestazioni sanitarie corrispondenti. Per le prestazioni sanitarie poi spesso è immaginabile

che una valutazione sociale si aggiunga e integri quella esclusivamente privata, basata su un'imperfetta (miope) informazione individuale, con elementi paternalistici che si inseriscono nel calcolo economico (*beni meritori*). Quando le prestazioni assumono questa caratteristica il loro prezzo al consumo risulta sussidiato, fino, se del caso, all'esenzione.

Nel curare la propria salute gli individui non hanno poi un'informazione perfetta sulla natura dei prodotti che intendono acquisire. Le prestazioni sanitarie sono in generale *experience goods*: una particolare categoria di beni dei quali i consumatori non conoscono ex-ante la qualità, in questo caso la produttività delle cure, ma solo ex-post sono in grado di accertarne i benefici. Talvolta tendono addirittura ad assumere anche la forma di *credence goods*, quando la qualità delle prestazioni non viene mai accertata. Sotto questo profilo cruciale è la relazione Medico (l'agente, più informato) – Paziente (il principale, disinformato), che si instaura all'interno del blocco 3 e che non può essere lasciata ad una regolazione contrattualistica prettamente privata. Tramite rapporti di convenzione tra Stato e medici di base si tende a garantire i giocatori-utenti disinformati e limitare gli effetti distortivi della selezione avversa tipo *lemons markets*.

Per il sostenimento delle spese per le cure mediche, data l'incertezza connessa al rischio malattia e l'avversione nei confronti di questo, emergono condizioni per sviluppare forme assicurative, il blocco 1. Tuttavia, in questo contesto, si realizzano conclamati casi di *fallimento dei mercati assicurativi*, in presenza di asimmetria informativa assicuratore-assicurato. I classici casi di azzardo morale ex-post (“terzo pagante” e de-responsabilizzazione dell'ordinario di spesa) e di selezione avversa (compagnie non in grado di selezionare gli assicurati in base al rischio) inducono ad equilibri nei mercati assicurativi privati inefficienti. In queste circostanze, pur mantenendo la logica assicurativa, un meccanismo di *social insurance* può garantire, a determinate condizioni, equilibri *Pareto-improving* (Cutler e Zeckhauser 2000, Zweifel et al. 2009, cap. 5) rispetto a quelli efficienti-vincolati. Nel blocco 1, le Assicurazioni vengono progressivamente sostituite da *Health Authorities* locali che, nel contesto italiano assumono la forma di ASL.

Nel primo caso, si può dimostrare che un equilibrio, con copertura parziale, può essere migliorato (pur mantenendo forme di *risk sharing*) da un sistema di controlli che possono operare solo all'interno di un'organizzazione pubblica se soggetta ad un vincolo di bilancio “non-soffice”. Nel secondo caso, si può dimostrare che un equilibrio *separating* alla *Rothchild-Stiglitz*, dove solo gli alti rischi sono totalmente coperti, può essere migliorato in termini paretiani, o dalla fornitura di un pacchetto base uguale per tutti e successiva assicurazione supplementare cui ricorreranno gli alti rischi, o

dall'applicazione di un premio medio per tutti (*Community rating*). Quest'ultimo può essere, infine, approssimato da un sistema di contributi sanitari commisurati al reddito da lavoro o da imposte generali dedicate. Ma la carenza dei mercati assicurativi si manifesta anche per le situazioni individuali in cui la probabilità dell'evento malattia è prossima all'unità (anziani, portatori di handicap, poveri, immigrati socialmente esclusi, ecc.). La copertura di questi alti rischi può essere solo garantita da un sistema di assicurazione sociale.

Infine, in *Health care* si possono determinare situazioni di *insufficienza di offerta* per il prevalere di incentivi alla localizzazione territoriale della fornitura di servizi (blocco 2) sanitari laddove maggiori sono i rendimenti privati degli investimenti, per cui si possono generare monopoli locali che sfruttano la posizione di rendita spaziale. In altri territori, dove i rendimenti sono più bassi date le aspettative di domanda, invece, si avrebbe una carenza di presidi e quindi un'offerta di prestazioni carente. Questa motivazione dell'intervento pubblico, a differenza delle precedenti, implica non solo la *public provision* di cure sanitarie, secondo cui il settore pubblico è chiamato a finanziare, con la fiscalità, la prestazione di cure, indipendentemente dall'erogatore, ma anche la *public production* di prestazioni, secondo cui il settore pubblico è chiamato anche a effettuarne direttamente l'erogazione.

Questa distinzione è cruciale per analizzare i diversi modelli di organizzazione sanitaria. Al momento ci limitiamo a indicare come un sistema sanitario possa perfettamente perseguire, attraverso l'intervento pubblico, l'internalizzazione degli effetti esterni, il conseguimento di finalità equitative, l'assicurazione nei confronti del rischio di malattia, la fornitura di prestazioni in condizioni di appropriatezza ma contemplando erogatori non pubblici, e in ogni caso separati dal finanziatore pubblico.

3. I modelli organizzativi nella sanità e incentivi nella produzione

L'organizzazione della produzione e fornitura sanitaria concerne la relazione tra blocco 1 e 2 del *Medical care triad*. Tradizionalmente si distinguono tre modelli organizzativi base.

- Per primo abbiamo *Il modello pubblico*, che, nella versione più pura, prevede un finanziamento pubblico con la fiscalità generale e produzione pubblica; è il cd modello *beveridgiano*, tipico dei SSN originari inglese e italiano, prima delle riforme degli anni Novanta. Rientra nel modello pubblico anche il sistema delle Assicurazioni obbligatorie (Mutue), finanziate

organizzazione sanitaria, finanziamento e incentivi

con *payroll taxation* (contributi sanitari), secondo il c.d. modello *bismarkiano*. In entrambi i casi il sistema sanitario è tendenzialmente *universale*.

- All'altro estremo c'è *Il modello assicurativo privato*, ancora invalso attualmente in USA, con Programmi con polizze private, e Programmi pubblici per specifiche porzioni della popolazione ("anziani" con *Medicare*, e "poveri" con *Medicaid*). È quindi coerente con una logica di *welfare residuale*.

- Più diffuso è *Il modello misto*, in cui operano simultaneamente Programmi pubblici per le prestazioni base (livelli essenziali) e Programmi privati con mutue per le prestazioni integrative. Inoltre, agiscono strutture di produzione parzialmente de-integrate. A seconda delle diverse specificazioni, può essere un sistema universale, come quello pubblico puro.

Al riguardo cruciale è la nozione di *Copertura sanitaria*. Questa può essere concepita in termini di *larghezza*, cioè l'ampiezza della popolazione cui è garantita la cura della salute. Ad esempio, per il *Census Bureau* circa 46 milioni di cittadini americani sono privi di copertura. Sono individui di età inferiore ai 65 anni, non coperti da *Medicare*, appartenenti ai ceti medi, non coperti da *Medicaid*. La copertura riguarda poi la *profondità*, cioè il numero e le caratteristiche dei servizi inclusi nella copertura, e *altezza*, cioè l'ammontare di costi direttamente sostenuti dal SSN (quindi non direttamente pagati dai pazienti).

Attualmente, in tutti i paesi europei operano sistemi sostanzialmente misti (Civitarese Matteucci 2009) e anche il sistema americano, una volta attuata la riforma proposta da Barack Obama, si accinge divenire un sistema misto. Gli elementi distintivi riguardano i criteri con cui viene assegnato il medico di base e viene effettuata, e con quali vincoli, la scelta della struttura presso la quale ottenere servizi di cura, diagnostici, specialistici e ospedalieri. La questione è quindi relativa alla possibilità di attribuire la libertà individuale di scelta o effettuare una rigida assegnazione. Ovviamente si configurano situazioni intermedie. Altro elemento distintivo riguarda il modo con cui sono finanziate le prestazioni dei *providers*, a seconda che sia ammessa la copertura ex-post dei costi, oppure sia fissato un budget ex-ante, o si faccia riferimento al metodo delle tariffe prospettiche. I vari sistemi tariffari hanno diverse ricadute in termini di incentivi sul contenimento dei costi e sugli standard qualitativi, che costituiscono l'elemento essenziale per valutare questi sistemi (Zweifel et al. 2009, cap. 10). Chiarire questo importante aspetto richiede una trattazione un po' più tecnica (Petretto 2010). Qui è sufficiente ricordare come i sistemi di pagamento retrospettivi, a copertura della spesa sostenuta, non incentivano il contenimento dei costi dei tratta-

menti, dato che il rischio di impresa è a carico dell'ente finanziatore, anche se non inducono a bassi standard qualitativi. Mentre i sistemi di pagamento prospettici, tipo tariffe standardizzate associate ai casi DRG (*Diagnostic related groups*), incentivano il contenimento dei costi, dato che il rischio di impresa è ora a carico degli erogatori, ma, se non soggetti a controlli sulle performance e ad efficaci sistemi di accreditamento, possono indurre a limitare gli standard qualitativi, abbattendo, ad esempio, la durata delle degenze e estendendo il numero dei casi trattati (sull'applicazione del metodo in Italia, Nonis e Rossi 2009). Infine, i sistemi misti possono contemplare diverse forme con cui è organizzata offerta dei farmaci, sono fissati i relativi prezzi ed è stabilita la misura con cui l'utente partecipa al loro pagamento.

Tra i modelli organizzativi misti, la letteratura individua tre tipologie specifiche, tre forme di sviluppo del *Medical care triad*.

- Il *Modello a rimborso* in cui le assicurazioni mutualistiche (o le regioni) rimborsano i consumatori-pazienti dopo che questi hanno usufruito delle prestazioni presso i *providers* che possono essere sia pubblici sia privati. I *providers* sono remunerati con prezzi amministrati pagati dai pazienti stessi.

- Nel *Modello integrato*, lo Stato (o la regione) costituisce, insieme ai fornitori, un'unica struttura connessa e integrata all'interno della pubblica amministrazione. I pazienti non pagano le prestazioni, che sono finanziate attraverso la fiscalità generale, e hanno limitata possibilità di scelta delle strutture. I fornitori sono finanziati al costo dei fattori impiegati o a budget.

- Nel *Modello contrattuale*, l'Assicurazione (lo stato o la regione) è separata dai fornitori che possono essere pubblici o privati accreditati. I *providers* sono finanziati, sulla base di contratti di fornitura, secondo prezzi della prestazione prefissati ex-ante e standardizzati (le tariffe associate ai DRG). I consumatori-pazienti hanno, a secondo dei casi, libertà di scelta delle strutture a cui rivolgersi.

I quasi-mercati (QM), o *mercati interni con concorrenza amministrata* sono una specificazione largamente diffusa in Europa del modello *contrattuale* (Compagnoni 2006), tipo quello del NHS britannico thacheriano e post-thacheriano (Jones e Cullies 1996, Miccoli 2007, Smith e Goddard 2009). Gli obiettivi perseguiti con questo modello organizzativo sono sostanzialmente di tre ordini. In primo luogo, si punta a limitare il ruolo produttivo dello Stato (e delle sue diramazioni territoriali), che dovrebbe fungere solo da finanziatore o acquirente di servizi a tariffa per i cittadini iscritti ad un sistema sanitario pubblico. In secondo luogo, si sviluppa una concorrenza tra istituzioni pubbliche e tra pubbliche e private, sulla qualità, dato che comunque il prezzo è generalmente fisso. In terzo luogo, si dà voce ai desti-

natori delle prestazioni, attraverso le mutue di categoria che operano come degli sponsor dei pazienti, valorizzando la “domanda” e aumentando le possibilità di scelta.

Il meccanismo sotteso a un QM ha alcune controindicazioni, dovute soprattutto allo incentivo che hanno i *providers* ad attuare *cream skimming*, per attuire il quale occorre mettere in campo forme di controllo ex-ante ed ex-post e, quindi, una notevole capacità di “regolare” il mercato interno, tramite budget, contrattazioni ecc. e prevedendo l’istituzione di specifiche *Authorities*. Ciò determina una organizzazione complessa con elevati costi negoziali. Per di più, contrariamente alle aspettative, si sono manifestati considerevoli aumenti di spesa pubblica, causati da *over-spending* e dal fenomeno dell’induzione della domanda da parte dell’offerta, messa in atto dagli erogatori, tesi ad accaparrarsi “clientela”.

Storicamente la spinta riformatrice dei sistemi sanitari in Europa ha mosso dal primo, al secondo modello e arrivando, solo per alcuni paesi, fino al terzo (Nicita 2004). Sistemi in cui la struttura dei quasi-mercati (de-integrazione verticale, libertà di scelta dei pazienti e concorrenza tra erogatori) è ormai stabilizzata e confermata dopo successive riforme si trovano in Olanda, Regno Unito, Germania, Svezia. Alcuni paesi come la Spagna hanno avviato riforme pro-concorrenziali, ma di fatto non hanno proceduto ad attuarle compiutamente, intravedendone via via i limiti. Altri paesi, come Francia, Danimarca, Finlandia, pur avendo manifestato la consapevolezza che i sistemi di pura programmazione possono generare incentivi distorti, hanno inserito solo limitate misure pro-concorrenziali. Da notare, come nei sistemi federali, la caratterizzazione di sistemi può cambiare anche all’interno di un paese, come possiamo dire accada in Italia. In effetti, in Lombardia vige un vero e proprio quasi-mercato, in Toscana e nel Nordest i sistemi sono a limitata concorrenza, ma la logica contrattuale tra ASL e presidi interni è mantenuta.

4. Cost-benefit della separazione tra finanziamento e produzione in sanità

Le basi teoriche per affrontare la questione fanno riferimento ai risultati del tradizionale dibattito sui costi e benefici dell’integrazione verticale - e quindi sul conseguimento di economie di scala, varietà, rete e coordinamento - e della scelta tra gerarchia e mercato (Gibbons 2005). È quest’ultimo profilo di *Industrial Organization* (I-O) che si mostra maggiormente in grado di fornire gli elementi per valutare vantaggi e svantaggi delle diverse

soluzioni organizzative in sanità (Dranove e Satterthwaite 2000). Infatti, le transazioni tra *buyer*, in questo caso un'ASL, e *seller*, un fornitore che produce e effettua le prestazioni sanitarie, possano avvenire, in caso di separazione, nell'ambito di una contrattazione di mercato o, in caso di integrazione, tramite l'internalizzazione della transazione stessa e la costituzione di una apposita struttura unitaria. Nel modellare le determinanti della scelta occorre, quindi, ponderare i costi di governo di una struttura integrata e complessa (*firm*), con i costi di ricerca e contrattazione incompleta con i fornitori ed erogatori (*market*).

Al fine di pervenire ad un giudizio di convenienza dell'integrazione o della de-integrazione, occorre considerare, in successione, i comportamenti *rent-seeking* dei vari attori, la dimensione negoziali, l'esistenza di investimenti specifici irreversibili e la relativa appropriabilità dei benefici (*hold-up*), la distribuzione degli incentivi tra i decisori e gli esecutori delle attività, la possibilità di dirimere in sede giudiziaria, agevolmente e con costi limitati, le controversie sull'applicazione dei contratti.

In linea generale, anche nel particolare contesto "industriale" esaminato, la scelta è guidata dalla valutazione di una nozione allargata dei *costi di transazione*. Solo nel caso in cui i benefici derivanti dall'integrazione verticale, tramite la riduzione di comportamenti opportunistici e di inefficienze ex-post e ex-ante, siano maggiori di qualunque forma di inefficienza statica o dinamica associata all'allocazione di risorse nell'ambito dell'organizzazione burocratica interna alla struttura pubblica individuata, quest'ultima risulterà preferibile a soluzioni fondate su scambi e contrattazioni di mercato.

Quando si realizza un modello de-integrato, tipo quello del regno Unito (*Health Authorities vs. Hospital Trusts*), con un assetto QM pubblico-pubblico o pubblico-privato, si hanno livelli di concentrazione industriale piuttosto limitati in quanto si affida il compito di esprimere la domanda a un organismo che definisce le prestazioni ritenute appropriate sulla base degli indirizzi tecnici, lasciando agli assistiti la scelta degli erogatori presso i quali rivolgersi. In questo modello, che può prevedere o meno l'introduzione di voucher specifici, a destinazione vincolata nell'uso, ma libera nella scelta dell'erogatore, si ipotizza che i suddetti organi siano in grado di garantire l'appropriatezza della domanda e quindi anche la corretta combinazione tra componenti sociali e sanitarie. Si ammette altresì che gli assistiti possano esercitare un'efficace azione di controllo sulle prestazioni innescando una concorrenza sulla qualità da parte degli erogatori.

Si tratta, come detto, di *quasi-market*, cioè meccanismi in cui si manifesta in modo separato una domanda e un'offerta, ma entrambe con caratteristiche peculiari (Le Grand 2003, 2008), essendo la domanda stessa for-

mulata da un organismo che funge da sponsor dei consumatori/utenti e essendo il governo che finanzia i costi della fornitura (*public provision*). Mentre dal lato della offerta, gli erogatori possono essere tanto pubblici, quanto privati o organismi *non-profit* (*private production*). Nei confronti di tutti gli erogatori è però indispensabile un “accreditamento” efficace, allo scopo di controllare, attraverso un effetto reputazione *ex-ante*, la qualità delle prestazioni. L’accreditamento è volto anche a contenere il potere negoziale dell’offerta che, in questo contesto, è rilevante a causa di fenomeni di asimmetria informativa, nonché delle situazioni di necessità e di urgenza in cui spesso si trovano i potenziali assistiti.

In sintesi, dunque, e con riferimento alla realtà del SSN italiano, i vantaggi di un sistema *de-integrato* possono essere riconducibili agli effetti incentivanti che emergono dalla contrapposizione di interessi tra ASL (Regione) e Aziende ospedaliere (domanda *vs.* offerta di prestazioni) e al percorso virtuoso *concorrenza-qualità-scelta* indotto dai contratti di “compravendita”, per quanto incompleti. Per di più, sono facilitate le procedure contabili e la misurazione dei risultati e si ottiene una maggiore specializzazione nelle tre funzioni base del management di una ASL: *Assicurazione* (percezione dei rischi e dei bisogni), *Produzione* (misurazione e controllo dei costi e dei ricavi), *Acquisto* (controllo della domanda). Le ASL assumono quindi un ruolo di acquirenti consapevoli e “non ciechi”.

Questi vantaggi devono però essere confrontati con gli svantaggi dovuti ad una limitata diffusione delle economie di scala e varietà (non si sfruttano adeguatamente le complementarità di costo) e ai costi di transazione generalmente elevati. Inoltre, diventa estremamente complesso il controllo della domanda, a causa di fenomeni di induzione da parte delle aziende di produzione separate per aumentare i ricavi, a danno delle ASL. D’altra parte, l’evocata libertà di scelta dei consumatori-pazienti è, in realtà, viziata da rilevanti asimmetrie informative.

Con un modello integrato, con un assetto pubblico-pubblico, tipico di alcune regioni italiane, si realizza, invece, un’elevata concentrazione industriale che, nella versione più estesa, può unificare in un’unica struttura (un ente pubblico come una ASL) le funzioni di programmazione e finanziamento, di regolazione della domanda e anche di gestione dell’offerta dell’assistenza socio-sanitaria. In versioni meno rigide, talvolta gli erogatori (non tutti comunque) possono essere separati, per cui l’organismo pubblico svolge una funzione di committenza nei confronti di questi, che rimangono generalmente pubblici (ASL *vs.* AO). L’obiettivo primario di un modello integrato è favorire le capacità di coordinamento dell’ente programmatore, limitando gli interessi in conflitto che emergono tra gli attori coinvolti; con-

flitto viceversa valorizzato, come detto, all'interno del modello de-integrato. Inoltre, il modello integrato è volto limitare i processi di manipolazione della domanda di assistenza, la quale spesso non è determinabile in modo oggettivo, soprattutto nella componente socio-assistenziale.

Il modello integrato, però, porta con sé tutti gli inconvenienti di strutture complesse, ad alto livello di burocratizzazione ed alti costi amministrativi, e che soffrono dell'ingerenza della politica, in tutte le svariate forme in cui si esercita. Inoltre, il modello integrato non trasmette adeguati incentivi in direzione dell'efficienza interna delle strutture, la scarsa funzionalità delle quali diviene la causa principale, in condizioni di *no-commitment* e bilanci soffici, dei disavanzi finanziari sommersi (Dixit 2002, Le Grand 2003, 2008). Nel *cost-benefit* della separazione vs. integrazione vanno dunque inserite considerazioni di *Political economy*, senza le quali il confronto risulterebbe ineludibilmente distorto. Le applicazioni dei dettami di questa teoria all'economia sanitaria forniscono modelli in cui sono endogenizzati i comportamenti e le relazioni tra cittadini-utenti e politici, le strutture di offerta e i gruppi di interesse, come l'industria farmaceutica e la professione medica (Zweifel et al. 2009, cap. 13).

5. Assicurazione sanitaria, sistemi di finanziamento e incentivi

La logica assicurativa pervade tutti i sistemi di finanziamento della sanità, anche quelli esclusivamente pubblici. La spesa sanitaria va infatti a finanziare un'attività di copertura di un rischio, quello della malattia, copertura che deve essere per lo più garantita a tutti gli individui, data l'avversione nei confronti dello stesso.

Secondo questa ottica, i sistemi di finanziamento sanitario si distinguono a seconda di come si realizza la menzionata *Medical care triad* dal lato del finanziamento. In particolare si distinguono le seguenti forme di finanziamento:

- premi assicurativi in caso di assicurazione privata facoltativa;
- *Community rating insurance* (obbligatoria) (CRI), cioè premi assicurativi basati sul rischio medio;
- *payroll taxation* (con quote a carico dei datori di lavoro) in caso di assicurazione obbligatoria pubblica;
- la fiscalità generale, utilizzando imposte erariali specificamente destinate.

È chiaro che il meccanismo assicurativo in senso stretto opera solo nel caso di assicurazione privata, nel quale il premio è direttamente e esclusiva-

mente collegato al rischio individuale; nel secondo, il premio prevede un'esplicita sussidiazione degli alti rischi da parte dei bassi rischi. Nel caso successivi, la sussidiazione incrociata è presente ma non traspare in modo evidente. Nel terzo, infatti, il premio è costruito sotto forma di una quota proporzionale del reddito prodotto dal lavoro, anche con eventuali *upper limits* di pagamento. Così, poiché il rischio di malattia è in generale inversamente correlato alla produttività del lavoro e quindi al reddito, anche in questo caso, i bassi rischi finiscono per sussidiare mediamente gli alti rischi. Nell'ultimo caso, il meccanismo assicurativo è certamente molto mitigato ma di fatto permane in aggregato. L'ammontare delle risorse provenienti dalle imposte destinate al finanziamento della sanità deve coprire ex-ante il valore complessivo dei rischi assicurati, commisurati, come vedremo, dai livelli essenziali di assistenza. Tuttavia, la logica assicurativa, in questo caso, viene irrimediabilmente violata se, svincolandosi da tali livelli, si procede alla disinvolta pratica del ripiano ex-post dei deficit sanitari.

Nel caso del finanziamento della copertura assicurativa tramite il sistema fiscale emergono interrelazioni e trade-off tra obiettivi redistributivi, perseguibili con la progressività del sistema tributario, e obiettivi di *social insurance*. In particolare, essendo, come detto, i rischi inversamente correlati al reddito, la copertura assicurativa realizza obiettivi di redistribuzione verticale, affiancando l'analogo ruolo svolto dall'imposizione progressiva, anzi riducendone le distorsioni. Tuttavia, in presenza di fenomeni di asimmetria informativa, tipo azzardo morale ex-post e selezione avversa, si manifestano dei trade-off a causa dei quali la piena copertura assicurativa pubblica non è necessariamente socialmente desiderabile, mentre lo diventa il ruolo dell'assicurazione privata supplementare (Petretto 1999, 2010, Boadway et al. 2006).

Nei paesi dell'OCSE si presenta una casistica molto articolata di queste forme di finanziamento (Muraro e Rebba 2008). Nella tradizione di welfare europeo, nessun paese confida solo su un metodo di finanziamento. Nei SSN di tipo Beveridgiano, accanto alla tassazione generale sono presenti anche contributi sociali, o imposte di scopo gravanti sui salari. Ciò avviene nel Regno Unito, ma anche, se pur in termini sfumati, in Italia. Mentre nei sistemi di tipo Bismarkiano, i fondi di assicurazione sociali e private obbligatorie, sono spesso integrati da risorse derivanti dal sistema tributario. Di un certo interesse sono alcuni incroci. In particolare, il caso del Regno Unito aiuta a capire la complessità e l'articolazione dei sistemi sanitari. Quello inglese è infatti un sistema interamente pubblico, finanziato dalla fiscalità generale, ma caratterizzato da un mercato interno ad elevata de-integrazione, alta concorrenza e ampia scelta da parte dei pazienti (Smith e Goddard 2009).

6. Finanziamento e incentivi in un sistema di federalismo sanitario

Il finanziamento del sistema sanitario in Italia è disciplinato da una serie di norme che si sono succedute nel corso degli anni Novanta, in particolare dalla delega contenuta nell'art. 10, c. 1, l. 133/1999. La nuova formulazione del Titolo V all'art. 119 Cost., e la conseguente legge delega sul federalismo fiscale, n. 42/2009, non innovano in modo particolare per quanto riguarda la sanità. Piuttosto uniformano ad altri settori del *welfare state*, come l'assistenza e l'istruzione, il meccanismo invalso in sanità. Il Titolo V della Costituzione prevede, infatti, all'art. 117, che, per le funzioni destinate al soddisfacimento di diritti sociali (la lettera *m*) del c. 2), sia lo Stato centrale a determinare i *Livelli essenziali delle prestazioni*, come vincolo di responsabilità politica dello stesso nei confronti dei cittadini, utenti e contribuenti. In tal senso si adegua la legge delega stabilendo un meccanismo di perequazione basato sul fabbisogno standard commisurato ai livelli essenziali, da coprire al netto delle entrate standard destinate a queste funzioni.

Ad ogni modo, il meccanismo per la sanità configura un sistema decentrato a due stadi Stato-regioni-ASL, secondo cui lo stato centrale finanzia le regioni, alimentando il Fondo sanitario nazionale con tributi specificamente assegnati, pur senza vincolo di destinazione. Questo finanziamento è destinato a coprire i *Livelli essenziali di assistenza* (LEA). Le regioni, sulla base di questo finanziamento erariale, finanziano a loro volta le ASL. È questo il primo "pilastro" di *spesa inframarginale*, a cui si aggiunge un secondo "pilastro" di *spesa marginale*, in quanto rivolto a coprire le prestazioni extra-Lea, finanziabili con imposte regionali al di sopra del livello standard nazionale e i ticket sanitari. Questa componente potrebbe essere, come in molti paesi europei, finanziata dalle assicurazione integrative, regionali e obbligatorie. Un terzo "pilastro" riguarda la spesa privata, eventualmente sostenuta da assicurazioni private, a copertura delle spese *out-of-pocket*.

In quasi tutti i paesi europei vale, grosso modo, un sistema a tre pilastri; la differenza sta nelle dimensioni relative dei tre pilastri stessi. In Italia, l'ampiezza del primo pilastro, dovuto al carattere di onnicomprensività assunto nel tempo dai LEA, ha in un certo senso limitato lo sviluppo del secondo, impedendo, di fatto, l'affermazione dei fondi sanitari pubblici e aziendali (i c.d. Fondi doc), previsti fin dalle riforme dei primi anni novanta, senza però limitare il terzo pilastro, che, anzi, è venuto, nel tempo, crescendo in aggregato. L'Italia è infatti uno dei paesi UE in cui la spesa privata (principalmente *out-of-pocket* e meno in assicurazioni private) è cresciuta più della

spesa pubblica, soprattutto a causa del fenomeno del razionamento, sotto forma delle liste di attesa presso le strutture pubbliche, che spinge, in molte regioni, numerosi utenti fuori dal SSN, per un'ampia gamma di prestazioni. La copertura con assicurazione integrativa del secondo pilastro non raggiunge l'1% della spesa sanitaria complessiva in Italia, mentre, ad esempio, rappresenta il 12,8% in Francia, il 10% in Germania e l'8,4% in Irlanda (Muraro e Rebba 2008). Ciò produce il paradosso secondo cui il SSN italiano, dichiaratamente pubblico e con sostanziale integrazione delle strutture, in realtà ha una spesa sanitaria pubblica che non arriva all'80% della spesa sanitaria complessiva, mentre è circa l'87% nel Regno Unito, il cui SSN è, come detto, basato su uno schema di QM.

L'ampia estensione della gamma delle prestazioni rientranti nelle configurazioni dei LEA e del relativo finanziamento pubblico tramite la fiscalità generale, se pur condivisibile sotto il profilo degli obiettivi equitativi, può alla lunga risultare non sostenibile dal punto di vista della tenuta finanziaria e/o della conseguente crescita della pressione fiscale. Un ampliamento del secondo pilastro, affiancato allo sviluppo di un sistema articolato e progressivo di *co-payment* assicurabile, potrebbe limitare questi problemi di insostenibilità nel lungo periodo, pur mantenendo intatto il carattere di universalità del servizio e elevato il grado di copertura pubblica della prestazioni sanitarie.

Il meccanismo di finanziamento del fabbisogno commisurato ai LEA ha ovviamente finalità equitative, ma è rilevante anche in termini di incentivi all'efficienza, dal momento che il riferimento a valori standardizzati esalta il significato di trasferimento *fixed-price*, stabilito ex-ante indipendentemente dalla spesa e dai costi effettivamente sostenuti, come invece fa un trasferimento *cost-plus* basato sulla spesa storica.

Tuttavia, il sistema di finanziamento può anche inviare disincentivi agli agenti. Sia la spesa sanitaria effettiva, storica, che la funzione del fabbisogno dipendono dal livello dei costi unitari e dal livello quali-quantitativo dei servizi sanitari: all'aumentare del livello di assistenza aumenta l'uso dei fattori produttivi, siano impiegati efficientemente o inefficientemente, e così la spesa sanitaria pubblica. La spesa standard esprime il fabbisogno in funzione dei prezzi dei fattori, della qualità e della quantità, nonché di un insieme di variabili di contesto che influenzano i costi unitari: teoricamente è il prodotto di un costo unitario efficiente ed un livello di produzione pari ai LEA. Se una regione, se pur efficiente dal punto di vista tecnico ed economico, produce un livello inferiore ai LEA, ricevendo il trasferimento perequativo commisurato al fabbisogno, ottiene un finanziamento superiore alla spesa effettiva, ed è incentivata ad adeguare l'output effettivo al LEA. Se

un'altra regione, ancora efficiente, quanto a costi unitari, produce un livello superiore al LEA, è indotta a finanziare questo eccesso di spesa sanitaria effettiva, rispetto al trasferimento perequativo commisurato al fabbisogno, solo ricorrendo all'autonomia tributaria. Se una terza regione è inefficiente, pur producendo un livello di output pari al LEA, sostiene una spesa effettiva è superiore a quella standard e la differenza va ad alimentare il deficit sanitario regionale. Il meccanismo dovrebbe spingerla a contenere i costi unitari. Infine, se un'altra regione ancora è inefficiente e produce un livello di output notevolmente inferiore al LEA, può sostenere una spesa effettiva addirittura inferiore a quella standard. Il finanziamento sulla base del fabbisogno standard potrebbe, in questo caso, premiare l'inefficienza della regione, per cui occorre imporre alla regione di adeguare sia i livelli di prestazione che i costi effettivi.

In merito alla misurazione effettiva del fabbisogno standard di spesa sanitaria per le regioni, è però del tutto illusoria l'idea che, per ogni singola prestazione del SSN si possa calcolare il costo specifico della regione per poi risalire, per semplice sommatoria dei costi delle prestazioni comprese nei LEA, alla determinazione del fabbisogno complessivo e del suo riparto tra le regioni. Motivi di ordine pratico, legati alla carenza di dati, all'assenza di una specifica contabilità industriale analitica dei costi e all'ampissima gamma di prestazione inserite nei singoli LEA rendono inapplicabile questa procedura *bottom-up*, che risulterebbe peraltro rigidamente pianificatoria.

Una via alternativa, è quella *top-down* adottata in Italia e consiste nel fissare un livello di spesa aggregata ammissibile e ripartirla sulla base degli elementi di costo più emblematici, legati alle fasce per età dei consumi sanitari e ai costi unitari di regioni benchmark.

7. Sintesi e considerazioni conclusive

I sistemi sanitari funzionano come complessi giochi in cui gli incentivi e le conseguenti strategie delle numerose categorie di giocatori determinano i risultati. Di conseguenza, i diversi sistemi dovrebbero essere modellati per orientare gli incentivi nella direzione del benessere sociale. Una struttura organizzativa che non contempra la naturale tendenza dei comportamenti degli agenti verso la massimizzazione del proprio pay-off è destinata a conseguire allocazioni inefficienti e alla lunga ad avere anche effetti negativi in termini di obiettivi di equità.

Nell'esaminare le caratteristiche dell'intervento pubblico in campo sanitario occorre, in primo luogo, tenere distinte le motivazioni che inducono

ad una *fornitura pubblica* da quelle che ammettono anche una *produzione pubblica* di cure; le due forme di intervento non sempre coincidono. Nel caso di produzione pubblica, questa può essere integrata o separata dall'ente pubblico acquirente di servizi per conto degli iscritti al SSN e finanziatore ("mercato interno" alla pubblica amministrazione). La scelta può essere analizzata sulla base della teoria, secondo l'approccio I-O, del *cost-benefit* integrazione vs. de-integrazione delle strutture di offerta. I sistemi organizzativi di *Health care* sono, di conseguenza, numerosi e non vanno identificati con gli altrettanto numerosi sistemi di finanziamento. Valga l'esempio del SSN britannico che, se pur interamente coperto dalla fiscalità generale, è basato su un mercato interno ad alta concorrenza e libertà di scelta dei fornitori da parte dei pazienti e dei medici di base.

I sistemi sanitari basati sulla prevalenza di assicurazioni private, come in USA, non garantiscono una copertura dei rischi adeguata e sono ormai quasi ovunque integrati da assicurazioni sociali (in tale direzione si muove la riforma portata avanti dal Presidente Obama). Anche i sistemi a pianificazione integrata e centralizzata, *command & control*, stentano a raggiungere, per carenze informative e imperfetta diffusione degli incentivi tra gli agenti coinvolti, gli obiettivi prefissati e sono anch'essi generalmente superati da modelli di tipo contrattuale. In tale direzione si sono mosse le riforme attuate dai principali paesi europei nel corso degli anni Novanta che hanno dato luogo a sistemi misti. Al riguardo, la concorrenza amministrata nei mercati sanitari interni, un sistema largamente diffuso in Europa, può veicolare gli incentivi efficientemente e conseguire risultati apprezzabili anche in termini di equità, ma richiede collaudati meccanismi di regolamentazione (e accreditamento), con adeguati e quindi costosi controlli ex-ante ed ex-post.

Tutti i sistemi di finanziamento, anche quelli relativi ai SSN, tendono ad uniformarsi alla logica *social insurance*, volta ad assicurare, in condizioni di equilibrio, un rischio individuale e sociale. Al riguardo, la teoria mostra come un sistema misto assicurazione sociale pubblica, per la copertura di un pacchetto base, più assicurazione privata supplementare e integrativa, possa costituire una configurazione efficiente. In effetti, tutti i sistemi di finanziamento tendono a modellare un sistema a "tre pilastri", distinguendosi per le dimensioni assunte dai tre. Al riguardo il SSN italiano tende a privilegiare il primo (spesa pubblica volta al finanziamento dei LEA), limitando il secondo (spesa finanziata da assicurazioni integrative con Fondi doc), senza però riuscire contenere il terzo (spesa privata *out-of-pocket*).

I sistemi sanitari regionali in Italia sono comunque variegati e fortemente condizionati nei risultati dalla difficile applicazione e dalla tenuta, in

termini di *commitment* politico, del sistema di finanziamento basato sui fabbisogni sanitari.

Riferimenti bibliografici

- R. Anderson, M. Grossman (2009), "Health and the household", *Review of Economics of the Household*, 7, pp. 219–226.
- R. Boadway, M. Leite-Monteiro, M. Marchand, P. Pestieau (2006), "Social insurance and redistribution with moral hazard and adverse selection", *Scandinavian Journal of Economics*, 108 (2), pp. 279–298.
- S. Civitarese Matteucci (2009), "Servizi sanitari, mercato e modello sociale europeo", *Mercato Concorrenza e Regole*, a. XI, 1, pp. 182–213.
- G. Clerico (2009), *Teoria economica e produzione sanitaria*, Giuffrè, Milano.
- V. Compagnoni (2006), "Modelli di concorrenza e riforme sanitarie", *Economia Pubblica*, 3, pp. 105–137.
- D.M. Cutler, R.J. Zeckhauser (2000), "The anatomy of Health insurance", in A.J. Culyer, J.P. Newhouse, (a cura di), *Handbook of Health Economics*, North Holland, Amsterdam.
- A. Dixit (2002), "Incentives and organizations in the Public Sector: an interpretative review", in *Journal of Human Resources*, 37, pp. 696–727.
- D. Dranove, M.A. Satterthwaite (2000), "The industrial organization of health care markets", in A.J. Culyer, J. P. Newhouse (a cura di), *Handbook of Health Economics*, North Holland, Amsterdam.
- R. Gibbons (2005), "Four formal(izable) theories of firm?", in *Journal of Economic Behavior&Organization*, 58, pp. 200–245.
- J. Hurley (2000), "An overview of the normative economics of the Health sector", in A.J. Culyer, J.P. Newhouse (a cura di), *Handbook of Health Economics*, North Holland, Amsterdam.
- P.R. Jones, J.G. Cullis (1996), "Decision making in quasi-markets: a pedagogic analysis", *Journal of Health Economics*, 15, pp. 187–208.
- J. Le Grand (2003), *Motivation, agency and policy*, Oxford University Press, Oxford.
- J. Le Grand (2007), *The other invisible hand, delivering public services through choice and competition*, Princeton University Press, Princeton.
- M. Miccoli (2007), "La terza via di Tony Blair per l'innovazione della *clinical governance*", *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2, pp. 365–390.
- G. Muraro (2011), Centocinquant'anni di sanità pubblica in Italia: un'analisi economica", *Politiche sanitarie*, 12 (4), pp. 153–164.
- G. Muraro, V. Rebba (2008), "Il finanziamento della sanità nei paesi dell'OCSE: struttura e dinamica", *Politiche sanitarie*, 9 (3), pp. 121–132.
- A. Nicita (2004), *Il pendolo delle riforme nei sistemi sanitari europei*, Quaderni CERM, 5/04, aprile.
- M. Nonis, E. Rossi (2009), "L'aggiornamento dei *Diagnostic related groups* alla ver-

- sione CMS 24.0 in Italia e il dibattito europeo sul finanziamento dell'attività ospedaliera", *Politiche sanitarie*, 10 (2), aprile.
- F. Pammolli, N. Salerno (2008), *La sanità in Italia, federalismo, regolazione dei mercati, sostenibilità delle finanze pubbliche*, Il Mulino, AREL, Bologna.
- A. Petretto (1999), "Optimal social health insurance with supplementary private insurance", *Journal of Health Economics*, 18, pp. 727-745
- A. Petretto (2010), *Health care organization models and financial systems*, Working Paper n. 4/2010, Dipartimento di Scienze Economiche, Firenze, in corso di pubblicazione su *Rivista di Politica Economica*.
- A. Petretto (2011), Modelli di organizzazione sanitaria e finanziamento, in E. Catealani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli, Torino.
- P. Smith, M. Goddard (2009), *The English National Health Service: an economic health check*, OCDE, Economics Department W.P. n. 717, ECO/WK (2009) 58.
- P. Zweifel, F. Breyer, M. Kifmann (2009), *Health Economics*, Springer, Heidelberg.

Abstract

The paper proposes a survey of health care organization and funding systems, aiming at underlining and discussing the role played by the incentives provided to the several economic agents involved (politicians, physicians, providers, insurance companies, etc.). Actually a national health service can be thought as a complex non-cooperative game where the pay-off functions of the players are more or less divergent. The survey then examines the present features of various NHS, focusing on the efficiency and equity of public intervention and on the industrial organization of the institutional design of health care. In this context, it treats the rationale of cost-benefit of vertical integration of structures, devoted respectively to purchasing and providing health care services. Further, the paper deals with insurance systems, social as well private supplementary ones. The main distinctions of health care regimes in industrialised countries turn out to be not in terms of private versus public ownership of providers, rather in terms of industrial organization setting and in terms of incentives this provides to the agents.

STEFANO TARULLO

CONCORRENZA ED EVIDENZA PUBBLICA
NEL SISTEMA DEGLI ACCREDITAMENTI SANITARI
TRA REGOLE NAZIONALI E ASSETTI COMUNITARI

SOMMARIO: 1. Ricostruzione del quadro normativo nazionale. – 2. Natura, funzione e presupposti dell'accredimento. – 3. *Segue*: il dato normativo. – 4. *Segue*: il dato giurisprudenziale. – 5. Una procedura selettiva tra accreditamento e contratto? – 6. Accredimento e programmazione sanitaria. – 7. Compatibilità del sistema vigente con il diritto nazionale ed europeo della concorrenza. – 8. Conclusioni.

1. Ricostruzione del quadro normativo nazionale

Il vigente sistema di accreditamento (sostitutivo del vecchio sistema del convenzionamento) degli operatori della sanità privata trova compiuta disciplina, a livello statale, nel d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502¹.

¹ La riforma del 1992 ha inteso aderire ad una prospettiva di piena concorrenza tra gli operatori del settore sanitario, ponendo il principio-base della parità di strutture pubbliche e strutture private (che oggi si salda anche con il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale: cfr. G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85; nonché Id., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993) e fondendosi, quindi, sulla competitività tra le stesse e sulla libertà di scelta dell'utenza. Il passaggio dal vecchio sistema al nuovo è stato regolato dall'art. 6, l 23 dicembre 1994, n. 724, mediante la cessazione dei rapporti convenzionali in atto (su cui F.G. Scoca, *La medicina convenzionata*, in *Ragiusan*, 1984, n. 1, 112 ss.) e l'accredimento di tutte le strutture sanitarie in possesso dei requisiti minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie (sulla necessità che i requisiti tecnici di accreditamento siano posseduti anche dalle strutture pubbliche v. L. Carnevali, *La competizione con il privato ed i centri di accreditamento*, in *Ragiusan*, 1998, n.168, 17). Provvisoriamente, l'accredimento è stato riconosciuto anche nei confronti dei soggetti già convenzionati che avessero accettato il sistema della remunerazione a prestazione sulla base delle tariffe regionali. Su questo impianto si è poi innestata una ulteriore revisione (art. 2, l. 28 dicembre 1995, n. 549, e art. 1, l. 23 dicembre 1996, n. 662) incentrata sul metodo della programmazione e della contrattazione tra Regione e/o U.S.L., da un lato, e i presidi sanitari pubblici, le strutture private ed i professionisti dall'altro; metodo volto a definire quantità e tipologia delle prestazioni di assistenza specialistica e ospedaliera erogabili, determinando altresì un tetto di spesa predeterminato.

La più importante novellazione del d.lgs. 502 si deve al d.lgs. 10 giugno 1999, n. 229 – con il quale si è data attuazione alla l. 30 novembre 1998, n. 419, recante la delega al Governo per la razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale – con lo scopo di meglio regolamentare l'accesso dei soggetti accreditati anche mediante una valorizzazione ulteriore dei compiti delle Regioni².

In tale prospettiva la riforma del 1999 ha previsto che la realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio dell'attività sanitaria per conto del Servizio Sanitario Nazionale ed a carico del medesimo, avvengano all'esito di un percorso articolato sostanzialmente in tre fasi sequenziali, che si concretizzano:

1) nell'adozione dei provvedimenti di *autorizzazione* (alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie) di cui all'art.

² In generale sull'organizzazione sanitaria v. R. Manfredi, M. Plutino, *Profili dell'organizzazione sanitaria tra centralismo e regionalizzazione: prospettive di riforma*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, Giappichelli, 2003. Per il periodo antecedente all'istituzione del S.S.N. v. R. Alessi, *L'amministrazione sanitaria*, in Atti celebrativi del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967. Con particolare focalizzazione sui compiti degli operatori privati v. E. Jorio, *Il ruolo del privato nell'organizzazione della salute e l'accreditamento istituzionale*, in Gambino S. (a cura di), *Assistenza sociale e tutela della salute. Verso un nuovo welfare regionale-locale*, Roma, Philos, 2004. Sulle linee portanti della riforma del 1999 v. D. Dalfino, *Dal convenzionamento all'accreditamento istituzionale*, in *Foro it.*, 1999, I, 2931 ss., nonché C. Botari, *Nuovi modelli organizzativi per la tutela della salute*, Torino, Giappichelli, 1999, 40 ss. A seguito della riforma del 1999, l'art 8-bis, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (aggiunto dall'art. 8, d.lgs. n. 229/1999) prevede oggi, al c. 1, che «Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8-*quater*, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies*». Il successivo c. 3 aggiunge che «La realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8-*ter*, dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-*quater*, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies* (...)». Sulle scelte dei legislatori regionali è utile il contributo di C. Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini, Maggioli, 2004, 232 ss. Sulla valorizzazione del ruolo dei Comuni quali enti espressivi della domanda sociale dei cittadini anche in tema di indirizzi sanitari v. L. Vandelli, *Introduzione, La razionalizzazione del servizio sanitario nazionale: novità e prospettive*, in *San. pubbl.*, 1999, n. 2, 159. Il timore che al centralismo burocratico ministeriale possa sostituirsi un «neocentralismo tecnico-economico» regionale è espresso da G. Cilione, *Il trasferimento delle funzioni in materia sanitaria*, in *Ist. fed.*, 2001, n. 5, 991.

8-ter, d.lgs. n. 502/1992 (adottati previa verifica di compatibilità effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo ed alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale);

2) nell'adozione dei provvedimenti di *accreditamento istituzionale* di cui al successivo art. 8-*quater* (rilasciati previa verifica della rispondenza dei soggetti istanti ai requisiti ulteriori di qualificazione – ulteriori, beninteso, rispetto a quelli necessari per la sola autorizzazione – e della compatibilità dei nuovi atti con la programmazione sanitaria regionale);

3) nella stipula degli *accordi contrattuali* secondo la disciplina dell'art. 8-*quinquies* (segnatamente, il c. 2 parla di «accordi» con le strutture pubbliche, e di «contratti» con le strutture private)³.

La filosofia sottesa al d.lgs. n. 229/1999 poggia dunque sull'introduzione di un attento e rigoroso 'filtro' nei meccanismi di accesso e permanenza nel Sistema Sanitario Regionale dei soggetti accreditati, i quali beneficiano di un regime di remunerazione a prestazione sulla base di tariffe regionali; a loro volta le tariffe, come è stato notato, si incentrano sulla previsione di "corrispettivi misurati sul prodotto sanitario erogato che diviene liberamente acquisibile nell'ambito di un mercato ove operano in competizione una pluralità di soggetti e strutture"⁴.

³ Secondo la prospettazione di Cons. St., sez.V, 6 marzo 2002 n. 1362, in *Foro amm.* – *CdS*, 2002, 668, le prestazioni oggetto del negozio sono da ricondurre allo schema del contratto a favore di terzo (l'utente del servizio), poiché giustificano la pretesa patrimoniale vantata dall'erogatore nei confronti dell'amministrazione.

⁴ Così R. Arrigoni, *Meccanismi concorrenziali e funzionalità nella prestazione dei servizi sanitari*, in *Sanità pubbl. priv.*, 1996, 1165. Per un'illustrazione dell'assetto vigente v. F. Maino, *La regolamentazione dell'accesso al Servizio sanitario nazionale: autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali*, in *Ist. fed.*, 2000, n. 5, 905 ss. In una prospettiva più critica, per una ricerca del bilanciamento tra gestione pubblica ed apporto privato in un settore nel quale vanno ad incastonarsi valori portanti e contrastanti (possibilità di esplicazione dell'iniziativa economica privata, salvaguardia del buon andamento amministrativo, tutela della libera scelta dell'utente) N. Aicardi, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 1998, 497 ss. L'a. pone in luce alcune criticità del sistema, rappresentate ad esempio dal rischio che le strutture private possano produrre una "esplosione" artificiale della domanda in contrasto con le esigenze di contenimento della spesa (*ivi*, 514), dalla possibile sottoutilizzazione delle strutture pubbliche (*ivi*, 516), dalla non facile compenetrazione tra sistema programmato e libera concorrenza (*ivi*, 533). Per analoghe considerazioni critiche, incentrate soprattutto sul rischio di una crescente inefficienza del sistema pubblico, con contemporanea creazione di un sistema privato "elitario" (e quindi qualitativamente divaricato) v. G. Berti e V. Angiolini, *Difesa della salute e organizzazione sanitaria*, in *Amm.*, 1988, 250. Resta comunque sullo sfondo l'esigenza di arginare una situazione nella quale le Asl, in quanto compartecipi nell'organizzazione del servizio (e controparti dei privati accreditati nei contratti stipulati ai sensi dell'art. 8-*quinquies*, d.lgs. n. 502/1992), potrebbero giocare il doppio ruolo di "arbitri" e di "giocatori" nel mer-

L'accreditamento – poi seguito dagli accordi contrattuali – determina l'inserimento dei soggetti privati, a pieno titolo e inequivocabilmente, nel Servizio Sanitario Regionale. Tale provvedimento dà quindi vita ad un regime nel quale la prestazione effettuata dall'erogatore privato – limitatamente agli ambiti ed alle tipologie oggetto dell'accreditamento – viene considerata perfettamente sostitutiva di quella effettuata dalla mano pubblica; la quale del resto, proprio per tale motivo, la remunera secondo i tariffari vigenti.

I soggetti privati subiscono, così, una sorta di “sdoppiamento”: essi, da un lato, rimangono strutturalmente e organizzativamente delle imprese, dovendo comunque puntare alla realizzazione di un utile (ossia, al fine di lucro) quale esito naturale della loro attività; dall'altro, tuttavia, limitatamente alle prestazioni rientranti nelle branche oggetto dei provvedimenti di accreditamento e quindi, sul piano funzionale, “diventano” Sistema Sanitario Regionale: alla originaria concessione si affianca un rapporto contrattuale che configura il privato – in quanto concessionario di pubblico servizio – quale organo pubblico del tutto parificato alle strutture pubbliche in senso proprio⁵.

2. Natura, Funzione e presupposti dell'accreditamento

La natura, la funzione e i presupposti del provvedimento di accreditamento, da tempo e con ampiezza di prospettiva indagati in dottrina⁶, hanno

cato delle prestazioni sanitarie; ciò che produce distorsioni evidenti sulla *workable competition*, confliggendo con un principio, quello di parità tra gli operatori, che gli obiettivi da perseguire (elevata qualità delle prestazioni, riduzioni dei costi, ecc.) imporrebbero di attuare in modo pieno e compiuto. In argomento G. Barcellona, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema delle convenzioni a quello dell'accreditamento*, in *Sanità pubbl. priv.*, 1998, 115; nonché S. Mascia, *La concorrenza amministrata nel Servizio sanitario nazionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1998, 54.

⁵ Non è un caso che Cons. St., sez. IV, 26 gennaio 2004, n. 241, in *Foro amm. – Cds*, 2004, 111, utilizzi – proprio a sottolineare lo stretto affiancamento operativo e l'integrazione tra soggetti pubblici e privati – la nozione di «servizio pubblico integrato», colorando in tal modo di valenza pubblicistica l'azione dei soggetti erogatori privati limitatamente alle prestazioni svolte per conto del Servizio Sanitario Regionale (in contrapposizione ai privati concessionari, il Consiglio individua le «strutture sanitarie propriamente pubbliche»).

⁶ E. Sticchi Damiani, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private*, in *Sanità pubbl. priv.*, 2003, 937, rinviene la ragion d'essere dell'accreditamento nella duplice esigenza «di garantire sufficienti livelli qualitativi delle prestazioni rese» e di «regolare il mercato sanitario», prevenendo possibili degenerazioni del sistema. Difatti la «predi-

formato oggetto di numerosi pronunciamenti anche da parte della giurisprudenza amministrativa.

In una importante decisione del Consiglio di Stato si perviene a ravvisare nel d.lgs. n. 502/1992, «un sistema volto a garantire il necessario controllo della spesa sanitaria mediante lo strumento di pianificazione della stessa. L'obbligo di pianificazione è da considerarsi un principio valente oggi per tutti i soggetti, pubblici e privati, operanti all'interno del sistema sanitario. Da un simile principio discende che i rapporti fra tali soggetti e le aziende sanitarie sono regolati dal meccanismo del cd. accreditamento istituzionale, fondato sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica della qualità delle attività svolte ed erogate dai soggetti accreditati»⁷.

Nel quadro sopra delineato all'accREDITAMENTO istituzionale, rispondente al modello dell'accREDITAMENTO cd. *di eccellenza* o *qualitativo*⁸, non può

sposizione di parametri oggettivi con cui valutare la reale capacità di confrontarsi dei diversi soggetti erogatori pubblici e privati» fa sì che le strutture ammesse – mediante l'accREDITAMENTO – al mercato sanitario muovano da eguali basi di partenza (*ibid.*); questo meccanismo assicura la genuinità della competizione, impedendo che essa sia *ab origine* falsata ed alterata. Muovendo da tale premessa, si può anche riconoscere, seguendo la ricostruzione di altra dottrina (B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di B. Pezzini e C.E. Gallo, Milano, Giuffrè, 1998, 28), che il meccanismo dell'accREDITAMENTO – garantendo una prestazione adeguata in termini sanitari – soddisfa appieno l'interesse costituzionalmente prioritario avente ad oggetto il bene salute (scopo primario), allo stesso tempo realizzando la concorrenza (scopo secondario) e consentendo il perseguimento di obiettivi di equilibrio finanziario (scopo di terzo grado).

⁷ Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4077, in *Ragiusan*, 2009, 301-302, 223. Di qui il passaggio dall'originario assetto del Sistema sanitario, che concepiva l'accREDITAMENTO come un vero e proprio diritto riconosciuto ad ogni struttura in possesso dei requisiti rispondenti ai criteri fissati nell'atto d'indirizzo e coordinamento (adottato ex art. 8, c. 4, d.lgs. n. 502/1992) ad un approccio, segnato dal d.P.R. 14 gennaio 1997 (atto di indirizzo e coordinamento in materia di requisiti strutturali tecnologici e organizzativi, per l'esercizio di attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private), nel quale la teleologia dell'accREDITAMENTO risiede nel suo essere funzionale alle scelte di programmazione regionale. Va comunque rilevata, nelle differenti legislazioni regionali, la presenza di sfumature non sempre in linea con tale impostazione. È stato ad esempio rimarcato come nel sistema lombardo tra accREDITAMENTO e fabbisogno non sussista un reale rapporto di connessione-subordinazione; si è perciò verificato l'automatismo per il quale le strutture in possesso dei requisiti sono state a loro domanda accreditate, con l'effetto ultimo di incrementare il tasso di "apertura" del settore: così G. Cerrina Feroni, *Pubblico e privato nella erogazione delle prestazioni sanitarie. Una comparazione con la Germania e con la Svizzera*, in questa Rivista.

⁸ Cfr. M. Consito, *L'accREDITAMENTO come limite dell'appalto pubblico di servizi*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitaresse Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del ser-*

assegnarsi la valenza di mero atto di riscontro dei requisiti qualitativi, strutturali, tecnici ed organizzativi: esso, viceversa, si inquadra in una più ampia attività a contenuto altamente discrezionale facente capo alle Regioni; a queste ultime, infatti, spetta preventivamente stabilire, secondo il principio della programmazione sanitaria, il fabbisogno quantitativo di assistenza e di funzioni sanitarie per garantire adeguati livelli di assistenza alla popolazione. Infatti la Regione – tenuta ad individuare, per il tramite della programmazione, la quantità di prestazioni erogabili nel rispetto di un tetto di spesa massimo – può accreditare nuove strutture solo se sussiste un effettivo fabbisogno assistenziale (*ex art. 8-quater, d.lgs. n. 502/1992*).

Come, tuttavia, la stessa giurisprudenza ha ben chiarito, il regime dell'accreditamento, pur sostituendo il pregresso regime convenzionale, non ha modificato la natura del rapporto esistente tra la struttura privata e l'ente pubblico preposto all'attività sanitaria, la quale era e resta concessorio⁹; con la particolarità, rispetto al regime giuridico preesistente, che nel nuovo sistema si è in presenza di concessioni *ex lege* di attività di servizio pubblico, tale per cui la disciplina di queste convenzioni è dettata in via generale dalla legge statale, sia pur con rinvii integrativi a norme di secondo grado o regionali¹⁰. Appare insomma dominante, e sicuramente condivisibile, la tesi se-

vizio sanitario. Un primo bilancio, Milano, Franco Angeli, 2008, 342. L'a. (*ibid.*, 353) nota come nell'istituto si fondano i due modelli dell'appalto e della concessione di servizi, ulteriormente osservando, sotto il primo profilo, che «confluiscono nell'accreditamento anche i requisiti soggettivi di partecipazione propri dei contratti di appalto». Sul tema v. comunque, *amplius*, M. Consito, *Accreditamento e Terzo settore*, Napoli, Jovene, 2009, *passim*.

⁹ Ritiene l'accreditamento «fattispecie del tutto analoga alla concessione di un pubblico servizio» Cons. St., sez. V, 6 marzo 2002, n. 1362, cit. Questa posizione, ormai confortata da numerose pronunce, si fonda sul noto postulato secondo il quale la nozione di «servizio pubblico» è ancorata all'elemento funzionale, cioè al soddisfacimento diretto dei bisogni di interesse generale (nella specie, quello alla salute pubblica), anche se se a tal fine operano soggetti formalmente privati (per tutte, Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489 in *Cons. St.*, 2004, I, 2062). In generale sul tema B. Mameli, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, Giuffrè, 1998; F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Nov.mo Dig. it.*, XVII, Torino, Utet, 1970, 220; F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 952 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹⁰ Cfr. Tar Sardegna, sez. I, 3 dicembre 2008, n. 2151, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 3490; Tar Sardegna, sez. II, 27 settembre 2004, n. 1403, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 2746; Tar Puglia-Bari, sez. II, 17 gennaio 2006 n. 137, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 327. Ma v. anche Cass. civ., sez. un., 22 ottobre 2001, ord. n. 12940, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 1784; Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2005, n. 14335, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6; Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2005 n. 603, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 5; C. conti, sez. Giur. Emilia Romagna, 2 settembre 2004, n. 1482, in *Riv. Corte conti*, 2004, 5, 139.

condo la quale la nuova disciplina del 1992, come novellata nel 1999, continua a fare leva su un rapporto di concessione di servizio pubblico avente fondamento nella salvaguardia dell'interesse pubblico alla salute, grazie al quale si realizza l'affiancamento operativo tra strutture pubbliche e strutture a titolarità privata¹¹.

Ferma questa premessa, il rilascio di concessioni nell'ambito di un servizio pubblico può rispondere, per larghi tratti, a due possibili modelli giuridico-operativi: il modello "selettivo" ed il modello "idoneativo".

Il modello "selettivo" viene attuato, di necessità, ogniqualvolta le risorse da attribuire mediante la concessione siano materialmente limitate; è emblematico il caso delle concessioni per le frequenze radiotelevisive¹². In tali evenienze, concorrendo le diverse private aspirazioni e non potendo essere tutte soddisfatte, deve giocoforza darsi vita ad una procedura di valutazione comparativa tra i diversi soggetti, in modo da prescegliere, quale concessionario, quello che potrà espletare le attività considerate con più elevata efficienza, con maggiore aderenza agli interessi pubblici, con minor dispendio di risorse erariali, ecc.

Un meccanismo analogo vige allorché le risorse, pur non scarse materialmente (ossia in natura), risultino tali artificialmente, ossia per volontà dei pubblici poteri: è il caso delle concessioni di farmacie e delle piazze notari, ovvero delle licenze di taxi. In tutti questi casi occorre una previa attività di natura pianificatoria o programmatrice che, contingentando a monte il rilascio dei titoli abilitativi, dovrà necessariamente precedere la fase di loro concreta assegnazione; la quale avrà un carattere prettamente *selettivo*, poiché l'assegnazione dell'*utilitas* ad uno o più soggetti si tradurrà automaticamente nelle negazione della stessa ad altri.

All'opposto il modello "idoneativo", non postulando una scarsità o limitatezza delle risorse da utilizzare per l'espletamento del servizio pubblico, si fonda su una concezione "aperta" del medesimo. Non esistendo, cioè, un

¹¹ Cons. St., sez. IV, 26 gennaio 2004, n. 241.

¹² Cfr. per tutte C. cost., 20 novembre 2002, n. 466, in *Giur. cost.*, 2002, 6 e – per un utile *excursus* sulla materia – Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2624, in *Foro amm. – CdS*, 2008, 5, 1582. È anche il caso delle concessioni demaniali qualora vi siano più istanze concorrenti (art. 37 cod. nav.). Qui trattasi, invero, di concessioni su beni (e non di servizio pubblico), ma non v'è dubbio che queste possano essere rilasciate in funzione del soddisfacimento di interessi comunque pubblici o collettivi, quali ad es. il rifornimento di carburante ai natanti, ovvero lo svolgimento di attività turistico-ricreative. Del resto è lo stesso c. 1 dell'art. 37, cod. nav. a fissare il principio secondo il quale, laddove concorrano più domande di concessione, è preferito il richiedente che prospetti un uso del bene «che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico».

numero predefinito di concessioni da assegnare per ragioni materiali – ovvero per ragioni “artificiali” legate a scelte di opportunità – l’amministrazione potrebbe astrattamente attribuire queste ultime a qualsiasi soggetto lo richieda. Tenuto però conto della natura e delle finalità dell’attività cui si riferisce l’atto concessorio, che rimane comunque connotata da una caratura tecnica e *lato sensu* specialistica, appare indispensabile individuare quali beneficiari i soggetti che risultino dotati dei requisiti prescritti dalla normativa per l’adeguato espletamento dello specifico servizio considerato.

L’applicabilità, in concreto, dell’uno o dell’altro tra i due modelli suddescritti¹³ è, ovviamente, questione di stretto diritto positivo.

Analizzando l’ambito disciplinare oggetto del presente contributo, non v’è dubbio che il quadro normativo inerente all’accreditamento dei privati Erogatori di prestazioni rilevanti per il Sistema Sanitario Regionale, così come desumibile dal d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i., vada a ricadere nel secondo dei modelli ora descritti, vale a dire quello “idoneativo”.

In tal senso depongono molteplici ed univoci elementi rivenienti sia dal dato positivo vero e proprio sia dalla elaborazione giurisprudenziale che ne è scaturita, come nella disamina che segue si cercherà di illustrare.

3. *Segue: il dato normativo*

Anzitutto appare probante il dato normativo.

La dizione dell’art. 8-*bis*, c. 3, d.lgs. n. 502/1992 potrebbe teoricamente aprire qualche fronte di dubbio, nel momento in cui subordina l’esercizio di attività per conto del Servizio Sanitario Nazionale al rilascio dell’accreditamento istituzionale di cui all’art. 8-*quater*, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all’art. 8-*quinquies*; in difetto di specificazioni legislative, infatti, i provvedimenti concessori e le susseguenti stipule negoziali

¹³ La bipartizione sopra tracciata è, *mutatis mutandis*, configurabile anche nelle procedure prodromiche allo svolgimento di attività lavorative o professionali. In giurisprudenza è ben radicata, infatti, la distinzione tra procedure di stampo idoneativo-abilitativo e procedure di carattere selettivo (cfr. ad es. Tar Lazio, sez. III, 9 settembre 2010 n. 32208, in *Foro amm.* – *TAR*, 2010, 9). Alla logica del modello selettivo rispondono i pubblici concorsi: poiché limitati sono i posti “utili”, i diversi candidati devono competere e misurarsi sì da garantire la prevalenza del migliore o dei migliori, così come l’interesse pubblico impone. Alla logica del modello idoneativo rispondono, invece, le procedure di abilitazione professionale, che per l’appunto tendono ad immettere nell’ambito professionale considerato tutti coloro che presentino una sufficiente preparazione tecnica, senza che a monte sia prefissato un numero chiuso di posti disponibili.

si potrebbero immaginare ancorati ad una concorrenzialità basata sulla comparazione tra soggetti privati circa la qualità dell'offerta prestazionale. Senonché, il successivo art. 8-*quater* elimina ogni perplessità in proposito, nel momento in cui stabilisce inequivocabilmente, al c. 1, che «L'accREDITAMENTO istituzionale è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti». A conferma si veda poi l'ultima parte del c. 1, secondo cui «La regione provvede al rilascio dell'accREDITAMENTO ai professionisti, nonché a tutte le strutture pubbliche ed equiparate che soddisfano le condizioni di cui al primo periodo del presente comma, alle strutture private non lucrative di cui all'articolo 1, comma 18, e alle strutture private lucrative».

Dunque, come la norma rende chiaro, la struttura procedimentale all'esito della quale viene ad essere emesso il provvedimento di accREDITAMENTO risponde al tipico modello del procedimento amministrativo c.d. ad istanza di parte (privata); procedimento sfociante in un provvedimento finale di tipo ampliativo (ossia destinato ad assegnare *utilitates* non attingibili se non dal settore pubblico) emanato dall'amministrazione a richiesta di un soggetto privato.

Di tale conclusione è riprova la constatazione, inoppugnabile sul piano lessicale, che il Legislatore – ferma la compatibilità con gli assetti programmatici nazionali e regionali – impone unicamente la sussistenza, in capo ai richiedenti (ossia – come recita la norma – a coloro «che ne facciano richiesta») dei requisiti prescritti, che devono essere periodicamente riscontrati (la verifica è infatti sistematica, dato che le condizioni di accREDITAMENTO devono sempre persistere in capo all'erogatore: cfr. art. 8-*quater*, c. 1 e c. 4, lett. a), d.lgs. n. 502).

Ne discende che nell'attuale formulazione legislativa nazionale, oltretutto confermata dalla legislazione regionale, il rilascio dell'accREDITAMENTO fa seguito ad un procedimento distinto per ogni domanda, avente una sua autonoma ed 'individualizzata' fase istruttoria finalizzata ad acclarare il possesso dei requisiti che il richiedente dichiara e la compatibilità con la programmazione¹⁴. La sequenza procedimentale prescelta, perciò, appare strut-

¹⁴ Il procedimento deve perciò essere concluso con provvedimento espresso, in ossequio all'art. 2, l. n. 241/1990 ed ai principi di affidamento, legittima aspettativa, trasparenza, partecipazione, correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.: cfr. Tar Lazio, sez. III-*quater*, 2 febbraio 2010, n. 1397, in *Foro amm.* – TAR, 2010, 474.

turalmente inconciliabile con l'ipotetico espletamento di una gara pubblica, poiché rifugge dal meccanismo della procedura selettiva e comparativa. Questa, infatti, dovrebbe avere quale suo presupposto il rilascio di un numero "chiuso" e limitato di provvedimenti abilitativi-concessori, per il cui ottenimento più soggetti dovrebbero contestualmente competere; ma una simile ricostruzione appare assolutamente avulsa dal dettato normativo, ed anzi in frontale contrasto con esso.

Tali premesse portano altresì a ritenere inapplicabile alle concessioni-accreditamento in materia sanitaria, oggetto di una disciplina speciale propria e peculiare del settore considerato, il disposto dell'art. 30, c. 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Se infatti è vero che detto comma, nel fissare alcuni principi circa la scelta del concessionario¹⁵, impone l'espletamento di una «previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi», appare tuttavia evidente che il legislatore intendeva riferirsi alle sole concessioni da rilasciare secondo il modello "selettivo", fondato cioè sulla unicità o, comunque, sulla limitazione quantitativa delle concessioni da rilasciare; di ciò è, del resto, dimostrazione sufficiente il riferimento alla necessaria «predeterminazione dei criteri selettivi»¹⁶.

Rimangono quindi fuori dall'area della disposizione gli ambiti concessori che, come quello sanitario, risultano ispirati al modello idoneativo: in questi ultimi la concessione – in quanto non funzionale all'assegnazione di prerogative esclusive – si configura normativamente come strumento di mera qualificazione per lo svolgimento del servizio e risponde, pertanto, alle regole proprie dei procedimenti ad istanza di parte.

4. Segue: il dato giurisprudenziale

Alla luce di quanto illustrato, appare del tutto appropriata quella elaborazione giurisprudenziale che qualifica senz'altro l'accreditamento alla stregua di una «idoneità tecnico-operativa che consente di essere inseriti

¹⁵ È infatti prescritto il «rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità».

¹⁶ Per il resto la disciplina del Codice non trova applicazione alle concessioni, come il c. 1 dell'art. 30 stabilisce chiaramente.

nell'ambito della programmazione sanitaria regionale, e di ottenere la remunerazione delle prestazioni eseguite nell'ambito del *budget* prefissato, ma non dà luogo ad una posizione soggettiva cui accede una relazione di carattere obbligatorio»¹⁷. Elaborazione peraltro non dissimile da quella che ravvisa nel rapporto di accreditamento una “natura ibrida”, situata «a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, nell'ambito di un servizio pubblico essenziale obbediente non già a criteri di mercato, ma a criteri universalistici di servizio pubblico di erogazione (tendenzialmente gratuita) di prestazioni assistenziali remunerate a tariffa a carico dell'erario»¹⁸.

Questo apparato concettuale è stato peraltro condiviso anche in dottrina, ravvisandosi nell'accREDITAMENTO la coesistenza di «un atto di accertamento tecnico-discrezionale, per la parte in cui viene verificato il possesso, in capo alla struttura che ne faccia richiesta, dei requisiti ulteriori di qualificazione (che dovrebbero avere carattere eminentemente scientifico e organizzativo)», e di «una valutazione connotata da elementi di discrezionalità amministrativa, per la parte in cui viene ponderata la funzionalità della struttura rispetto alle scelte della programmazione sanitaria regionale nell'ambito delle linee di programmazione nazionale»¹⁹.

Le formulazioni dottrinali e, soprattutto, giurisprudenziali surriportate («idoneità tecnico-operativa», «abilitazione tecnica idoneativa») si prestano molto efficacemente a descrivere la funzione del provvedimento di accreditamento di cui all'art. 8-*quater*, d.lgs. n. 502/1992, consentendo senza dubbio la sua iscrizione al modello “idoneativo” al quale si è fatto cenno.

Esse da un lato confortano la constatazione che a monte del provvedimento di accreditamento non può esistere un numero chiuso e definito di concessioni da attribuire agli aspiranti sulla base di procedure concorsuali; e dall'altro esigono – in piena conformità al diritto positivo – che tutti i soggetti in possesso dei requisiti previsti dalla normativa (ossia, dalla legislazione nazionale e regionale, nonché dagli ulteriori regolamenti regionali di detta-

¹⁷ Tar Lazio, sez. III-*quater*, 2 marzo 2010, n. 3248, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla coesistenza di profili di discrezionalità amministrativa e profili di discrezionalità tecnica concorda anche la dottrina. Per tutti G. Cerrina Feroni, *Pubblico e privato*, cit., 8.

¹⁸ Tar Campania-Napoli, sez. I, 6 dicembre 2002, n. 7845, in *Foro amm. – TAR*, 2002, 12.

¹⁹ Così N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, 672-673. Ciò implica che non tutte le strutture in possesso dei requisiti tecnici prescritti ottengono effettivamente l'accREDITAMENTO, poiché tra esse vengono positivamente valutate solo quelle «la cui attività (per tipologia, ubicazione territoriale o altre circostanze) risulti funzionale alle scelte della programmazione regionale dell'offerta di servizi sanitari» (*ibid.*, 673).

glio) abbiano in qualche modo titolo (*sub specie* di interesse legittimo) a conseguire la “idoneità” di che trattasi, ove sussista la compatibilità con gli atti programmatori.

La dottrina ha ben evidenziato che l'utilità incorporata nell'accreditamento «può essere conseguita da tutti gli idonei, sol che lo richiedano, essendo quello delineato dalla normativa del riordino un “sistema aperto”: cosicché l'inserimento nell'elenco degli accreditati di un soggetto non sottrae agli altri interessati *chances* di ottenere il medesimo risultato»²⁰. D'altra parte, come è stato pertinentemente osservato in giurisprudenza, «Se così non fosse (...) si dovrebbe ritenere che l'affidamento a privati di appalti di servizi pubblici sanitari (peraltro previsti al Cod. 76611000-1 e ss. dalla Cat. 25 dell'All. 2 alla Direttiva 2004/18/CE) dovrebbe avvenire a seguito di procedura ad evidenza pubblica ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. e non per affidamenti diretti senza gara»²¹.

Conclusione, questa, che appare da rigettare fermamente in ragione della struttura stessa del rapporto che si instaura tra Regione, Erogatore ed utenti, come efficacemente rappresentato anche in sede scientifica²²: l'Amministrazione non assume alcun impegno a finanziare il privato gestore per l'intero volume dell'attività oggetto di contrattazione, rimanendo unicamente obbligata a remunerarlo “a consuntivo” per quelle prestazioni che in concreto siano state rese. È perciò corretto affermare che il volume definito nell'accordo non può formare oggetto di un appalto di servizi «che la struttura accreditata si obbliga a fornire alla Regione (o alla USL) dietro corrispettivo», ma rappresenta «un tetto massimo (...) alla legittimazione di tale struttura ad operare in regime di servizio pubblico»²³.

²⁰ Così F. Liguori, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, 275.

²¹ Tar Lazio, sez. III-*quater*, 2 marzo 2010, n. 3248, cit. Analogamente v. già Tar Toscana, sez. II, 20 gennaio 1999, n. 154, in *Ragiusan*, 1999, 183-4, 31 (confermata in appello da Cons. St., sez. V, 17 luglio 2004, n. 5123, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2004, 2189), che riconosce nel complesso delle strutture pubbliche e private accreditate operanti nel settore sanitario un sistema organico nel quale gli istituti privati svolgono una funzione di integrazione e di completamento dell'attività svolta dai presidi pubblici (e non di subordinazione o di marginalità rispetto ad essi). L'assetto della disciplina positiva (d.lgs. n. 502/1992), nel quale le strutture private accreditate hanno la funzione di integrare quelle pubbliche nell'espletamento del servizio, non contrasta con il diritto comunitario dal momento che la prestazione dei servizi trova qui fondamento in un titolo (la normativa di legge o regolamento) diverso dal contratto d'appalto.

²² Si fa riferimento alla puntuale trattazione di N. Aicardi, *La sanità*, cit., 678-679.

²³ Così N. Aicardi, *La sanità*, cit., 679. La tesi poggia su un fondamento fattuale ben solido, che giova qui evidenziare: la Regione, in sede programmatoria, non decide l'acquisito

Una simile prospettiva sembra peraltro sposata, con dovizia di argomenti, dalla più attenta giurisprudenza²⁴, nonché dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Quest’ultima, nella determinazione n. 4/2011²⁵, ha esaminato i principali profili applicativi della l. 13 agosto 2010, n. 136 (recante «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia») prendendo in esame le principali misure di contrasto alla criminalità organizzata e di prevenzione delle infiltrazioni criminali e, in tale ambito, la tracciabilità dei flussi finanziari di cui all’art. 3 della legge. In tale sede l’Autorità ha considerato (nel punto 4.5) anche i servizi sanitari (per tali intendendo «le prestazioni socio-sanitarie e di ricovero, di specialistica ambulatoriale e diagnostica strumentale erogate dai soggetti privati in regime di accreditamento ai sensi della normativa nazionale e regionale in materia»), concludendo nel senso che, «attesa la formulazione letterale dell’art. 3, comma 1, della legge n. 136/2010», tali prestazioni non sog-

di un quantitativo predeterminato di prestazioni del privato, ma semplicemente abilita quest’ultimo ad erogare all’utenza le prestazioni riconducibili al servizio pubblico, sia pur entro limiti definiti; appare allora chiaro che l’operatore non agisce su richiesta della pubblica amministrazione fornendole un servizio, ma rivolge la sua attività agli utenti, con i quali instaura rapporti giuridici specifici (il cui finanziamento è a carico della mano pubblica). Analogamente F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità*, Milano, Giuffrè, 1990, 56, per la quale, con la convenzione, gli Erogatori privati «assumono nei confronti dell’amministrazione non l’obbligo di esercitare una certa attività, bensì quello di fornire, per conto dell’amministrazione e su richiesta di questa, singole prestazioni».

²⁴ Cfr. Tar Sicilia-Palermo, sez. II, 18 luglio 2005, n. 1237, in *Foro amm. – TAR*, 2005, 2612, ove si nega che l’erogazione dell’assistenza sanitaria ed ospedaliera da parte della Regione avvenga mediante l’aggiudicazione di appalti o la concessione di servizi, incentrandosi viceversa il modello sull’acquisto delle prestazioni sanitarie da una pluralità di soggetti, pubblici e privati, preventivamente autorizzati. Questi secondi devono peraltro risultare specificamente accreditati a mezzo di «un provvedimento amministrativo discrezionale, con il quale la Regione dispone l’inserimento del soggetto privato nel sistema sanitario regionale, attribuendogli la qualifica di gestore del pubblico servizio, fermo restando però che la possibilità concreta di erogazione dell’attività a carico del servizio sanitario resta, a regime, subordinata alla stipula di accordi contrattuali, volti a definire essenzialmente il concreto volume di prestazioni che viene richiesto al privato, in quanto ritenuto utile, ed il relativo corrispettivo». In sede di appello avverso la pronuncia si v. altresì C.G.A., sez. giur., 2 marzo 2007, n. 89, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2007, 1637, ove – adesivamente alla decisione di primo grado – si rifiuta lo schema dell’appalto di servizi, stante la basilare constatazione che l’«intero sistema delle prestazioni sanitarie erogate da soggetti privati» riposa su «titoli di legittimazione (autorizzazione ed accreditamento) conferiti dalla pubblica amministrazione», con conseguente esclusione del ricorso a procedure ad evidenza pubblica di rilievo comunitario.

²⁵ Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, recante «Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell’articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136», in *www.avcp.it* ed in *Gazz. Uff.*, *Serie Gen.*, n. 171 del 25 luglio 2011.

giacciono agli obblighi di tracciabilità ed alle correlate sanzioni (di cui all'art. 6 della legge). Ciò in quanto la «peculiarità della disciplina di settore» impedisce di inquadrare i servizi in argomento «nell'ambito del contratto d'appalto, pur se è necessario prendere atto di un orientamento giurisprudenziale non sempre conforme e concorde»²⁶.

A ciò si aggiunge che la negazione di qualsiasi meccanismo competitivo è implicita nella stessa nozione normativa di “accreditamento”, così come interpretata dalla Corte costituzionale: basti rammentare la sentenza 28 luglio 1995, n. 416, ove si assume testualmente che l'accreditamento sanitario «è una operazione da parte di una autorità o istituzione (nella specie regione), con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti (c.d. standard di qualificazione) e si risolve, come nella fattispecie, in iscrizione in elenco, da cui possono attingere per l'utilizzazione, altri soggetti (assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie)»²⁷.

Il passaggio ora riportato ben evidenzia come, sotto il profilo istruttorio, il procedimento di accreditamento non implichi la valutazione comparativa di più offerte prestazionali in concorrenza tra loro secondo il paradigma della “gara” o della procedura “selettiva”, ma una verifica individuale (di un singolo “soggetto” o “organismo”) avente una finalità sostanzialmente qualificatoria e condotta sulla base di criteri (*standard*) prefissati; verifica che tende ad accertare l'esistenza, in capo all'operatore di volta in volta richiedente, dei requisiti preliminari relativi alle condizioni strutturali, organizzative e di funzionamento che determinano la qualità dell'assistenza²⁸.

²⁶ L'Autorità precisa tuttavia, a scanso di equivoci, che «le prestazioni in esame devono essere tracciate qualora siano erogate mediante appalti o concessioni soggetti all'art. 3 della legge n. 136/2010».

²⁷ In *Giur. it.*, 1997, I, 157. La sentenza prosegue sostenendo che «l'accreditamento, come ogni operazione-procedimento di autorità amministrativa consistente in qualificazione e in riconoscimento (certificazione e garanzia) del possesso di specifici requisiti con effetti di natura continuativa (nella specie iscrizione in elenco che dà facoltà permanente per altri di scegliere il soggetto erogatore delle prestazioni), resta sottoposto a tutti i poteri di autotutela e di verifica della medesima autorità amministrativa (Regione), dovendo questa tenere conto anche di fatti, situazioni e disposizioni sopravvenute rispetto alla fonte iniziale del rapporto»; la Corte configura anzi tali poteri come un preciso obbligo della regione, poiché il difetto dei requisiti minimi può tradursi in un danno alla salute ed in un danno patrimoniale (atteso che le tariffe, specie se a prestazione, presuppongono un livello minimo strutturale, tecnologico ed organizzativo, costituente componente del calcolo).

²⁸ Per N. Aicardi, *I soggetti erogatori*, cit., 538, venendo qui in esame rapporto di tipo concessorio troverebbero applicazione i principi di concorsualità e di pari opportunità, sic-

5. Una procedura selettiva tra accreditamento e contratto?

A fronte di tale impianto normativo, neppure potrebbe sostenersi che la fase dell'evidenza pubblica potrebbe trovare esplicazione, quale ulteriore ed aggiuntiva metodica di selezione degli erogatori, in un momento successivo al rilascio degli accreditamenti (operato sulla base di procedimenti ad istanza di parte), ossia in vista della stipula dei singoli contratti *ex art. 8-quinquies*, d.lgs. n. 502/1992.

Ad una simile soluzione ostano ragioni di ordine tanto positivo quanto logico.

Dal primo punto di vista, si esamini la previsione dell'art. 8-*quater*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992, ove si prevede che «La qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies*».

Certamente tale norma postula, nel suo più immediato significato, che il rischio d'impresa permanga a carico del singolo operatore, il quale non potrà pretendere la remunerazione per il solo fatto di essere stato regolarmente accreditato²⁹; ma essa, in ragione tanto del suo tenore letterale (considerato *a contrario*) quanto del contesto sistematico in cui è calata, basato sull'inscindibile e progressivo percorso a suo tempo descritto (rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione ed all'esercizio, accreditamento istituzionale conforme alla programmazione, stipula degli accordi contrattuali), riconosce in capo all'accreditato un interesse qualificato ad ottenere la remunerazione (concordata). Detto altrimenti: poiché la quantificazione del *budget* viene cristallizzata proprio nel testo negoziale in coerenza con la disciplina programmatica che precede e fonda l'atto di inserimento dell'impresa nel sistema sanitario regionale e nazionale, è evidente che l'accordo costituisce la necessaria e fisiologica, e quindi doverosa, appendice dell'accreditamento già ottenuto.

ché la discrezionalità amministrativa in tema di accreditamenti e contrattazioni dovrebbe risultare circoscritta attraverso «la predefinizione, da parte della legge o di atti emanati in base alla legge, di specifici criteri cui vincolare» l'operato degli enti pubblici coinvolti. Analogamente G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, in *San. pubbl.*, 2000, 47.

²⁹ Cfr. M. Consito, *L'accreditamento come limite dell'appalto*, cit., 354, che immagina quale rischio tipico di impresa la possibile diminuzione della domanda di prestazioni sanitarie dovuta alla riduzione del numero dei pazienti, tale per cui gli utili di impresa potrebbero non riuscire a pareggiare i costi.

Se, dunque, stando all'art. 8-*quater*, l'accreditamento non fa sorgere il diritto ad una remunerazione "fuori accordo", esso sicuramente fonda il diritto del soggetto accreditato alla stipula dell'accordo stesso per stabilire l'ammontare delle prestazioni erogabili e il relativo corrispettivo; elementi senza i quali lo stesso provvedimento di accreditamento si verrebbe a configurare quale titolo abilitativo "sterile" e privo di concrete utilità per il beneficiario³⁰.

A conforto di quanto appena detto può richiamarsi la l. n. 133/2008 (art. 79), che, nel modificare l'art. 8-*quinques*, d.lgs. n. 502/1992, ha introdotto il c. 2-*quinquies*, che così dispone: «In caso di mancata stipula degli accordi di cui al precedente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8-*quater* delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del S.S.R. interessati è sospeso». La norma conferma che non può esistere struttura con un accreditamento "attivo" che non abbia stipulato i contratti disciplinanti le modalità e il costo delle prestazioni. Se non c'è contratto, o meglio fintantoché non si perviene alla sua stipula, viene meno la funzione stessa, e quindi l'utilità, dell'accreditamento.

Né deve indurre in errore quanto disposto dall'art. 8-*quinquies*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992 (nel testo novellato dalla l. n. 133/2008) là dove si demanda alle Regioni ed alle USL, «anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi», il compito di definire «accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie», e di stipulare «contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale (...)», in cui siano indicati i contenuti di cui alle successive lettere da a) a e-

³⁰ Nel senso che le U.S.L. non possano rifiutare la stipula degli accordi qualora vi siano a monte l'accreditamento e l'accettazione delle tariffe C.E. Gallo, *Pubblico e privato nel servizio sanitario nazionale: i presidi sanitari privati*, in *San. pubbl.*, 1997, 384; questo a. (*ibid.*) sembra ricondurre alla stipula dell'atto convenzionale il momento genetico del "rapporto" tra il soggetto erogatore e la pubblica autorità. Altra dottrina, tuttavia, rinviene tale momento senz'altro nel provvedimento di accreditamento, ferma la possibilità di un'ulteriore regolazione del rapporto – da parte delle U.S.L. o delle Regioni – con atti di portata generale rivolti a tutti gli accreditati: così G. Barcellona, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo*, cit., 123 (ma la fase di fissazione delle regole generali "valide per tutti" in ordine alle modalità di erogazione è anche analizzata da F. Liguori, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, cit., 181 ss.). Per N. Aicardi, *I soggetti erogatori*, cit., 526, è «ragionevole ritenere che tutte le strutture accreditate abbiano diritto ad accedere alla contrattazione annuale, posto che, con l'accreditamento, risulta già acquisita all'amministrazione la funzionalità di ciascuna di esse alla programmazione regionale dell'offerta di servizi sanitari e, dunque, alle finalità del servizio pubblico sanitario».

bis). Le «valutazioni comparative» individuate dalla norma, infatti, non sottendono la competizione tra operatori nel contesto di specifiche gare prodromiche alle stipule contrattuali, ma si collocano in un momento anteriore, sostanzialmente ricompreso nella fase della programmazione sanitaria, fornendo la metodica da seguire per fissare l'entità delle remunerazioni in vista delle intese con le organizzazioni di categoria. Addirittura in alcune Regioni tale clausola è stata letta ed applicata non in senso pro-concorrenziale, bensì in un'ottica compensativa, talora finalizzata a tenere conto dei maggiori costi sopportati da IRCCS e Ospedali Universitari per le attività di ricerca e di formazione svolta³¹.

Sotto il già accennato profilo della logica e della ragionevolezza dell'agire amministrativo può svolgersi una notazione ancor più decisiva: apparirebbe fortemente contraddittorio l'operato di un'amministrazione regionale che dapprima emanasse provvedimenti di accreditamento tesi a soddisfare le precedenti scelte programmatiche, evidentemente legate ad un fabbisogno rilevato (*ex art. 8-quater, c. 1, seconda proposizione*), e successivamente effettuasse una selezione ulteriore e drastica delle strutture con cui contrattare. Tale condotta, infatti, produrrebbe l'effetto evidente di lasciare insoddisfatta una parte di quel medesimo, pur riconosciuto, fabbisogno al quale avevano per l'appunto corrisposto gli accreditamenti già rilasciati, configgendo oltretutto con la prevalente ricostruzione dell'accordo in parola quale contratto (di somministrazione) per adesione³².

Ben si comprendono, quindi, i motivi per i quali sia «ragionevole ritenere che tutte le strutture accreditate abbiano diritto di accedere all'accordo, posto che con l'accredito risulta già acquisita, all'amministrazione titolare del servizio, la funzionalità di ciascuna di esse rispetto alla programmazione regionale dell'offerta di servizi sanitari e, dunque, alle finalità del servizio pubblico sanitario»³³.

Per non dire, poi, dei potenziali riverberi che un'ipotizzata gara successiva all'accredito e funzionale alle stipule contrattuali produrrebbe in termini di indebita restrizione della concorrenza.

³¹ Diverso l'avviso di G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali*, cit. 85, secondo il quale tale «valutazione comparativa della qualità e dei costi» si risolverebbe in una sorta di trattativa ufficiosa, che andrebbe tuttavia ancorata a parametri oggettivi predeterminati – eventualmente affidati all'autoregolamentazione regionale – onde evitare discriminazioni.

³² Cfr. M. Consito, *L'accredito come limite dell'appalto*, cit., 355; Tar Puglia-Lecce, sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3631, in *Ragiusan*, 2008, 293, 196.

³³ Così N. Aicardi, *La sanità*, cit., 675.

Va da sé, infatti, che contrasterebbe con l'interesse dell'utenza (concludendo il diritto di libera scelta del cittadino, che presuppone un pluralismo accentuato nell'erogazione del servizio)³⁴ ogni iniziativa che avesse lo scopo o il risultato di inibire l'esercizio dell'attività da parte di soggetti che, per essere stati accreditati, risultavano perciò tecnicamente idonei ed organizzativamente necessari, nel concreto assetto del S.S.R., in base alle stesse valutazioni regionali. Una simile opzione non solo determinerebbe una vanificazione degli sforzi (organizzativi ed economici) che il soggetto privato compie per dotarsi di quei «requisiti ulteriori di qualificazione» che soli possono consentire il conseguimento del provvedimento di accreditamento a mente del più volte nominato art. 8-*quater*; ma contrasterebbe altresì con i segnali esattamente opposti che affiorano dalla normativa vigente e che tendono a favorire una sorta di “sovra-accreditamento” rispetto al fabbisogno proprio allo scopo di promuovere un'effettiva competizione tra privati Erogatori³⁵.

Sotto tale profilo, è utile tenere a mente le fondamentali osservazioni rese dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella Segnala-

³⁴ Sul punto si può rinviare alle acute osservazioni di E. Sticchi Damiani, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari*, cit., 934 ss. L'a., aderendo alla definizione del sistema sanitario italiano quale «macchina organizzata sociale» (così V. Mapelli, *Il sistema sanitario italiano*, Bologna, il Mulino, 1999, 167), qualifica il principio di libertà di scelta come il «motore del sistema» (ossia, del servizio sanitario), contribuendo esso – assieme alla concorrenza ed alla qualità – a costituire un essenziale meccanismo di funzionamento dell'assetto normativo in materia (*ivi*, 934). I due postulati della libertà di scelta e della concorrenza sono logicamente riconnessi dall'a. anche alla necessaria parità tra istituzioni pubbliche e private nell'erogazione delle prestazioni agli utenti; è infatti innegabile che senza la competizione paritaria tra le strutture sanitarie, a sua volta fondata sulla molteplicità delle sedi di erogazione dei servizi, non può essere perseguita né la logica del mercato concorrenziale né, di riflesso, l'efficienza e la qualità delle prestazioni (*ibid.*, 934-935). In ultima analisi, il principio di libera scelta costituisce l'elemento giustificativo dell'assetto organizzativo concorrenziale, il quale a sua volta è il tramite per il perseguimento degli obiettivi di qualità ed efficienza del sistema (*ibid.*, 941), nonché di riduzione dei costi (*ibid.*, 939).

³⁵ Il riferimento è all'art. 8-*quater*, c. 3, lett. b), d.lgs. n. 502/1992 (novellato dall'art. 79, c. 1-*quinquies*, lett. c), d.lgs. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2008 n. 133), che demanda all'adozione di un apposito atto di indirizzo e coordinamento la definizione di criteri generali uniformi per «la valutazione della rispondenza delle strutture al fabbisogno, tenendo conto anche del criterio della soglia minima di efficienza che, compatibilmente con le risorse regionali disponibili, deve esser conseguita da parte delle singole strutture sanitarie, e alla funzionalità della programmazione regionale, inclusa la determinazione dei limiti entro i quali sia possibile accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate» (corsivi nostri).

zione/parere n. AS145 del 26 giugno 1998³⁶, ove si è stigmatizzato l'impiego, in passato invalso presso alcune Regioni, «dell'istituto dell'accreditamento in via selettiva», realizzato attraverso l'accreditamento, «all'interno dei soggetti che possiedono i prescritti requisiti di qualità» delle sole «strutture sanitarie con le quali la Regione effettivamente contratta. Tale ultimo sistema, privilegiando il rispetto del vincolo di spesa, limita la libera scelta dell'utente alle sole strutture cui le Regioni hanno consentito di operare in regime di SSN. Inoltre, la programmazione delle prestazioni erogabili sulla base dei tetti di spesa, individuati per ciascuna struttura operante in regime di SSN, inibisce la concorrenza tra gli erogatori delle prestazioni sanitarie, comportando un minore incentivo al miglioramento dei livelli di efficienza e di qualità dell'assistenza erogata»³⁷.

In un passaggio della successiva Segnalazione/parere al Senato n. AS175 del 20 maggio 1999, relativa allo schema di decreto legislativo attuativo della l. n. 419/1998 (poi divenuto l. n. 229/1999)³⁸, l'Autorità rileva che «L'accreditamento, che è semplice pre-condizione e non definitivo presupposto per l'accesso a tale settore, dovrebbe fondarsi su valutazioni relative alla qualità e all'efficienza degli operatori aspiranti ancor prima che su scelte concernenti aspetti di compatibilità finanziaria e dovrebbe essere assoggettato a verifica periodica della persistenza dei requisiti. La decisione di limitare gli operatori in ragione delle risorse finanziarie disponibili può e deve trovare la sua appropriata collocazione in sede di stipula degli accordi contrattuali; questi ultimi dovrebbero rappresentare l'esito di una selezione degli operatori fondata su di un appropriato e trasparente scrutinio».

Tale argomento potrebbe essere letto come un avallo ad una qualche forma di «selezione» tra operatori (fondata sulla compatibilità finanziaria) successiva all'accreditamento (fondato invece su parametri di qualità ed efficienza). V'è però da rilevare come, sotto questo aspetto, il suggerimento dell'Autorità non abbia trovato effettivo riscontro nella legislazione positiva³⁹.

Scelta, questa, certamente condivisibile almeno qualora si ritenga, come chi scrive ritiene, che l'individuazione delle risorse disponibili – essa

³⁶ In *www.agcm.it*.

³⁷ Va precisato che la metodica censurata dall'Autorità presentava aspetti peculiari: la regione sceglieva cioè di rivolgersi a erogatori privati (contraendo con essi ed accreditandoli) soltanto nei limiti del fabbisogno che le strutture già operanti in regime di SSN non riuscissero a soddisfare in aree geografiche determinate.

³⁸ In *www.agcm.it*.

³⁹ Cfr. M. Consito, *L'accreditamento come limite dell'appalto*, cit., 357.

stessa oggetto necessario, almeno in linea di principio e previsionale, della programmazione di cui all'art. 8-*quater*, c. 1, d.lgs. n. 502/1992 – costituisca premessa necessaria per la utilizzazione di quelle stesse risorse mediante il ricorso agli operatori privati in possesso dei requisiti utili per entrare a far parte del Sistema Sanitario⁴⁰. In altre parole, non esiste il problema di dividere una “torta” finita (le risorse) tra un numero (potenzialmente infinito) di interessati (all'accreditamento), come talora si ipotizza per fondare l'esigenza ineluttabile della procedura selettiva; semplicemente, se la “torta” non basta per tutti (ossia, se gli indirizzi di programmazione regionale di cui al citato art. 8-*quater* denotano ad un certo punto una incapienza, in termini finanziari o di fabbisogno), la soluzione non può essere che quella di denegare l'accreditamento a chi ne faccia richiesta oltre le possibilità oggettive che il sistema consente, per carenza di uno dei requisiti indispensabili al rilascio (la conformità agli indirizzi programmatori).

6. Accreditamento e programmazione sanitaria

Come già anticipato, nella prospettiva accolta dal legislatore statale (v. soprattutto l'art. 8-*quater*, c. 1 e 3, lett. *b*), d.lgs. n. 502/1992), l'accreditamento deve essere in ogni caso preceduto dalla elaborazione, da parte della Regione interessata, degli elementi relativi al fabbisogno assistenziale, al volume della attività erogabile, alla programmazione di settore, al possesso dei requisiti da parte delle strutture private ed agli oneri finanziari sostenibili⁴¹. Il panorama normativo impone quindi che i requisiti dei soggetti aspiranti all'accreditamento siano non solo predefiniti, ma necessariamente compatibili (come precisano le stesse previsioni succitate del c. 1 e 3, lett. *b*), con la programmazione nazionale e regionale. Difatti, una volta soddisfatte le condizioni dell'accreditamento, il pagamento delle prestazioni rese agli utenti avverrà a carico dell'Erario pubblico mediante corrispettivi predeterminati

⁴⁰ Sul punto si vedano le recentissime sentenze del Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3 e 4, in www.giustizia.amministrativa.it, ove si legge che «Il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private deve (...) conciliarsi con il principio di programmazione, che persegue lo scopo di assicurare la razionalizzazione del sistema sanitario nell'interesse al contenimento della spesa pubblica». E più oltre che «L'esercizio consapevole del potere di programmazione non può che implicare (...) una cognizione puntuale, da parte della Regione, delle risorse alle quali poter attingere onde garantire la remunerazione delle prestazioni sanitarie».

⁴¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007, n. 4977, in *Foro amm.* – CdS, 2007, 2491.

sulla base di tariffe unitarie valide per tutti gli accreditati e da questi espressamente accettate⁴².

È dunque ben fondato il convincimento che il sistema di accreditamento sia profondamente compenetrato con l'articolato sistema della programmazione (nazionale e soprattutto) regionale, posto che agli atti programmatori spetta l'essenziale compito di destinare le limitate risorse a disposizione (concretamente destinate a tradursi nell'assegnazione di cd. tetti di spesa, o *budget* individuali) ad ogni singolo operatore privato (ai sensi degli artt. 8-*quinquies* e 8-*sexies* del citato d.lgs. n. 502/1992)⁴³.

⁴² *Ex multis*, Tar Campania-Napoli, sez. I, 17 aprile 2000, n. 1069, in *Foro amm.*, 2000, 2379.

⁴³ Cfr. P. Santinello, *Sanità pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, 558. La rilevanza della programmazione è ben descritta da E. Sticchi Damiani, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari*, cit., 942: essa «consente di evitare inefficienze e duplicazioni, indirizzare le strategie, coordinare l'attività e la progettualità dei singoli, tenendo conto delle possibilità offerte dalle risorse disponibili». Il sistema sanitario può quindi ricondursi al modello della «concorrenza regolata», nel quale cioè le «logiche concorrenziali» convivono con un mercato delle prestazioni sanitarie «quantitativamente predeterminato da un provvedimento autoritativo dell'amministrazione responsabile e titolare della complessiva gestione del servizio», vale a dire della Regione (*ibid.*, 956). In giurisprudenza, su questi aspetti, v. Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6806, in *Ragiusan*, 2008, 295-296, 243; ma anche Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4077, cit. La dottrina ha talora criticato l'eccesso di programmazione affiorante dal d.lgs. n. 502/1992, rinvenendovi un fattore di rimozione dell'ideologia sociale (a favore dell'ideologia dell'economicità) e di subordinazione dei valori sociali e dell'uguaglianza dei cittadini alle limitazioni derivanti dalle disponibilità economiche destinate al settore sanitario (così S. D'Albergo, *La sanità tra riforma e controriforma*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 734-735). Va però tenuto presente che, per quanto le esigenze di finanza pubblica abbiano titolo ad influire sulla legislazione in materia (C. Bottari, *Nuovi modelli organizzativi*, cit., 39 ss.), l'attività di programmazione trova un limite invalicabile nel rispetto del nucleo essenziale del valore-salute: cfr. C. Bottari, L. Vandelli, *Tutela del diritto alla salute, programmazione sanitaria e definizione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, Maggioli, 2000, 34 ss. Per alcuni spunti sugli esiti non sempre felici della programmazione regionale v. R. Ferrara, *Le strutture sanitarie private ed i rapporti con il Servizio Sanitario Nazionale: note introduttive*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Riordinamento del servizio sanitario nazionale*, Rimini, Maggioli, 1991, 142; nonché F.G. Scoca, *La medicina convenzionata*, cit., 115. Sull'impatto della programmazione in termini di limitazione dell'accesso degli operatori (con riflessi compressivi sulla concorrenza e sul diritto di libera scelta) v. G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali*, cit. 40 e 57 (ma cfr. anche *ibid.*, 42, ove si imputano gli stessi risvolti anche al sistema tariffario predeterminato). Sulla preponderanza della programmazione nazionale, bilanciata però dai poteri regionali in tema di organizzazione del servizio sanitario v. E. Ferrari, *Servizio sanitario nazionale (organizzazione)*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, 1996, 386. Sempre sul ruolo della programmazione si v. altresì G. Barcellona, *Libertà transfrontaliera di cure ospedaliere*

Tale rilievo induce ad un'ulteriore notazione: a ben guardare, proprio la sostanziale indeterminatezza del numero degli accreditamenti da rilasciare nelle singole regioni contribuisce a spiegare la indefettibilità e la capillarità della funzione programmatoria (nazionale e) regionale, dando contezza della sua centralità nel sistema disegnato dal d.lgs. n. 502/1992 e della insistenza con la quale il legislatore in molteplici disposizioni (ed invero la stessa giurisprudenza) vi fa richiamo. Difatti, se gli accreditamenti fossero configurati come un "numero chiuso" – negandosi così la loro accessibilità generalizzata a tutti i soggetti in possesso dei requisiti prescritti – la stessa minuziosità della programmazione che ad essi prelude dovrebbe essere messa in discussione.

Detto altrimenti: se le concessioni-abilitazioni fossero normativamente configurate come un *numerus clausus*, ciò comporterebbe una minore intensità, o comunque una ridefinizione della stessa attività programmatoria almeno nella parte relativa al finanziamento degli erogatori privati. Non vi sarebbe, cioè un'esigenza stringente di fare luogo ad una programmazione "multilivello" rigida e stabile, così come oggi è previsto⁴⁴, posto che il limite numerico degli accreditamenti sarebbe a quel punto esso stesso garanzia (almeno tendenziale) di conservazione degli equilibri finanziari, stante la strutturale limitatezza della platea dei soggetti con cui l'amministrazione dovrebbe relazionarsi. Né, verosimilmente, avrebbe senso la vincolante pre-determinazione dei tetti di spesa, quale oggi risulta normativamente imposta (dall'art. 8-*quinquies*, d.lgs. n. 502/1992)⁴⁵ nel contesto di un complessivo

e sistema delle convenzioni al vaglio del diritto comunitario, in *San. pubbl.*, 2002, 15 ss., nonché C.E. Gallo, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *San. pubbl.*, 2003, 253.

⁴⁴ Non v'è dubbio che la programmazione, nella visione fatta propria dal d.lgs. n. 502/1992, sia caratterizzata da una particolare complessità e laboriosità, dal momento che a fronte degli obiettivi prioritari del settore e dei volumi complessivi di attività come definiti dalla programmazione nazionale e dal Piano sanitario nazionale (art. 8-*quater*, c. 4, lett. l), e c. 8), nel Piano sanitario regionale – il cui prioritario scopo è garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza – vengono poi definite le funzioni sanitarie; sulla base di tale piano la regione determina il fabbisogno di assistenza; sulla scorta (anche) di tale fabbisogno la regione rilascia infine gli accreditamenti (art. 8-*quater*). Sono poi previsti dei programmi di valutazione sistematica e continuativa dell'appropriatezza delle prestazioni [art. 8-*quater*, c. 4, lett. ff)] e dei programmi di attività delle strutture accreditate [art. 8-*quinquies*, c. 1, lett. b)]. Sui contenuti della programmazione appare di estremo interesse la Relazione sui servizi di interesse economico generale del 22 luglio 2009 a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie.

⁴⁵ Come riconosciuto in giurisprudenza, l'accredimento assume i caratteri tipici di

flusso finanziario destinato al settore privato (nei suoi diversi comparti). Difatti, alla luce di una programmazione di massima, le scelte finanziarie potrebbero comunque esplicarsi con cadenze temporali legate all'adozione dei singoli bandi, nei quali – previa verifica del fabbisogno contingente e delle disponibilità economiche concrete – la regione rimarrebbe libera di fissare, di volta in volta, il numero di concessioni da mettere a gara e le risorse da destinare ai privati.

Ma tale capovolgimento di prospettiva, come appare ovvio, richiederebbe un radicale mutamento dell'impostazione legislativa oggi fortemente incentrata su una programmazione completa *ex ante* (che dovrebbe invece essere alleggerita e snellita); e, pertanto, esigerebbe una profonda revisione, sicuramente preclusa in sede regionale, delle norme-principio fissate a livello nazionale (che come si vedrà nelle conclusioni sono vincolanti per i legislatori regionali).

Da ultimo, anche al di là delle osservazioni già esposte nel precedente paragrafo, non si può non riconoscere che il sistema concessorio “aperto” di cui ampiamente si è detto risulta l'unico in grado di soddisfare, con assoluta certezza, il fabbisogno rilevato e programmato (e affidato al settore privato).

Nell'attuale assetto organizzativo, infatti, il fabbisogno rilevato in un determinato ambito territoriale viene sempre e comunque appagato, quale che sia il numero degli erogatori accreditati: all'aumentare di tale numero, viene ridotto il volume prestazionale individuale; al decremento di tale numero, corrisponde un incremento del *budget* individuale, salvo non disporre accanto momenti comunque finalizzati al servizio.

Non è difficile dimostrare, viceversa, che quel medesimo fabbisogno

un atto attributivo di compiti pubblici e di natura discrezionale in quanto manifestazione di un potere che trova i suoi presupposti logico-giuridici, oltre che nell'effettivo fabbisogno assistenziale, quale risulta in concreto dal disposto del piano sanitario regionale, anche nell'ineludibile esigenza di controllo della spesa sanitaria nazionale; ne consegue che alle regioni è affidato il compito di adottare determinazioni di carattere autoritativo e vincolante, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria rigorosa. Tale funzione programmatica è peraltro considerata imprescindibile, perché la fissazione dei limiti di spesa rappresenta comunque l'adempimento di un preciso obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate, essendo individuabile una prima fase dominata da interventi di carattere pubblicistico autoritativo riservati alle regioni, tendente a fissare i limiti massimi annuali di spesa sostenibile grazie al fondo sanitario, e una seconda fase, di cui non è protagonista esclusiva la regione, intervenendo anche le aziende sanitarie e le strutture private (cfr. Cons. St., sez.V, 31 dicembre 2007, n. 6806, cit.; ma anche Cons. St., sez.V, 25 agosto 2008, n. 4077, cit.).

ben potrebbe rimanere privo di riscontro, in termini di concreta erogazione del servizio, qualora si scegliesse il modello delle concessioni selettive. Solo per fermarsi agli esempi più evidenti, potrebbe accadere che la gara bandita per l'assegnazione di un certo numero di concessioni su un dato territorio rimanga deserta; o che vi partecipi un numero di operatori inferiore al numero di concessioni messe a gara; o, ancora, potrebbe darsi che le offerte presentate, pur superiori al numero delle concessioni da assegnare, si rivelino inammissibili, rimanendo così precluse le corrispondenti aggiudicazioni.

In tutti questi casi, a fronte di un fabbisogno effettivo ed acclarato, le esigenze dell'utenza rischierebbero di venire frustrate, vanificandosi al contempo gli stessi sforzi programmatori regionali. Anzi, a ben vedere si finirebbe per svuotare l'attività programmatrice della sua stessa funzione, legandone l'impatto pratico ad un elemento aleatorio ed eventuale rappresentato dal buon fine di tutte le gare indette in relazione ai diversi ambiti territoriali.

7. Compatibilità del sistema vigente con il diritto nazionale ed europeo della concorrenza

Sul piano comunitario appare sostenibile l'inquadramento dei servizi affidati agli erogatori privati per conto del SSN nel novero dei servizi di interesse economico generale (SIEG)⁴⁶.

⁴⁶ Su cui v. l'ampio lavoro monografico di D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010. Secondo l'ordinamento comunitario i servizi di interesse economico generale si distinguono dai servizi ordinari in quanto le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico (su cui si tornerà *infra*), anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. Le concessioni di servizi, in questo ambito, riguardano di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti speciali o esclusivi. Gli obblighi di servizio pubblico sono infatti quelle prestazioni che i pubblici poteri, nell'ambito della propria potestà di regolazione, possono imporre ai soggetti che svolgono un pubblico servizio, e che nessun operatore economico in regime di concorrenza o in assenza di sussidi erogherebbe a prezzi accettabili se seguisse il proprio interesse imprenditoriale; sicché l'imposizione di tali obblighi, fonte di costi supplementari per l'impresa, viene ad essere compensata attraverso il finanziamento pubblico o mediante l'attribuzione di diritti speciali o di esclusiva. Per un inquadramento generale della tematica, senza pretese di esaustività, vedansi: D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*,

Tale sforzo qualificatorio potrebbe oggi ritenersi privo di grande utilità, stante la progressiva perdita di importanza dell'astratta distinzione tra servizi economici di interesse generale (attratti nell'orbita applicativa del Trattato CE e quindi soggetti alle regole pro-concorrenziali da esso poste) e servizi di interesse generale non economici (esclusi dal Trattato), tra i quali tradizionalmente si ricomprendono quelli sanitari.

Per quanto, infatti, tale distinzione risulti recepita dal Libro Verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003 (COM/2003/0270def.)⁴⁷, l'evoluzione del diritto comunitario spinge ormai per l'integrale assoggettamento alla disciplina ivi posta dell'area dei servizi di interesse generale, siano essi o meno di natura economica⁴⁸. E comunque, come lo stesso Libro Verde testualmente afferma, «la distinzione fra attività economiche e non economiche ha dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo e negli ultimi decenni sempre più attività hanno assunto una rilevanza economica. Per un crescente numero di servizi tale distinzione è divenuta superflua»;

1999, 372 ss.; Id., *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 216 (ove si esamina la prospettiva delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio); G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005; R. Franceschelli, *La nozione di servizi di interesse economico generale di cui all'art. 90 del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, I, 83 ss.; G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. quad. pubbl. serv.*, 1999, 12 ss.; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.; B. Sordi, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, in *Quad. fior.*, 2002, 577 ss.; P.M. Huber, *L'armonizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa e i suoi limiti*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 86 ss.; L.R. Perfetti, *I servizi di interesse economico generale e i servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss.; M. Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, Maggioli, 1994, 127 ss.; A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. (L'impresa di gestione di servizi pubblici locali)*, Milano, Giuffrè, 2001; N. Rangone, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 386 ss.; A. Massera (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, Plus, 2001.

⁴⁷ Il Libro Verde riconnette i servizi non economici di interesse generale a prerogative dello Stato ovvero a settori sensibili quali la cultura, l'istruzione, i servizi sanitari o sociali. Come si vede, non tutti propriamente riconducibili all'area dei c.d. servizi alla persona, che tradizionalmente abbracciano il settore sanitario e quello sociale (cfr. R. Balduzzi, *I servizi pubblici e la dimensione imprenditoriale della pubblica amministrazione. Salute e assistenza sociale*, Relazione al 50° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 16, 17 e 18 settembre 2004, in *Quad. reg.*, 2005, 1).

⁴⁸ G.F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1223 ss.; E. Scotti, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003, 182 ss. Cfr. anche P. Mengozzi, *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contr. impr.*, 1/2009, 304 ss.

sicché, più che l'astratta 'etichettatura' in senso economico del servizio di interesse generale, in realtà del tutto convenzionale⁴⁹ e mutevole⁵⁰, assume risalto determinante la circostanza che l'attività di volta in volta considerata «*implichi l'offerta di beni e servizi su un dato mercato*» (così ancora il Libro Verde). In definitiva, nelle singole evenienze si dovrà valutare se l'attività presa in esame – pur impingendo su scopi sociali – possa essere svolta da un'impresa privata con il fine di lucro, risultando irrilevante che la retribuzione gravi sull'utenza (*sub specie* di tariffa) o sugli apparati pubblici (*sub specie* di finanziamento)⁵¹.

In sostanza, se esistono servizi pubblici che, data l'assenza di operatori anche potenziali, impongono una gestione esclusivamente pubblica, e servizi pubblici che possono essere svolti in maniera remunerativa rispetto all'utenza finale, connotandosi decisamente come servizi di natura economico-imprenditoriale, esistono anche fattispecie intermedie: in queste ultime ricadono i servizi pubblici che, per quanto annoverabili tra i servizi privi di rilevanza economica, potrebbero acquisire tale rilevanza ove affidati dalla p.a. a privati gestori. Non è quindi da assolutizzare l'opinione che per i servizi privi di rilevanza economica difetti *in toto* un mercato concorrenziale. Al contrario, focalizzando l'attenzione non già sulla natura obiettiva del servizio, ma sul modello gestionale applicato, che potrebbe in ipotesi risultare compatibile con il perseguimento di un utile d'impresa (pur senza abdicare agli obiettivi sociali), si può giungere ad una soluzione esattamente opposta e senz'altro armonica con l'approccio pragmatico e casistico che impronta l'ordinamento comunitario⁵².

⁴⁹ Così G. Marcou, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in A. Brancasi (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, il Mulino, 2003, 324.

⁵⁰ Lo stesso Libro Verde riconosce che «*La gamma dei servizi che possono essere offerti su un dato mercato è soggetta all'evoluzione tecnologica, economica e sociale e si è ampliata nel tempo*».

⁵¹ Su questi aspetti v. F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, il Mulino, 2002, 80 ss. In giurisprudenza, CGCE, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbotermo*, in *Foro amm.* – *CdS*, 2006, 1335, nonché C. cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in *Foro it.*, 2009, 5, 1314. La rilevanza economica anche nell'ambito dei servizi sociali è riconosciuta dalla dottrina secondo cui non vanno presi in considerazione gli utenti, «ai quali il servizio è reso senza costi o sottocosto», bensì l'attività che i gestori terzi svolgono dietro corrispettivo e perciò «non in perdita»; l'attività, dunque, rimane "sociale" quanto ai destinatari, ma possiede un indubbio rilievo economico per i soggetti che intendano espletarla: così G. Caia, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Per queste argomentazioni, riferite proprio ai servizi sanitari, v. Tar Lombardia-Milano, sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891, *Foro amm.* – *TAR*, 2010, 1815. Cfr. anche, più in ge-

Orbene la suddetta condizione, ossia l'esistenza di un "mercato" nel senso descritto, è certamente rinvenibile nel sistema italiano dell'accreditamento sanitario, imperniato su una remunerazione delle prestazioni erogate dai soggetti accreditati a carico della mano pubblica, e perciò sull'economicità (lucrosità) dell'attività considerata⁵³.

nerale, Tar Puglia-Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 1444, secondo cui «la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza va considerata legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, con la conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale potrebbe esistere – quantomeno potenzialmente – una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione. Di converso, può essere considerato privo di rilevanza il servizio che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e, quindi, appare irrilevante ai fini della concorrenza» (in senso conforme, Tar Umbria, 24 ottobre 2003, n. 821, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 2963; Tar Campania-Napoli, sez. IV, 7 novembre 2003 n. 13382, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 3317. La dottrina ha posto in luce come, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle cure fruite in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, i servizi sanitari vengano qualificati come servizi economici soggetti al principio di libera prestazione e come, più ampiamente, i servizi erogati nel settore sociale possano reputarsi attività economiche se forniti dietro retribuzione. In tal senso v. S. Civitaresse Matteucci e M. D'Angelosante, *Servizi sanitari e concorrenza: la prospettiva comunitaria e il caso delle sperimentazioni gestionali*, in *www.astrid-online.it*, 2, i quali fanno discendere dal carattere economico dei servizi sociali e sanitari una serie di problematiche attinenti ai moduli organizzativi e di erogazione adottati nell'ordinamento nazionale. Se, infatti, questi vanno conformati al parametro concorrenziale, anche con riferimento all'accesso al mercato degli operatori, è anche vero che occorre trovare un punto di equilibrio che assicuri il perseguimento della specifica missione di servizio pubblico e/o generale che lo stesso diritto comunitario salvaguarda. In tema anche S. Civitaresse Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitaresse Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit., 361, il quale sottolinea come la qualificazione europea dei servizi sanitari in termini di servizi economici tale rimanga per quanto filtrata attraverso l'idea universalistica del servizio sanitario pubblico. Si consideri poi che la Corte di Giustizia assoggetta alle disposizioni del trattato sulla libera circolazione anche i servizi sanitari, e ciò a prescindere dalle modalità della loro organizzazione e del loro finanziamento negli Stati membri. La retribuzione a carico dei fondi sanitari, in sostanza, costituisce fonte di remunerazione degli operatori ed elemento decisivo della natura economica del servizio (*ibid.*, 377). Nel senso del riconoscimento del carattere di attività economiche ai servizi sociali v. altresì M. D'Angelosante, *Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato*, *ibid.*, 390 e 422.

⁵³ Come correttamente nota E. Menichetti, *Il Servizio sanitario nazionale ed il sistema integrato dei servizi sociali tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, Giuffrè, 2002, 225, nt. 37, i "privati" cui si riferiscono gli artt. 8-bis e ss. del d.lgs. n. 502/1992 svolgono attività economica ai sensi dell'art. 41 Cost., a differenza dei soggetti impegnati nei servizi sociali, la cui attività ricade sotto l'art. 38, ult. comma, Cost.

Ma il mercato che viene in tal modo ad emersione, lungi dal poter essere affidato a dinamiche concorrenziali libere e non governate, appare viceversa innervato, necessariamente, da penetranti obblighi di servizio pubblico; obblighi derivanti dalla specificità e dal rilievo (costituzionale e comunitario) del bene-salute, la cui tutela costituisce la *ratio* della presenza pubblica nel settore (tramite il Servizio Sanitario Nazionale ed i Servizi Sanitari Regionali) e della stessa conformazione dell'attività di erogazione alla stregua di servizio pubblico.

Tali obblighi, tipici del SIEG, vengono comunemente individuati in ambito europeo: nella *universalità* del servizio (vale a dire, nella disponibilità del servizio per gli utenti e consumatori finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile); nella sua *continuità* (intesa come fornitura del servizio senza interruzione); nella *qualità* del medesimo (ossia, nella garanzia dell'osservanza di *standards* predeterminati); nella sua *accessibilità* (mediante la fissazione di corrispettivi accettabili da tutti e non proibitivi per nessuno); nella predisposizione di un apparato di *tutela dei consumatori e degli utenti* (cui sono riconosciuti precisi diritti)⁵⁴.

In questa cornice, la specifica caratterizzazione del sistema prestazionale svolto in regime di accreditamento in termini di SIEG appare difficilmente controvertibile. Si può quindi assumere che l'assetto organizzativo dell'accREDITAMENTO sanitario dia luogo, in sé considerato, ad un SIEG nell'ambito di un più esteso servizio, quello sanitario, che nel suo complesso rimane privo di rilevanza economica, inquadrandosi naturalmente nelle tipiche prestazioni del *welfare* o del cd. Stato sociale (trattandosi qui di garantire la soddisfazione di bisogni primari della persona costituzionalmente tutelati, tali da giustificare una disciplina speciale rispetto a quella generale diretta alla promozione della concorrenza)⁵⁵.

⁵⁴ Per questa elencazione cfr. A. Lucchetti, *Servizi di interesse economico generale: il quadro europeo ed il caso italiano*, in *www.astrid-online.it*, 5. Per quanto riguarda il criterio della continuità/non interruzione del servizio, esso non va ovviamente estremizzato, ma va rapportato alle specifiche caratteristiche del modello organizzativo adottato per il singolo servizio, nonché agli assetti programmatori e finanziari che ne sono alla base. Nei riguardi dei soggetti privati accreditati nel settore sanitario, ad esempio, detto criterio opera solo nei limiti in cui le prestazioni richieste trovino copertura nei *budgets* assegnati. La giurisprudenza ha infatti introdotto da tempo alcuni temperamenti in tale direzione, affermando che sugli erogatori privati, a differenza delle strutture pubbliche, non grava l'obbligo di rendere le prestazioni agli assistiti oltre il tetto preventivato: cfr. *ex multis* Cons. St., sez.V, 30 aprile 2003, n. 2253, in *Foro amm.* – *CdS*, 2003, 1333.

⁵⁵ Cfr. E. Ferrari, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986, 169 ss. Ma v. anche G. Raba-

concorrenza ed evidenza pubblica

Giova poi aggiungere che una simile impostazione qualificatoria:

- sembra recepita, in ambito nazionale, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie, come emerge dalla Relazione sui servizi di interesse economico generale del 22 luglio 2009 (redatta ai sensi dell'art. 8 della decisione 2005/842/CE della Commissione europea del 28 novembre 2005)⁵⁶;

- trova rispondenza nella Comunicazione della Commissione Europea COM/2007/725 del 20 novembre 2007⁵⁷ e nel solco definitorio tracciato dalla Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (cd. *Direttiva Bolkestein*)⁵⁸.

glietti, *Sanità pubblica*, in *Nss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, 492, per il quale già da tempo «lo Stato attraverso un'intensa attività sociale ha ripudiato i vecchi crismi che ispirarono lo Stato gendarme e, attraverso varie manifestazioni, ha dimostrato di voler porre la salute pubblica a proprio fondamento».

⁵⁶ Tale documento dedica tutta la sua III Parte al sistema sanitario nazionale, occupandosi anche approfonditamente dei soggetti che lo compongono e degli accreditamenti istituzionali.

⁵⁷ Trattasi della Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni che accompagna la comunicazione «Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo – I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo». Si legge nel documento che i servizi sociali e sanitari «sono estremamente importanti per la realizzazione degli obiettivi fondamentali dell'UE, quali la coesione e la crescita economica, l'inclusione sociale e territoriale, nonché un elevato livello di occupazione. A causa del processo di modernizzazione che vede coinvolti questi servizi, un numero sempre maggiore delle attività svolte quotidianamente dai servizi sociali rientrano ormai nel campo di applicazione del diritto comunitario, in quanto considerate di carattere economico».

⁵⁸ Il Considerando 70 della Direttiva qualifica come servizi d'interesse economico generale quelli «la cui fornitura costituisca adempimento di una specifica missione d'interesse pubblico affidata al prestatore dallo Stato membro interessato. Tale affidamento dovrebbe essere effettuato mediante uno o più atti, la cui forma è stabilita da ciascuno Stato membro, e precisare la natura di tale specifica missione». Il Considerando 72 specifica che «I servizi d'interesse economico generale sono correlati a compiti importanti relativi alla coesione sociale e territoriale». Il Considerando 34, ricollegandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dà conto della recessività della nozione di servizio *non* economico di interesse generale, osservando che la retribuzione – e quindi la caratterizzazione in senso economico – è da ritenere assente solo «nelle attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato senza corrispettivo economico nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario». Dall'applicazione della Direttiva sono comunque espressamente esclusi i servizi sanitari, come stabilito dal Considerando 22 («L'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito della presente direttiva dovrebbe comprendere i servizi sanitari e farmaceutici forniti da professionisti del settore sanitario ai propri pazienti per valutare, mantenere o ripristinare le loro con-

Ciò doverosamente premesso, va ora chiarito che la prospettiva qui condivisa non presenta un rilievo meramente teorico e tassonomico, ma al contrario trascina conseguenze pratiche di estrema importanza in termini di maggiore libertà di disciplina da parte dei legislatori nazionali. Essa, infatti, comporta l'applicazione dell'art. 14 (*ex art.* 16) del Trattato istitutivo della Comunità Europea, oggi Trattato sul funzionamento della UE⁵⁹ che, «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», demanda alle Istituzioni comunitarie ed agli Stati membri il compito di provvedere «affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti»; nonché del successivo art. 106, par. 2 (*ex art.* 86), secondo il quale «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, 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 (...)»⁶⁰.

Come appare evidente da tali disposizioni, in presenza di servizi di interesse economico generale, come quello in questione, non solo appaiono ammissibili deroghe alle regole della concorrenza, quando si giustificano per l'adempimento della “missione” che le imprese affidatarie devono svolgere, ma sussiste altresì un largo margine di autorganizzazione degli Stati membri, sottratto alla stringente applicazione dei principi comunitari sull'evidenza pubblica. In questa direzione non può non rammentarsi, peraltro, l'art. 168, par. 5 (*ex art.* 152) del Trattato sul funzionamento dell'UE, che di-

dizioni di salute, laddove tali attività sono riservate a professioni del settore sanitario regolate nello Stato membro in cui i servizi vengono forniti) e dall'art. 2, par. 2, lett. f). Significativo, nello stesso senso, è il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante «Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno», che – ricalcando l'art. 2, par. 2, lett. f), della direttiva – esclude da suo ambito di applicazione i servizi sanitari e farmaceutici «forniti direttamente a scopo terapeutico nell'esercizio delle professioni sanitarie, indipendentemente dal fatto che vengano prestati in una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione, di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata» (art. 7). In dottrina cfr. F. Costamagna, *Direttiva “servizi” e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Dir. com. e degli sc. int.*, 2009, 111 ss. Per l'attuazione della Direttiva in Italia v. d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, con il commento di L. Camilli, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1239.

⁵⁹ Si fa riferimento alla numerazione della Versione consolidata introdotta a seguito del Trattato di Lisbona.

⁶⁰ Cfr. anche l'art. 8, c. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

segna un'ampia potestà di scelta delle autorità nazionali nella materia sanitaria, prescrivendo che «L'azione comunitaria nel settore della sanità pubblica rispetta appieno le competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica»⁶¹. Né tale aspetto è sfuggito alla giurisprudenza che, al contrario, vi ha fatto esplicito riferimento allorché, occupandosi del regime nazionale di gestione delle farmacie, ha ancorato la potestà organizzatoria nazionale all'esigenza di presidiare il fondamentale valore della salute⁶².

Né, ancora, può ignorarsi quanto puntualmente rilevato in un altro significativo precedente: «Il Trattato CE riconosce agli Stati membri alcune aree di competenza riservata, per le quali il diritto comunitario non può spiegare i suoi effetti. Tra queste rientra l'organizzazione dei propri servizi sanitari e di assistenza sociale. (...) L'ordinamento comunitario, in sostanza, riconosce il diritto alla salute ma "riserva" agli Stati membri l'organizzazione dei relativi servizi che potranno, pertanto, essere conformati secondo

⁶¹ La preminente funzione attribuita dal citato art. 168 agli Stati membri viene correttamente segnalata dal Tar Sardegna, sez. I, 8 febbraio 2011 n. 109, in *Foro amm. – TAR*, 2011, 662, là dove, nel rimarcare l'esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli ordinamenti nazionali in materia di tutela del diritto alla salute, si sottolinea che «La scelta organizzativa di erogare il servizio sanitario attraverso i soggetti accreditati, preliminare alla fase della prestazione dei servizi, si sottrae (...) all'ambito di applicazione dei principi comunitari richiamati dalla ricorrente» (vale a dire, dei principi comunitari in materia di libera prestazione dei servizi e di tutela della concorrenza). L'ampiezza del margine operativo nazionale risulta poi confermata dal *Protocollo sui servizi di interesse generale* accluso al Trattato, che all'art. 1 rimarca «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» ed all'art. 2 precisa che «Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico».

⁶² Affrontando la questione della compatibilità del regime dei servizi farmaceutici con le norme del trattato dell'Unione Europea e con le altre norme comunitarie (in tema di libertà di concorrenza, divieto di abuso della posizione dominante, libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento), il Consiglio di Stato ha ritenuto che «la specialità pubblicistica del regime di diritto interno» possa trovare giustificazione nella peculiare rilevanza che, a livello legislativo, è stata assegnata agli «interessi pubblici di diretta ascendenza costituzionale, primo tra tutti la tutela del diritto alla salute»; il Consiglio ha aggiunto che lo stesso diritto comunitario introduce consistenti limitazioni alla logica concorrenziale per i servizi pubblici privi di «essenziale contenuto economico» e, relativamente ai servizi di interesse economico generale, punta a «consentire l'adempimento della specifica missione di interesse generale loro affidata», come emerge dall'art. 86, ex art. 90, del Trattato UE: così Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4988, in *Rass. dir. farm.*, 2003, 340.

le risorse disponibili ed il livello delle prestazioni che ciascuno di essi riterrà di garantire. Il rapporto tra sistemi nazionali d'assistenza sanitaria e concorrenza è, nel quadro europeo, diversificato. La diversità dei modelli organizzativi dei servizi sanitari nazionali non viene, del resto, messa in discussione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia la cui giurisprudenza, al contrario, afferma che gli Stati possono opzionare come meglio credono il proprio modello organizzativo di assistenza e sicurezza sociale»⁶³.

Ora, tale margine organizzativo che è proprio del SIEG e che sembra confermato nelle più recenti evoluzioni giurisprudenziali⁶⁴ è stato sfruttato dall'ordinamento italiano, relativamente alle prestazioni svolte dai privati accreditati per conto del S.S.N., mediante l'introduzione di un meccanismo abilitativo ispirato – come visto – all'archetipo della concessione di servizio pubblico “aperta” (“idoneativa” e non “selettiva”), il cui fine ultimo è quello di dare vita ad un sistema misto di convivenza tra pubblico e privato⁶⁵.

⁶³ Così Tar Lombardia-Milano, sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891, cit. È lo stesso collegio milanese a fare degli esempi, notando che «in alcuni Stati, la sanità pubblica è finanziata esclusivamente dalle imposte (senza una correlazione diretta tra ciò che il cittadino paga e l'effettiva percezione di prestazioni sanitarie); altrove, sono in vigore sistemi misti finanziati in buona parte attraverso la costituzione di rapporti di tipo assicurativo, supportati sussidiariamente dal ricorso al gettito fiscale (con contributo commisurato allo specifico rischio coperto)». È constatazione acquisita, d'altra parte, che il diritto europeo, là dove pure utilizza la nozione di servizio d'interesse economico generale, ribadisce costantemente il principio secondo il quale l'interesse generale deve essere anzitutto individuato dagli Stati membri, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale. Inoltre la Commissione può censurare le valutazioni degli Stati membri circa la qualificazione dei SIEG solo in caso di errore manifesto: cfr. Tribunale di primo grado UE, 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Olsen c. Commissione*.

⁶⁴ Cfr. Tar Sardegna, sez. I, 8 febbraio 2011, n. 109, in *Foro amm. – TAR*, 2011, 662, ove si afferma che i profili strettamente organizzativi del servizio sanitario sono esclusi da «qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia di tutela del diritto alla salute (si veda il comma 5 dell'art. 168 TFUE)», osservandosi che la scelta organizzativa di erogare il servizio sanitario attraverso i soggetti accreditati, preliminare alla fase della prestazione dei servizi, si sottrae «all'ambito di applicazione dei principi comunitari». E ciò – si aggiunge parenteticamente – anche senza dover «affrontare l'altro problematico aspetto della natura economica, o non, sotto il profilo comunitario, dei servizi di interesse generale, categoria entro la quale sembrano rientrare anche i servizi sanitari».

⁶⁵ Cfr. ancora il Tar Lombardia-Milano, sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891, cit., per il quale il Legislatore ha dovuto confrontarsi da un lato con il «problema della crescente spesa pubblica sanitaria» e, dall'altro, con le «stringenti ragioni di tipo economico» che inducono a sottrarre i servizi sanitari alle forze del libero mercato, «venendo in questione tipologie di “beni” che per le loro particolari caratteristiche non consentono un'allocazione efficiente delle risorse disponibili nell'ambito di un contesto economico di tipo concorrenziale, ma generano, piuttosto, rilevanti casi di fallimento del mercato». Di qui la soluzione compromis-

concorrenza ed evidenza pubblica

Tale impostazione, ammessa dal diritto comunitario originario, si appalesa perfettamente coerente anche con gli indirizzi evincibili dal già menzionato Libro Verde del 2003. Basti rilevare come in tale documento la Commissione Europea, esaminando l'ipotesi in cui «un'autorità pubblica di uno Stato membro» opti per «affidare la fornitura di un servizio di interesse generale a terzi», non abbia assolutamente imposto l'obbligo della gara; ma, ribadendo lo spazio di autorganizzazione anzidetto, abbia soltanto evidenziato la necessità di «rispettare taluni principi e regole per garantire condizioni eque a tutti i fornitori, pubblici o privati, potenzialmente in grado di fornire tale servizio. Questo garantisce che tali servizi siano forniti alle condizioni economicamente più vantaggiose disponibili sul mercato. Nell'ambito di questi principi e norme, le autorità pubbliche hanno comunque la facoltà di definire le caratteristiche del servizio da fornire, comprese quelle relative alla qualità, nel perseguimento degli obiettivi di politica pubblica».

Il sistema italiano di accreditamento appare totalmente in linea con queste coordinate sia per quanto attiene ai *profili efficientistici* della gestione (la minuziosa attività programmatica e di controllo prevista appare rigidamente imperniata su tale finalità), sia per quanto attiene agli aspetti di *garanzia concorrenziale* nei riguardi degli operatori che intendano immettersi nel settore (aspiranti concessionari). È sufficiente considerare nuovamente, sotto tale secondo angolo visuale, che la concessione/accreditamento viene rilasciata in modo non discriminatorio (e perciò a “*condizioni eque*”) a tutti i soggetti che ne facciano richiesta e, nel quadro della programmazione, vantino gli appropriati requisiti (si tratta perciò di tutti gli operatori «potenzialmente in grado» di fornire il servizio)⁶⁶.

Sul punto, pertanto, è stato giustamente rilevato che nel settore in

soria normativamente prescelta, che contempla «elementi di concorrenzialità nella gestione dei relativi servizi, superando il regime rigido monopolio pubblico, ma senza con questo divenire ad un regime puro di mercato». L'attuale «sistema misto pubblico-privato», in ultima analisi, si presenta quale «strumento correttivo correlato alla introduzione di meccanismi di gestione orientati all'efficienza ed alla programmazione delle procedure di erogazione delle prestazioni».

⁶⁶ Come precisato dalla Commissione, se l'atto con cui le autorità pubbliche affidano la fornitura di un servizio di interesse economico generale a terzi non è disciplinato dalle direttive sugli appalti pubblici, tale atto deve nondimeno rispettare i principi che discendono direttamente dal Trattato ed in particolare le disposizioni sulla libertà di fornire servizi e sulla libertà di stabilimento. Queste norme e questi principi comprendono l'equo trattamento, la trasparenza, la proporzionalità, il reciproco riconoscimento e la tutela dei diritti individuali (cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C121/02 in GU-C-121 del 29 aprile 2000).

esame sussiste la garanzia di un contraddittorio ad armi pari e di una competizione non comprimibile dalla possibile prevalenza di un operatore o di pochi operatori; e ciò pur a fronte della sottrazione dei prezzi al libero mercato⁶⁷.

Appare inoltre significativo, proprio nel senso ora indicato, che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella già citata Segnalazione/parere al Senato n. AS175 del 20 maggio 1999, non abbia minimamente posto in discussione il sistema nazionale dell'accreditamento né abbia immaginato una sua sostituzione con un meccanismo di evidenza pubblica. L'AGCM si è semplicemente limitata ad indicare l'opportunità di temperare – in tema di autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali – l'esercizio delle previste valutazioni discrezionali introducendo attività di accertamento fondate su criteri oggettivi, «al fine di assicurare una più ampia tutela della concorrenza tra operatori», oltre ad una maggiore continuità al processo di evoluzione tecnologica e scientifica del nostro Sistema Sanitario.

Invero, nella Segnalazione/parere in questione l'AGCM, pur avallando il sistema dell'accreditamento, non manca di osservare che «criteri di compatibilità finanziaria possono essere presi in considerazione solo per limitare, tramite gli accreditamenti e gli accordi, l'ingresso e la permanenza degli operatori nel settore più ristretto delle prestazioni a carico del SSN (...), mentre non dovrebbero essere utilizzati per limitare, tramite autorizzazioni discrezionali, le possibilità degli operatori di entrare nel settore più ampio delle prestazioni che non gravano sull'erario pubblico».

Nondimeno, queste precisazioni vanno lette *cum grano salis*.

Da un lato, infatti, la compressione della discrezionalità nel rilascio degli atti autorizzatori (dovuta all'esclusione di criteri di indole finanziaria) si spiega proprio in funzione dell'estraneità delle prestazioni autorizzate, in assenza di (successivo) accreditamento, rispetto agli equilibri dei bilanci pubblici. Dall'altro, l'assunto che i «criteri di compatibilità finanziaria» possano costituire un limite agli accreditamenti ed agli accordi non deve suggerire l'idea che i primi e/o i secondi debbano fatalmente essere messi a gara. Infatti, al di là di quanto già rilevato in contrario nel paragrafo 5, soprattutto tenendo conto del dato testuale e della coerenza complessiva del sistema, la lettura più corretta è nel senso che la (in)compatibilità finanziaria costituisca motivo di diniego del provvedimento di accreditamento nell'ambito del singolo procedimento idoneativo di cui si è detto. Soluzione,

⁶⁷ M. D'Angelosante, *op. cit.*, 411.

concorrenza ed evidenza pubblica

questa, derivante dalla semplice constatazione che il buon esito di tale procedimento è pur sempre una conseguenza della programmazione, in cui esso trova le proprie coordinate ed i propri margini decisionali, anche finanziari.

Del resto, negli altri interventi in materia l'AGCM si è sempre astenuta dal suggerire o ventilare il ricorso al sistema della gara pubblica. Ad esempio, nella già citata Segnalazione/parere n. AS145/98 l'Autorità ha sì posto l'accento sull'esigenza di una vera concorrenzialità nel settore, ma a tal fine ha ritenuto sufficiente, in chiara aderenza ai già divisati dettami comunitari:

- che l'utilizzo dell'accreditamento e/o degli accordi si conformi a «criteri equi, oggettivi e trasparenti, quali strumenti di attuazione della facoltà di fornire le prestazioni sanitarie da parte delle strutture che possiedono requisiti adeguati» (ciò che consentirebbe di selezionare operatori attuali e potenziali capaci di offrire, in modo più efficiente, determinati servizi);
- che sussista un «elemento di controllo sull'adeguatezza dei servizi prescritti e prestati, possibilmente ad opera del soggetto pagatore».

Va ancora precisato che l'*Authority* della concorrenza, in tale contesto argomentativo, pur non volendo disconoscere l'eventuale «esigenza di limitare il numero di operatori offerenti a carico del SSN», ha tuttavia esplicitamente rimarcato come a tale finalità, «ove ritenuta necessaria», ben potrebbe sopperire «un meccanismo di selezione delle strutture potenzialmente erogatrici – in quanto accreditate – fondato su criteri di costo in rapporto alla qualità piuttosto che su obiettivi di programmazione formulati da chi è presente anche nell'offerta dei servizi (ASL); in particolare, sarebbero da preferire le strutture erogatrici che, a parità di qualità delle prestazioni offerte, siano in grado di praticare prezzi più competitivi». Il tutto, naturalmente, senza porre in discussione il sistema positivo fondato sull'accreditamento individuale ed articolato mediante l'espletamento di singoli ed autonomi procedimenti ad istanza di parte (anziché su procedure di valutazione e selezione comparativa)⁶⁸.

⁶⁸ E infatti, nella richiamata Segnalazione/parere del 1998 si legge: «La realizzazione di interventi volti ad assicurare parità di condizioni di accesso alle strutture erogatrici che presentano determinati livelli accertati di qualità può tradursi (...) nella individuazione di tariffe più vicine ai costi effettivi di erogazione delle singole prestazioni e, in alcuni casi, anche inferiori a quelle massime attualmente determinate dalle Regioni, con un conseguente più significativo contenimento della spesa sanitaria. Una dinamica concorrenziale che abbia effetto sulle tariffe delle prestazioni sanitarie può, tuttavia, verificarsi solo a condizione che ciascun

8. Conclusioni

Le riflessioni che precedono inducono a ritenere che il vigente sistema normativo – pienamente coerente, come visto, con la disciplina comunitaria – in nessun modo autorizzi il ricorso al meccanismo dell'evidenza pubblica ai fini dell'assegnazione degli accreditamenti su base regionale.

Un'opzione di tal genere da parte di singole regioni non solo non troverebbe ad oggi alcun supporto, diretto o anche solo indiziario, né nel d.lgs. n. 502/1992 né in altri testi normativi; ma apparirebbe collidente con la lettera e con la *ratio* stessa delle norme nazionali introdotte nel 1992, che si fanno ad un modello di sanità:

- fortemente *integrato*, stante l'affiancamento operativo, realizzato su un piede di parità, tra sfera pubblica e sfera privata;
- sostanzialmente *concorrenziale*, nell'ambito di un mercato aperto agli operatori efficienti ed "idonei", difficilmente armonizzabile con meccanismi più o meno dichiarati di restrizione all'ingresso;
- intensamente *programmato*, stante la rigorosa attività programmatica, in particolare per ciò che concerne il fabbisogno territoriale, che precede l'inserimento dei soggetti privati nel Sistema sanitario.

L'attuazione di una simile e così radicalmente differente soluzione nel settore sanitario, pertanto, non potrebbe giammai avvenire a legislazione nazionale vigente, ma richiederebbe un profondo ripensamento del quadro normativo statale; si dovrebbero cioè apportare significativi correttivi e moderazioni al metodo basato sulla stima dei fabbisogni e sulla limitazione delle risorse (da destinare ai privati accreditati, *ex ante* numericamente indeterminati), abbracciando l'idea-principio, oggi disconosciuta nel diritto positivo, di un vero e proprio contingentamento delle concessioni.

Inoltre, alla luce del suseposto panorama normativo e giurisprudenziale, va ancora considerato:

- a) che la tutela della salute rientra tra le materie di competenza legislativa concorrente Stato-Regioni e che in ambito di legislazione concorrente i principi fondamentali sono riservati alla legislazione dello Stato (art. 117, c. 3, Cost.)⁶⁹;

erogatore sia positivamente incentivato, da un lato, al miglioramento dei livelli di qualità per tutelare maggiormente la salute dei cittadini e, dall'altro, al perseguimento di standard più elevati di efficienza».

⁶⁹ Nel senso che l'organizzazione dei servizi sanitari non si atteggi a materia di competenza residuale regionale, inquadrandosi decisamente nella nozione di «tutela della salute» di cui all'art. 117, c. 3 Cost., cfr. M. Belletti, *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" ed "assi-*

b) che tali principi devono essere desunti dalla normativa nazionale, ossia dal quadro legislativo vigente, anche se non espressamente posti dallo Stato a beneficio delle regioni⁷⁰.

Tali notazioni rendono evidente che se il criterio generale o “principio” accolto dal legislatore statale per l’adozione dei provvedimenti di accreditamento è quello che si informa al modello concessorio definito “idoneativo”, le regioni non possono discostarsi da esso, né con legge (che risulterebbe incostituzionale) né tantomeno per via meramente provvedimentoale, rimanendo queste esclusivamente abilitate a porre la disciplina di dettaglio volta a dare concretezza ed applicazione al ridetto modello.

Del resto, appare acquisito che le norme in materia di accreditamento e di accordi contrattuali sono di competenza statale e rappresentano norme di principio destinate, in quanto tali, a vincolare la legislazione regionale in materia: a tale approdo è pervenuta sia la Corte costituzionale⁷¹ sia la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per il Coordinamento

*stenza ed organizzazione sanitaria”. Percorsi di una prevalenza che diviene cedevole, in Le Regioni, 2006, n. 6, 1176 ss. Per questa tesi, radicata nella giurisprudenza costituzionale, v. C. cost., 5 maggio 2006 n. 181, in Giur. cost. 2006, 3; C. cost., 7 luglio 2005 n. 270, in Giur. cost., 2005, 4; C. cost., 19 dicembre 2006 n. 422, in Giur. cost. 2006, 6. La Consulta appare particolarmente esplicita nella sentenza 9 dicembre 2005, n. 437, in Giur. cost., 2005, 6, ove riconduce alla tutela della salute «l’assistenza sanitaria, che già nel vigore dell’originario testo dell’art. 117 Cost. formava oggetto di competenza concorrente». Nei suoi aspetti generali, il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia sanitaria ha formato oggetto di corposa letteratura: senza pretese di completezza si vedano: C. Tubertini, *Stato, Regioni e tutela della salute*, in A. Pioggia, L. Vandelli (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2006, 209 ss.; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002, 95 ss.; A. Celotto, *La materia sanitaria nell’ambito delle competenze legislative regionali del nuovo art. 117 Cost.*, in *L’Arco di Giano*, 2002, n. 32, 31 ss.; R. Balduzzi, *Titolo V e tutela della salute*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, Giuffrè, 2002, 11 ss.; G. Carpani, *I principi fondamentali della tutela della salute nelle indicazioni del Giudice delle leggi*, in Quaderni Formez, *Il governo della salute. Regionalismi e diritti di cittadinanza*, Roma, 2005, 37 ss.*

⁷⁰ C. cost., 29 aprile 2010, n. 150, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1765; C. cost., 25 marzo 2005, n. 120, in *Foro it.*, 2005, I, 2956.

⁷¹ C. cost., 3 aprile 1996, n. 93, in *Giur. it.*, 1997, I, 96; C. cost., 26 maggio 2005, n. 200, in *Giur. cost.*, 2005, 1761; C. cost., 7 novembre 2008, n. 361, in *Giur. cost.*, 2008, 4321; C. cost., 8 luglio 2010 n. 245, in *Giur. cost.*, 2010, 2952; C. cost., 29 aprile 2010, n. 150, in *Giur. cost.*, 2010, 1765. Nelle sentt. nn. 150 e 245 del 2010 si legge che, «se è condivisibile che la competenza regionale in tema di autorizzazione e vigilanza delle istituzioni sanitarie private vada inquadrata nella potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute (di cui all’art. 117, c. 3, Cost.), resta, comunque, (...) precluso alle Regioni di derogare a norme statali che fissano principi fondamentali».

delle Politiche Comunitarie, nella menzionata Relazione sui servizi di interesse economico generale del 22 luglio 2009.

Né varrebbe osservare, in contrario, che il ricorso all'evidenza pubblica potrebbe giustificarsi in vista del contenimento della spesa sanitaria, esso stesso qualificabile come un "principio" della legislazione nazionale. Difatti l'ampliamento della platea dei soggetti accreditati non rappresenta, di per sé, un fattore di accrescimento della spesa (che è predefinita in modo invariabile, conformemente al fabbisogno, a prescindere dal numero degli accreditamenti rilasciati), ma comporta esclusivamente una ripartizione soggettivamente più "estesa" delle risorse regionali destinate, secondo le scelte programmatiche regionali, alla remunerazione delle prestazioni degli erogatori privati.

Per lo stesso motivo – vale aggiungere per scrupolo – una siffatta iniziativa giammai potrebbe trarre validità dalle varie leggi finanziarie succedutesi nel tempo, che pure hanno apportato rilevanti correttivi nella materia; al di là dell'assenza di qualsivoglia addentellato testuale in tali atti normativi, è agevole constatare che le esigenze erariali sono state volta a volta soddisfatte mediante altri e diversi previsioni e meccanismi, talora direttamente incidenti sulle stesse remunerazioni⁷².

Si aggiunga poi, sul terreno sistematico, che l'incremento degli Erogatori "idonei" nell'ambito di un mercato aperto ai nuovi ingressi di operatori efficienti⁷³, e comunque la permanenza di un numero elevato di strutture sui territori di riferimento, oggi assicurato al sistema dell'accreditamento individuale (e viceversa pregiudicato da un meccanismo di contingentamento delle concessioni), ben risponde al complessivo disegno legislativo fatto proprio dalle riforme del 1992 e del 1999. Disegno che, come noto, si ispira a due fondamentali criteri ed obiettivi:

- porre in concorrenza tra loro le strutture accreditate, in modo da abi-

⁷² Si v. ad es. l'art. 1, c. 796, lett. o), l. 27 dicembre 2006, n. 296, ove si prevede che «(...) a partire dalla data di entrata in vigore della presente legge le strutture private accreditate, ai fini della remunerazione delle prestazioni rese per conto del Servizio sanitario nazionale, praticano uno sconto pari al 2 per cento degli importi indicati per le prestazioni specialistiche dal decreto del Ministro della sanità 22 luglio 1996, pubblicato nel supplemento ordinario n. 150 alla Gazzetta Ufficiale n. 216 del 14 settembre 1996, e pari al 20 per cento degli importi indicati per le prestazioni di diagnostica di laboratorio dal medesimo decreto».

⁷³ La notazione non sembri scontata: come altri studi hanno ben evidenziato, l'accreditamento delle strutture private è stato spesso piegato a mezzo di mera conferma dell'assetto provvisorio già esistente; sicché «i privati precedentemente convenzionati, ottenendo l'accreditamento "transitorio" per oltre un decennio, hanno *de facto* sbarrato l'accesso a nuovi concorrenti»: così G. Cerrina Feroni, *Pubblico e privato*, cit., 11.

litare e mantenere in operatività (tramite controlli periodici e sistematici) solo quelle che superino le soglie minime di efficienza e si dimostrino organizzativamente adeguate (cfr. art. 8-*quater*, c. 3, lett. b), e c. 4, lett. c) e d);

- garantire l'effettiva e libera scelta dell'utente in merito all'erogatore cui rivolgersi, come esplicitamente imposto dall'art. 8-*bis*, c. 2, d.lgs. 502/1991 («*I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali*») e come ormai ampiamente riconosciuto sia in giurisprudenza che nel dibattito scientifico⁷⁴.

In questa prospettiva, giova nuovamente richiamare le Segnalazioni/pareri dell'AGCM n. AS145/98 e n. AS175/99, dalle quali traspare un fermo orientamento volto a mantenere il mercato degli operatori perfettamente permeabile all'inserimento di nuovi erogatori onde garantire costantemente le condizioni di massima efficienza del servizio e, correlativamente, la piena libertà di scelta dell'utente⁷⁵.

Al di là del carattere assorbente delle considerazioni che precedono sul piano giuridico-positivo, le conclusioni qui illustrate appaiono altresì confortate da non meno apprezzabili ragioni di opportunità.

L'indizione di gare per l'affidamento di concessioni-accreditamenti darebbe vita, inevitabilmente, ad un vasto contenzioso avanti ai Tribunali Am-

⁷⁴ La libera scelta appare quindi un presidio dotato di particolare resistenza: *ex multis*, cfr. Cons. St., sez.V, 29 aprile 2010, n. 2475, in www.giustizia-amministrativa.it, che colloca senz'altro il principio di libera scelta «alla base del nuovo assetto del sistema sanitario nazionale ad assistenza diretta»; nonché, in dottrina, D. De Carolis, *Potere di scelta e tutela dell'utente nel settore sanitario*, in *San. pubbl.*, 1999, n.6, 783 ss.

⁷⁵ Nella segnalazione/parere AS145 viene infatti rimarcato «l'obiettivo di equiparazione degli operatori sanitari», inteso dall'Autorità «come strumento finalizzato alla realizzazione di un più elevato livello di efficienza nel sistema sanitario attraverso l'introduzione di meccanismi che garantiscano la parità delle condizioni di accesso al mercato di tutti gli operatori». Il valore dell'efficienza è talmente pregnante nella filosofia dell'Autorità che (al di là dei ripetuti richiami ad esso effettuati citato documento) la stessa «programmazione dalle prestazioni erogabili sulla base dei tetti di spesa, individuati per ciascuna struttura operante in regime di SSN», viene giudicata a rischio di inibire «la concorrenza tra gli erogatori delle prestazioni sanitarie, comportando un minore incentivo al miglioramento dei livelli di efficienza e di qualità dell'assistenza erogata». Nella Segnalazione/parere AS175 l'Autorità pone energicamente l'accento sulla necessità di un mercato aperto; viene addirittura messa in discussione la valutazione concernente il fabbisogno, la quale «può comportare che gli operatori già autorizzati siano indotti ad incrementare la loro offerta nell'intento di diminuire il fabbisogno potenziale di assistenza dal quale dipende il numero delle strutture autorizzabili: con l'esito di ridurre le possibilità di ingresso nel settore di operatori più efficienti e, con esse, la libera scelta degli utenti».

ministrativi Regionali ed al Consiglio di Stato i cui effetti potrebbero rivelarsi potenzialmente devastanti per i sistemi sanitari regionali eventualmente interessati. E ciò perché, mentre nel regime attuale l'eventuale sentenza favorevole riportata dal soggetto che si sia visto illegittimamente negare l'accreditamento non incide sull'operatività degli altri Erogatori (ciascuno dei quali gode di un suo legittimo e non contestato titolo abilitativo), al contrario, in un diverso sistema di concessioni contingentate e messe a gara (in applicazione del modello "selettivo"), le conseguenze delle sentenze dei Giudici amministrativi sarebbero ben diverse. Infatti, all'assegnazione della concessione al ricorrente vittorioso dovrebbe corrispondere la caducazione *ab origine* (e magari all'esito di due gradi processuali) del corrispondente provvedimento del controinteressato.

Il che da un lato determinerebbe una somma incertezza circa le sorti della remunerazione delle prestazioni frattanto espletate dall'iniziale aggiudicatario (poi retroattivamente privato del titolo), obbligando l'amministrazione ad una revisione/recupero dei pagamenti frattanto effettuati a carico del S.S.R. (senza contare le complicazioni legate al sovrapporsi ed al susseguirsi delle varie sentenze, magari diversamente motivate o addirittura di segno contrario); e dall'altro esporrebbe la regione a serie e fondate istanze risarcitorie sia del nuovo aggiudicatario, che *medio tempore* non avrebbe potuto svolgere l'attività, sia del vecchio concessionario, che nello stesso periodo avrebbe confidato di svolgerla secondo diritto perché in possesso di un titolo regionale assistito dalla nota presunzione di legittimità.

Va da sé, peraltro, che dette istanze e le susseguenti iniziative giurisdizionali potrebbero risultare causative di danno erariale, dando quindi luogo ad azioni di responsabilità nei riguardi dei funzionari regionali da parte delle competenti Procure regionali Corte dei conti.

Abstract

This essay, through an examination of national and European legislation, questions about possibility of bringing public procedures direct to established credit relationship with private health care providers.

The Author – according to the acquisitions of the predominant administrative jurisprudence and doctrine – asserts that accreditation is a public service concession. The negative response to the aforesaid question is based on the fundamental difference between selective concessions and non-selectivefitting concessions, as well as(?) and on the propositionargument that Italian legal system has made its own the first qualification.

concorrenza ed evidenza pubblica

In this context is also analyzed the relationship between the accreditation and contractual arrangements, supporting that between them – once again under the legislative data and normal practice – is currently not allowed to image any procedural time functional to the providers selection previously accredited, on pain of, among other, frustration of the need for the health services already established at the planning stage.

It should also be clarified that health services are not considered by EU like a “public service” but like services of general economic interest. This assumption, beyond reasons of legislative policy convenience, based more and decisive considerations on the supranational side. It proves that even the European context requires to identify health providers by notices.

GINEVRA CERRINA FERONI

PUBBLICO E PRIVATO NELLA EROGAZIONE
DELLE PRESTAZIONI SANITARIE:
UNA COMPARAZIONE CON LA GERMANIA
E CON LA SVIZZERA

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'oggetto di indagine. – 2. L'istituto dell'accREDITAMENTO in Italia. – 3. Prime considerazioni sull'accREDITAMENTO delle strutture sanitarie in Italia. – 4. L'esperienza tedesca delle *Krankenkassen*. – 5. Erogazione privata delle prestazioni sanitarie in Germania. – 6. AccREDITAMENTO "esterno" in Germania. – 7. Valutazioni di sintesi sul modello tedesco. – 8. Il modello assicurativo svizzero. – 9. Parità pubblico-privato nel settore ospedaliero svizzero. – 10. AccREDITAMENTO esterno e accREDITAMENTO esterno "qualificato" in Svizzera. – 11. Conclusioni.

1. Delimitazione dell'oggetto di indagine

Il tema del rapporto tra pubblico e privato in sanità è molto ampio e può essere analizzato sotto numerosi profili, ciascuno caratterizzato da un elevato grado di complessità. Vi è la questione del diritto della concorrenza¹ che, sotto la spinta della normativa europea, ha avuto negli ultimi anni rilevanti sviluppi con ricadute più o meno incisive nel settore (si pensi in proposito alla famosa sentenza della Corte di giustizia europea del 29 novembre 2007 che ha stabilito che le associazioni di volontariato sono imprese a tutti gli effetti anche se non hanno scopo di lucro e sono quindi soggette alle norme comunitarie in materia di tutela della concorrenza²). Vi è la que-

¹ Sul difficile rapporto tra apertura del mercato nel settore sanitario, necessità di contenimento della spesa pubblica e garanzia della tutela della salute e della libertà di scelta del paziente si veda G. Corso, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. Corso, P. Magistrelli (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, Giappichelli, 2009, 17 ss.

² V. CGCE sent. 29 novembre 2007, C-119/06. La vicenda presa in esame riguardava gli accordi quadro stipulati dalla Regione Toscana e da alcune Aziende sanitarie della stessa Regione. In particolare tra il 1999 e il 2004, le amministrazioni pubbliche avevano siglato un accordo quadro regionale, poi prorogato e successivamente rinegoziato, che vedeva come controparti diverse associazioni di volontariato. L'accordo aveva ad oggetto l'affidamento di

stione dei partenariati pubblico-privati per realizzare progetti infrastrutturali (ad esempio di edilizia sanitaria), ma anche per la stessa gestione di strutture sanitarie. Il tema ha assunto negli ultimi anni un'importanza sempre crescente, che è andata di pari passo con la necessità di contenere la spesa pubblica e contemporaneamente di continuare a garantire reali condizioni di uguaglianza e di accesso alle prestazioni sanitarie da parte dei cittadini³. Vi è poi l'analisi del rapporto pubblico-privato sotto il profilo della organizzazione interna delle aziende sanitarie: si potranno in proposito studiare la distribuzione del potere fra i vari livelli gestionali, o valutare gli effetti dei modelli adottati in termini di *performance* e di efficienza allocativa (quali e quanti bisogni soddisfare, verifica dei costi sostenuti e dei benefici ottenuti con ogni scelta). Si è scelto di affrontare il rapporto pubblico-privato sotto il profilo della erogazione delle prestazioni sanitarie, in modo particolare analizzando l'istituto del cd. "accreditamento" delle strutture sanitarie che operano per conto o a carico del Sistema Sanitario Nazionale: ciò perché in Italia la differenziazione dei modelli di erogazione (e non solo) dà luogo ad un quadro talmente diversificato che non è affatto improprio, anche per il nostro ordinamento, parlare di Stato composto. Anzi, sotto questo profilo – che poi ha immediate ricadute sulla qualità del servizio e dunque sul diritto

servizi di trasporto sanitario. La Commissione europea, nel chiamare davanti alla Corte l'Italia, aveva sostenuto che l'accordo stipulato dalle amministrazioni toscane fosse da considerare un appalto pubblico da affidare in base a regole di evidenza pubblica in ragione della riconducibilità dei servizi oggetto di affidamento nell'alveo delle norme della direttiva 92/50/CEE, oggi confluita nella direttiva 2004/18/CE e quindi da aggiudicare mediante procedura aperta o ristretta.

³ Tuttavia dopo un vero e proprio boom del *project financing* con progetti riguardanti l'edilizia sanitaria che hanno rappresentato il 24% delle gare bandite e il 56% del valore degli appalti (specie negli anni 2004-2005-2006), si è avuto dal 2007 una battuta di arresto con un calo del 7,1% degli investimenti in sanità attivati tramite finanza di progetto. È molto probabile che tale diminuzione derivi dalla crisi ma anche dalla complessità dell'iter di realizzazione dei progetti di PFI, in particolare dai frequenti annullamenti di gare dovuti a vizi procedurali e dalla lentezza del processo di valutazione delle domande. Sembrano sussistere ancora difficoltà oggettive che devono essere eliminate affinché lo strumento della finanza di progetto possa effettivamente essere sfruttato in modo proficuo nel settore sanitario. Cfr. i dati riportati in Finlombarda – Regione Lombardia, *La finanza di progetto nell'edilizia nelle opere di edilizia sanitaria in Italia*, in *PF Focus*, 2009, n. 8, 4 ss.; v. anche Finlombarda, *Osservatorio Finlombarda sul project finance in sanità*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2011. Sulle criticità presentate dall'applicazione di partenariati pubblico-privati in sanità in Italia si veda anche il rapporto dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, *Rapporti pubblico-privato nelle Regioni*, 2007, http://www.agenas.it/agenas_pdf/ricerca_07_pubblico_privato_perrini.pdf.

costituzionale alla salute (gli articoli che entrano in gioco sono, oltre all'art. 32 Cost., l'art. 3, c. 2, e gli artt. 97, 41, 81 Cost.) – il sistema italiano è assai più “federale”⁴ di quanto non lo siano altri ordinamenti tradizionalmente federali, quali ad esempio quello tedesco, a dimostrazione del fatto che è improprio parlare di un unico federalismo. Proprio partendo dall'istituto dell'accreditamento si intende indagare il rapporto pubblico-privato in ambito italiano per poi confrontarlo con quello di alcuni Stati composti come la Germania e la Svizzera. Anche se in questi Paesi non esiste uno strumento analogo a quello dell'accreditamento italiano, l'analisi ha permesso di individuare elementi utili per la comparazione. Il problema della certificazione della qualità nel settore sanitario rappresenta infatti anche qui un tema di grande attualità che ha dato luogo a risposte diverse e invero ancora in divenire. “Qualità” e “*Patientenorientierung*” – che vuol dire “mettere al centro il paziente”, la sua libertà di scelta la quale non può pienamente realizzarsi se non si valorizza e tutela efficacemente il suo diritto ad un'informazione trasparente ed adeguata circa la qualità delle prestazioni offerte – sono ormai diventate le “parole d'ordine” delle politiche sanitarie in questi due Paesi, i quali allo stesso tempo si trovano, come l'Italia, di fronte alla pressante necessità di ridurre la spesa sanitaria pubblica.

Per “accreditamento” nel sistema sanitario si intende in genere una certificazione/un riconoscimento che un Governo o un'agenzia non governativa conferisce agli erogatori di prestazioni sanitarie che soddisfano determinati standards di qualità i quali richiedono un continuo miglioramento nei processi, nelle strutture e nei risultati⁵. Secondo quanto riportato nello studio dell'Osservatorio europeo sui sistemi e le politiche sanitarie *Assuring the Quality of Health Care in the European Union*⁶ (2008) sono molti i Paesi i

⁴ Sulle differenze tra i singoli modelli regionali di organizzazione sanitaria si vedano, tra i tanti, G. Pitruzzella, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1177 ss.; R. Balduzzi (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata: varietà e coesione di un sistema nazionale-regionale*, in *Le Regioni*, 2005, 717 ss. Inoltre, sulla “struttura federale” del sistema sanitario italiano, soprattutto nei suoi risvolti economici, si veda A. Petretto, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli sanitari a confronto*, Torino, Giappichelli, 2011, 83 ss.

⁵ Sulle possibili definizioni di accreditamento si veda Agenzia per i servizi sanitari regionali, *Focus on: L'accreditamento delle strutture e dei servizi sanitari*, in *Monitor*, 2002, n. 2, 12 ss.

⁶ H. Legido-Quigley, M. McKee, E. Nolte, I.A. Glinos, *Assuring the Quality of Health Care in the European Union*, European Observatory on Health Systems and Policies, 2008, 19 ss. Il testo è disponibile sul sito: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/98233/E91397.pdf.

quali hanno optato per forme di accreditamento come strumento di garanzia e promozione della qualità nel settore sanitario (Olanda, Danimarca, Irlanda, Francia, Spagna nelle Regioni della Catalogna, Andalusia e Madrid, Repubblica Ceca etc.). Con esso infatti si realizza una apertura del mercato nell'ambito dell'erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dello Stato e quindi si dovrebbe facilitare lo sviluppo di una forma di concorrenza basata su parametri di qualità⁷. L'istituto nasce negli Stati Uniti come processo di valutazione della qualità delle strutture sanitarie operato da organismi esterni non governativi, ovvero da istituti che riuniscono esperti del settore e dovrebbero quindi garantire una valutazione indipendente e fondata dal punto di vista scientifico⁸. In ambito europeo si è affermata sia questa forma di accreditamento (ad esempio in Olanda, ma anche in Svizzera e in Germania, come vedremo) sia la forma invece "istituzionale" ovvero conferita dai poteri pubblici, come si è avuto ad esempio in Italia, in Catalogna, in Francia. Per quanto riguarda l'accredimento ad opera di istituti esterni, non governativi, si possono distinguere due tipi: quello "controllato" o "qualificato", in cui i poteri pubblici riconoscono solo le certificazioni conferite da determinati istituti o prevedono forme di accreditamento degli organismi accreditanti (come in Svizzera per l'accredimento esterno specializzato), sia quello "incontrollato" che vede un moltiplicarsi di centri di accreditamento della qualità non coordinato e privo di qualsiasi riconoscimento a livello istituzionale (come è avvenuto in parte in Svizzera, ma anche in Germania).

2. L'istituto dell'accredimento in Italia

L'istituto ha avuto in Italia un'applicazione estremamente controversa, data dalla difficoltà di trovare uno stabile equilibrio tra i diversi interessi in gioco: quelli degli utenti e della loro "libertà di scelta" delle cure; quelli della pubblica amministrazione (primo fra tutti la necessità di contenere la spesa

⁷ Sul rapporto tra concorrenza e accreditamento nel settore sanitario in Italia si veda E. Sticchi Damiani, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, n. 9, 929 ss.

⁸ Per brevi accenni alla evoluzione storica dell'istituto e una sintetica panoramica su alcuni Paesi europei che l'hanno adottato si rimanda a Agenzia per i servizi sanitari regionali, *Focus on: L'accredimento delle strutture e dei servizi sanitari*, cit., 12 ss.; v. anche E. Jorio, *L'accredimento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, n. 2, 151 ss., spec. 154;

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

sanitaria pur nel rispetto dei principi del buon andamento della pubblica amministrazione e dell'interesse pubblico); quelli delle imprese private e dei professionisti, portatori di un diritto d'impresa loro riconosciuto dalla costituzione e quindi della pretesa a concorrere in condizioni di parità o quasi-parità all'erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dello Stato⁹.

Nel regime inaugurato dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, che istituiva il Servizio Sanitario Nazionale, i privati svolgevano un ruolo del tutto marginale rispetto alla rete pubblica¹⁰. Il legislatore del 1978, infatti, prendendo atto del fatto che le strutture pubbliche non sarebbero state in grado in taluni casi di permettere il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi posti dalla legge stessa, assegnava in linea di principio ai privati una funzione di integrazione e supporto delle unità sanitarie locali da svolgersi sulla base di apposite "convenzioni", da stipulare al fine di colmare eventuali lacune del sistema pubblico rispetto al fabbisogno di assistenza programmato. Tali convenzioni, pur essendo "accordi" tra la pubblica amministrazione e i privati operanti in un settore di pubblico interesse, erano unicamente funzionali alla pianificazione del SSN e imponevano quindi una determinata disciplina dell'organizzazione e dell'attività ai soggetti privati limitandone enormemente la libertà. Si trattava di un sistema di tipo concessorio in cui il numero dei soggetti privati coinvolti era molto limitato e che *de facto* rendeva estremamente difficile (se non impossibile in alcune Regioni) ottenere una nuova concessione. È evidente che tale sistema, che escludeva ogni tipo di mercato concorrenziale, non lasciava spazio né alla libertà di impresa dei soggetti privati né alla libertà di scelta degli utenti.

Il sistema dell'accreditamento venne introdotto nel 1992 con il riordino del sistema sanitario attuato dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e dal suo correttivo, il d.lgs. 15 dicembre 1993, n. 517, i quali, rompendo nettamente con l'impostazione passata, miravano a creare un mercato delle prestazioni specialistiche e ospedaliere potenzialmente aperto, ovvero

⁹ Cfr. sul punto G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, in *Sanità pubblica e privata*, 2000, 19 ss.

¹⁰ Sull'evoluzione normativa relativa al rapporto pubblico privato in sanità a partire dalla legge n. 883/1978 si veda G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, cit., 21 ss.; più specificamente, sull'evoluzione del quadro normativo relativo all'accreditamento delle strutture sanitarie v. A. Oneto, *Problemi transitori riguardanti la normativa in materia di autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, n. 7-8, 829 ss.; C. Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari – Contributo alla nozione di diritto pubblico*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2004.

un sistema concorrenziale semi-liberalizzato che ponesse al centro la libera scelta degli utenti e quindi riconoscesse alle strutture private un ruolo non più sussidiario ma tendenzialmente paritetico rispetto a quelle pubbliche. Tra le riforme introdotte dal d.lgs. n. 502/1992¹¹, rileva quella prevista dall'art. 8 il quale, nella sua versione originaria, dettava disposizioni per il superamento del sistema delle convenzioni e il passaggio ad un sistema basato sull'accREDITAMENTO. Esso estendeva l'obbligo di autorizzazione anche alle strutture pubbliche (la l. n. 833/1978 invece prevedeva l'obbligo di autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie solo per le strutture private), e prevedeva l'emanazione di un Atto di indirizzo e coordinamento per la definizione dei «requisiti strutturali, tecnologici e amministrativi minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie e per la periodicità dei controlli sulla permanenza dei requisiti stessi», Atto che vedrà la luce solo cinque anni più tardi, con il d.P.R. 14 gennaio 1997.

Se il d.lgs. n. 502/1992 stabiliva che le Usl ricorressero alle istituzioni private accreditate «a integrazione delle strutture pubbliche» – espressione già mitigata nel correttivo del 1993 con quella di «sulla base di criteri di integrazione» – e quindi prevedeva ancora per i privati un ruolo di sussidiarietà rispetto alle strutture pubbliche, con la l. 23 dicembre 1994, n. 724 (finanziaria per il 1995), si arrivò, almeno in via teorica, ad una totale parificazione tra strutture pubbliche e private. La legge infatti sanciva un vero e proprio «diritto all'accREDITAMENTO» – diritto all'accREDITAMENTO di tutte le strutture in possesso dei requisiti minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie (quindi di tutte le strutture autorizzate) – e stabiliva che la «libera scelta da parte dell'assistito si esercita nei confronti di tutte le strutture e dei professionisti accreditati dal Servizio sanitario nazionale in quanto risultano effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente e accettino il sistema della remunerazione a prestazione» (art. 6, c. 6, l. n. 724/1994). Con l'accREDITAMENTO, dunque, le strutture potevano automaticamente operare a carico del SSN. Quanto ai soggetti già titolari di convenzioni (secondo il “vecchio sistema” inaugurato dalla l. n. 833/1978) l'art. 6, c. 6, l. n. 724/1994 prevedeva che questi fossero in via transitoria, per il biennio 1995-1996, automaticamente, ovvero *ope legis* accreditati (una transitorietà che invece si è estesa per oltre dieci anni, fino al 2007/08). Tale

¹¹ Sulla riforma del SSN iniziata nei primi anni Novanta si vedano, tra i tanti, G. Ciglione, *Diritto sanitario*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2003; R. Giorgetti, *Legislazione e organizzazione del servizio sanitario*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2010; G. Barcellona, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema delle convenzioni a quello dell'accREDITAMENTO*, in *Sanità pubblica e privata*, 1998, 113 ss.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

contesto normativo ha trovato conferma nella sentenza della C. cost. 28 luglio 1995, n. 416, secondo la quale: «l'accreditamento è una operazione da parte di una autorità o istituzione (nella specie Regione), con la quale si riconosce il possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti (cd. *standards* di qualificazione) e si risolve, come nella fattispecie, in iscrizione in elenco, da cui possono attingere per l'utilizzazione, altri soggetti (assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie)». Viene così riconosciuto un vero e proprio "diritto all'accreditamento" delle strutture in possesso dei requisiti necessari, escludendo in radice una scelta discrezionale (se non quella tecnica) della P.A. ed ancorando l'accreditamento al possesso di requisiti prestabiliti (strutturali, tecnologici e organizzativi minimi, a tutela della qualità e della affidabilità del servizio-prestazioni, in modo uniforme a livello nazionale per strutture erogatrici). «L'accreditamento,» continua la Corte, «una volta effettuato da organo regionale, non esclude, ma anzi presuppone il potere-dovere della Regione di svolgere i controlli e le verifiche che i soggetti accreditati permangano effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente ed osservino l'obbligo assunto di accettare il sistema della remunerazione a prestazione. Infatti il potere di controllo e la verifica da parte della Regione persistono in quanto le anzidette due condizioni sono il presupposto necessario della facoltà di libera scelta da parte dell'assistito».

L'accreditamento si configura dunque, inizialmente, come un atto necessario e sufficiente a costituire il rapporto di servizio pubblico. In altri termini, esso diventa una sorta di autorizzazione che rimuove il limite al diritto di erogare prestazioni sanitarie per conto del SSN. Un atto dovuto, posto che siano rispettati determinati requisiti di qualità, che comporta l'iscrizione del soggetto accreditato in elenco da cui possono attingere altri soggetti. Lo scopo principale dell'istituto è dunque in origine quello di garantire standards di qualità e, sulla base di essi, rendere possibile l'apertura del mercato sanitario alle imprese private.

Questo sistema però non ha mai veramente funzionato, o comunque ha avuto una applicazione anomala. Già con le finanziarie del 1996-1997-1998 la natura dell'atto di accreditamento subisce una notevole trasformazione poiché si attribuiscono alle Regioni ampi poteri in sede di programmazione del fabbisogno di assistenza sanitaria e di determinazione dei relativi limiti massimi di spesa¹². Tale normativa, invece che proseguire nella

¹² G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, cit., 30 ss.

direzione dell'apertura del mercato e della parificazione, ha segnato una vera e propria battuta d'arresto. Basti dire che le nuove disposizioni di stampo dirigistico tornano ad attribuire un ruolo preponderante alla programmazione, alla fissazione dei tetti di spesa, alla preventiva determinazione e suddivisione delle prestazioni da erogare da parte dei diversi soggetti, ecc. Con riguardo all'accreditamento, la conseguenza di tali disposizioni è che esso diventa un atto caratterizzato non solo da discrezionalità tecnica ma anche da ampia discrezionalità amministrativa. Esso viene infatti subordinato non solo alla verifica del soddisfacimento dei requisiti di qualità, ma anche ad una scelta discrezionale da parte della pubblica amministrazione cui spetta il compito di concedere l'accreditamento anche sulla base di una valutazione del fabbisogno di servizi sanitari nel territorio e della funzionalità della struttura sanitaria in questione rispetto alla programmazione regionale¹³.

L'impostazione delle finanziarie sopracitate viene ripresa e confermata nel d.P.R. 14 gennaio 1997, con il quale è stato approvato l'Atto di coordinamento e indirizzo in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie delle strutture pubbliche e private. Si afferma, in primo luogo, che autorizzazione e accreditamento sono due atti ben distinti; in secondo luogo, si specifica che l'accreditamento si può ottenere solo se si possiedono requisiti ulteriori rispetto a quelli minimi per l'autorizzazione e *nel rispetto della programmazione regionale*. L'autorizzazione costituisce il primo presupposto per erogare prestazioni sanitarie per ogni soggetto. L'accreditamento rappresenta un momento successivo e va richiesto alla propria Regione da parte dei soggetti già autorizzati che intendano agire per conto del SSN. Il d.P.R. 14 gennaio 1997 conferisce alle Regioni il compito di determinare gli *standards* di qualificazione che costituiscono i "requisiti ulteriori" (si intende rispetto a quelli necessari per l'autorizzazione) per l'accreditamento entro un anno dall'emanazione del decreto, nonché il compito di definire le modalità per la richiesta di accreditamento, la sua concessione e la revoca dello stesso, così come per la verifica triennale circa la permanenza dei requisiti necessari per l'accreditamento. Il decreto detta anche i criteri generali cui le Regioni devono attenersi nel determinare tali requisiti e specifica in primo luogo che esse devono assicurare che l'accreditamento della singola struttura sia «fun-

¹³ Sul punto e in particolare sugli aspetti problematici connessi alla discrezionalità dell'accreditamento si veda A. De Michele, *Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale di case di cura private*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, n. 1, 15 ss., spec. 20 ss. Cfr. anche G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, cit., 40 ss.

zionale alle scelte di programmazione regionale, nell'ambito delle linee di programmazione nazionale» (art. 2, c. 5). L'accreditamento deve dunque essere rilasciato a seguito di una verifica non solo del possesso da parte delle strutture in questione di determinati requisiti di qualità, ma anche sulla base della funzionalità alle scelte di programmazione regionale. Proprio da questo stretto legame tra pianificazione regionale e accreditamento deriva la natura discrezionale di quest'ultimo¹⁴. Inoltre, lo *status* di soggetto accreditato comporta solo la *possibilità* di erogare prestazioni a carico del sistema pubblico ma non l'automatico diritto a farlo che invece presuppone la stipula di specifici accordi negoziali (art. 2, c. 7)¹⁵. Il d.P.R. 14 gennaio 1997 è stato impugnato per eccesso di delega innanzi al Tar Lazio il quale, con la sentenza 26 gennaio 1998, n. 2897, ha accertato la mancata legittimazione del Governo a definire i criteri cui avrebbero dovuto attenersi le Regioni nella determinazione dei requisiti per l'accreditamento annullando le parti del decreto che enunciavano tali criteri e sancendo la piena competenza, in materia, delle Regioni. Tuttavia molte Regioni, tra il 1998-2001, hanno iniziato a disciplinare la materia dell'accreditamento secondo le linee indicate dal d.P.R. del 1997 senza tener conto della sentenza del Tar Lazio né della successiva evoluzione legislativa. Vi è stata quindi una "discrasia"¹⁶ tra la regolamentazione regionale, che faceva riferimento alla disciplina del 1997, e l'evoluzione del riferimento normativo nazionale, in particolare la cd. "riforma *ter*" attuata con il d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229. Tale decreto, che comunque consolidava la linea di sviluppo iniziata con le finanziarie del 1996, 1997 e del 1998, confermava il cd. "sistema delle tre A" (autorizzazione, accreditamento, accordi)¹⁷ e la funzionalità dell'accreditamento alla programmazione regionale (art. 8-*quater*, c. 1 e 2) e introduceva, al c. 7 dell'art. 8-*quater*, una nuova tipologia di accreditamento detta "provvisoria" (da non confondersi con quella "transitoria" relativa ai soggetti precedentemente convenzionati) che poteva essere concessa per il «tempo necessario alla verifica del volume di attività svolto e della qualità dei suoi risultati». Inoltre il decreto prevedeva all'art. 8-*quater*, c. 3, l'emanazione di un nuovo Atto di in-

¹⁴ Sul punto si veda C. Corbetta, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina*, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, n. 1, 7 ss.

¹⁵ Sul punto si veda E. Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, cit., 168 ss.

¹⁶ Di tale "discrasia" si tratta in A. Oneto, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *Sanità pubblica e privata*, 2007, n. 5, 17 ss, spec. 23.

¹⁷ Sul sistema della "tre A" v. R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2007, 192 ss.

dirizzo e coordinamento che avrebbe definito i criteri generali uniformi cui le Regioni avrebbero dovuto attenersi per la definizione dei “requisiti ulteriori” necessari all’accreditamento, per la valutazione della rispondenza delle strutture al fabbisogno e della loro funzionalità alla programmazione regionale, infine per le procedure ed i termini per l’accreditamento. Al comma successivo si specificavano i criteri e i principi cui l’Atto di indirizzo avrebbe dovuto ispirarsi (art. 8-*quater*, c. 4, lett. a) – q)). In realtà tale Atto non è mai stato emanato a causa della intervenuta riforma costituzionale del 2001 che ha sancito piena competenza e autonomia regionale in materia¹⁸. Come si vedrà qui di seguito, la mancata definizione di criteri generali uniformi ha portato ad una situazione di grande eterogeneità sul territorio nazionale, per cui le Regioni hanno provveduto a disciplinare l’istituto dell’accreditamento con risultati, tempi e modi di applicazione diversi, incontrando spesso grandi difficoltà nella definizione dei criteri operativi e delle procedure di accreditamento¹⁹.

3. Prime considerazioni sull’accreditamento delle strutture sanitarie in Italia

Ciò premesso, la domanda che ci si deve porre è la seguente. L’istituto italiano dell’accreditamento può essere considerato effettivamente uno strumento di equiparazione tra strutture pubbliche e private sulla base della “qualità” tale da assicurare la concorrenza tra gli erogatori e quindi a realizzare la libertà di scelta del paziente? In primo luogo, come è ovvio, ciò dipende dal modo in cui l’accreditamento è stato attuato. Va subito precisato che ad oggi in Italia pressoché tutti i presidi sanitari pubblici sono stati accreditati. Per quanto riguarda le strutture private, in assoluta minoranza rispetto a quelle pubbliche, tale strumento è stato utilizzato quasi esclusivamente per la conferma dei rapporti esistenti: i privati precedentemente convenzionati, ottenendo l’accreditamento “transitorio” per oltre un decennio, hanno *de facto* sbarrato l’accesso a nuovi concorrenti²⁰. A ciò si aggiunge che, per quanto riguarda l’accreditamento di nuove strutture, il passaggio dal-

¹⁸ Sulle conseguenze della riforma v. L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo*, Milano, Giuffrè, 2005, 44 ss.

¹⁹ Si vedano i dati riportati in Agenzia per i servizi sanitari regionali, *Focus on: L’accreditamento delle strutture e dei servizi sanitari*, cit., 42 ss. e in Id., *Indagine sullo stato di implementazione del percorso di accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie private*, 2010.

²⁰ Cfr. sul punto G. Corso, *op. cit.*, 27.

l'accreditamento provvisorio previsto dal d.lgs. n. 229/1999 (v. *supra*) a quello definitivo è stato estremamente tortuoso. Le Regioni hanno avuto difficoltà nell'attuare le procedure di accreditamento e nel determinare i fabbisogni di salute per la carenza di metodologie scientificamente validate nelle diverse aree di intervento e non sono riuscite a portare a compimento il passaggio all'accreditamento definitivo entro i termini stabiliti per legge – termini che sono stati ripetutamente prorogati²¹. L'accreditamento sembra dunque essersi risolto in una “ratifica dell'esistente”²² e non aver attivato una vera e propria concorrenza tra vecchi e nuovi soggetti²³.

In secondo luogo, l'accreditamento è, come si è detto, il presupposto indispensabile perché un soggetto, pubblico o privato, possa erogare prestazioni per conto del SSN. È una condizione necessaria ma non sufficiente, dal momento che tra i soggetti accreditati possono erogare prestazioni per conto del SSN solo quelli con cui vengono stipulati appositi accordi contrattuali. C'è tuttavia un'importante differenza tra le strutture pubbliche e quelle private. Per le strutture pubbliche l'accreditamento è *de facto* obbligatorio, anche perché l'eventuale mancato accreditamento implicherebbe l'impossibilità di operare *tout court*, poiché esse, anche se gestite tramite soggetti dotati di «autonomia imprenditoriale» (art. 3, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 502/1992 e succ. modifiche e integrazioni) non possono operare se non per conto del e con oneri a carico del SSN. Per le strutture private, invece, l'accreditamento è facoltativo (esse possono scegliere di essere accreditate se desiderano poter operare per conto del SSN), e, in caso di mancato accreditamento, esse possono comunque operare con oneri a carico dei cittadini richiedenti. È ovvio che le strutture pubbliche si trovino in una posizione “protetta”: anche se sono uguali i requisiti richiesti alle strutture pubbliche e private per l'accreditamento, per le pubbliche si configura una vera e pro-

²¹ Cfr. Agenzia per i servizi sanitari regionali, *Indagine sullo stato di implementazione del percorso di accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie private*, cit. Ancora al 2006 il numero di strutture private accreditate in modo definitivo era estremamente esiguo e prevalavano l'accreditamento provvisorio di cui all'art. 8-*quater*, c. 7, d.lgs. n. 229/1999 e soprattutto l'accreditamento “transitorio” valido *ope legis* per le strutture private già convenzionate ai sensi della l. n. 724/1994 che rappresentava il regime di accreditamento maggiormente presente. Per mettere fine a tale situazione la finanziaria 2007 poneva come termine ultimo per il passaggio all'accreditamento definitivo il 1° gennaio 2010. Le Regioni tuttavia, non potendo rispettare tale termine, hanno chiesto un'ulteriore proroga che è stata effettivamente concessa con la finanziaria 2010 la quale ha spostato il termine al 1° gennaio 2011.

²² Così G. Corso, *op. cit.*, 27.

²³ Sul punto si veda anche F. Cintioli, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *op. cit.*, 35 ss.

pria «impossibilità giuridica di fallire (e quindi la mancanza di una sanzione per la loro improduttività)»²⁴. Ciò va a scapito non solo della concorrenza ma anche in parte della credibilità dell'istituto.

In terzo luogo, dubbi di credibilità stanno nel fatto che l'accREDITAMENTO è un potere della P.A. caratterizzato da un'amplissima discrezionalità amministrativa (non solo tecnica). Esso appare quindi come il risultato di una complessa attività programmatrice, condizionata dai limiti di budget, che non può non limitare fortemente l'accesso degli imprenditori privati al mercato e non assicura sufficienti garanzie in merito agli standard di qualità²⁵. Naturalmente con gradi diversi e a seconda del modello regionale considerato²⁶. In Lombardia, ad esempio, tramite le successive modifiche della l.r. 11 luglio 1997, n. 31, sul riordino del servizio sanitario, si è arrivati ad un sistema in cui effettivamente l'accREDITAMENTO non è subordinato al fabbisogno e quindi tutte le strutture che lo hanno richiesto e possedevano i requisiti necessari sono state accreditate, il che ha contribuito a creare una concorrenza di tipo "aperto"²⁷. Ciò ha implicitamente permesso lo sviluppo di un privato di qualità sempre maggiore che si associa alla rilevante dimensione quantitativa da questo assunta (circa un terzo dell'intero sistema sanitario regionale). Tale Regione rappresenta tuttavia un'eccezione rispetto agli altri sistemi sanitari regionali che utilizzano la componente privata ma la collocano nei limiti di una rigida programmazione. Ne è il prototipo il cd. "modello toscano" che si fonda su un'organizzazione della produzione prevalentemente pubblica, fortemente gerarchizzata verso i vertici politici regionali e con spazio ridotto per il mercato e per l'apporto dei privati (con l'eccezione del terzo settore), nonostante i correttivi apportati al sistema con la l.r. 5 agosto 2009, n. 51²⁸.

²⁴ G. Cilione, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)*, cit., 41.

²⁵ Sul punto si vedano E. Sticchi Damiani, *op. cit.*, 943 ss.; A. Oneto, *op. cit.*, 22-23.

²⁶ Sull'applicazione dell'accREDITAMENTO nelle singole Regioni si veda Agenzia per i servizi sanitari regionali, *Focus on: L'accREDITAMENTO delle strutture e dei servizi sanitari. Il sistema previsto dalle normative regionali*, in *Monitor*, 2002, n. 2, 42 ss. Alcuni modelli di accREDITAMENTO regionali sono richiamati anche in C. Corbetta, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accREDITAMENTO nell'attuale disciplina*, cit., 18 ss. Si vedano inoltre i testi dedicati ai singoli modelli sanitari regionali pubblicati in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *op. cit.*

²⁷ Sul modello lombardo si vedano ad es. R. Balduzzi, *La legislazione sanitaria: il modello lombardo*, in *Irer, Lombardia 2005*, Milano, Guerini e Associati, 2005, 85 ss.; W. Locatelli, *L'organizzazione sanitaria in Lombardia*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *op. cit.*, 139 ss.; L. Portera (a cura di), *Modello sanitario della Regione Lombardia*, *ivi*, 183.

²⁸ Quanto alla Toscana, si segnala in proposito, la recente l.r. n. 51/2009 che aggiorna

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

Da ultimo, uno degli aspetti fondamentali affinché lo strumento possa effettivamente assicurare il soddisfacimento di alti standard di qualità, riguarda l'organismo responsabile della verifica dei requisiti di accreditamento: sicuramente il meccanismo dell'accREDITamento ha maggior senso se lo si affida ad un ente terzo *super partes*. Tuttavia, nell'attuale contesto normativo che subordina l'accREDITamento alla programmazione regionale, risulta difficilmente praticabile, almeno per l'accREDITamento istituzionale. In Lombardia, ad esempio, sono stati introdotti sistemi di certificazione internazionali per l'"accREDITamento all'eccellenza" riconosciuto a strutture sanitarie che raggiungano standard di qualità delle prestazioni e dei servizi erogati particolarmente elevati. Si tratta di un progetto della Regione Lombardia in collaborazione con la *Joint Commission International Accreditation*, che è l'organismo della *Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations* o JCAHO (una delle maggiori organizzazioni di accREDITamento americane²⁹) che si occupa della tematica della qualità delle strutture e dei servizi sanitari a livello internazionale e rappresenta un'organizzazione di grande prestigio nell'ambito della certificazione della qualità nel settore sanitario. Nell'ottobre 2009, la JCI ha assegnato a sette ospedali milanesi la prima cer-

il sistema precedente della l.r. 23 febbraio 1999, n. 8. La necessità di una modifica della disciplina del 1998 era stata sottolineata dal PSR 2008-2010 laddove si richiedeva di aggiornare la normativa regionale relativa al sistema di garanzie sulla qualità e la sicurezza delle prestazioni sanitarie a tutela dei cittadini. In particolare veniva auspicato: 1) uno snellimento delle procedure di accREDITamento vista la lentezza di quelle esistenti connessa al sistema del controllo preventivo; 2) un aggiornamento degli strumenti facenti parte del sistema di verifica ritenuti poco adeguati alle innovazioni organizzative introdotte all'interno del sistema sanitario regionale e l'attribuzione delle funzioni di verifica ad organismi tecnici altamente specializzati. La l.r. n. 51/2009 affronta tali problematiche introducendo alcune significative innovazioni. Con riguardo alla procedura d'accREDITamento, le strutture sanitarie private autorizzate che intendano erogare prestazioni per conto del servizio sanitario regionale, e le strutture sanitarie pubbliche devono ottenere l'accREDITamento istituzionale da parte della Giunta regionale. Questo ha una validità di 5 anni e può essere rinnovato. Elemento fondante della procedura è l'*attestazione* da parte del legale rappresentante della struttura del possesso dei requisiti. Si tratta di una sostanziale novità che mira ad ottenere, attraverso l'eliminazione del sistema del controllo preventivo (costituito dall'operare delle Commissioni regionali di accREDITamento), un'importante semplificazione amministrativa della procedura per il rilascio dell'accREDITamento istituzionale consentendo allo stesso tempo una maggiore tempistica. È inoltre previsto che le strutture accreditate siano soggette a periodiche verifiche a campione finalizzate ad accertare la permanenza dei requisiti dichiarati ai fini dell'accREDITamento. Sul modello toscano, v. L. Portera (a cura di), *Modello sanitario della Regione Toscana*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *op. cit.*, 189 ss.

²⁹ Si consideri che attualmente circa l'80% delle strutture di ricovero e cura degli Stati Uniti è accreditato dalla JCAHO.

tificazione a livello europeo per il progetto di assistenza domiciliare ai malati oncologici terminali. Ma siamo appunto al di fuori dell'istituto dell'accreditamento istituzionale, che invece anche in questa Regione continua ad essere di responsabilità della Regione.

Nella Regione Toscana – che pure viene evocata quale modello virtuoso di sistema sanitario – gli strumenti previsti per “sorvegliare” il buon funzionamento del sistema, sono tutti in qualche modo sotto l’egida della politica: sia la *Commissione regionale per la qualità e la sicurezza*, istituita del Consiglio sanitario regionale, che ha carattere permanente e svolge una funzione di consulenza per orientare il sistema di promozione della qualità e sicurezza in ambito sanitario, avvalendosi del supporto tecnico-operativo della Regione; sia l’organo di nuova istituzione denominato *Gruppo tecnico regionale di valutazione*, costituito sulla base dell’*elenco regionale degli esperti valutatori* (del quale si entra a far parte attraverso una procedura selettiva e il possesso di titoli di studio universitario attestanti competenze specifiche), e che valuta i livelli di qualità e sicurezza raggiunti dalle strutture pubbliche e private, con visite a campione³⁰. La l.r. n. 51/2009 contempla anche il cd. «accreditamento di eccellenza» (artt. 34-36): ad adesione volontaria, può essere richiesto da soggetti pubblici e privati già in possesso dell’accreditamento istituzionale. È finalizzato a promuovere processi di miglioramento continuo e, qualora riconosciuto, certifica la presenza di elevati standards di qualità raggiunti in determinati servizi. Tale opera di accertamento viene però ancora svolta dalla *Commissione regionale per la qualità e la sicurezza* che, dopo aver svolto un’analisi valutativa, tenendo particolarmente in considerazione gli elementi richiamati dall’art. 36, c. 3, della legge³¹, esprime il proprio parere vincolante per la Giunta Regionale.

³⁰ Esso: a) organizza e realizza le visite a campione nelle strutture organizzative funzionali che hanno ottenuto l’accreditamento istituzionale per la verifica del possesso dei requisiti dichiarati e del loro mantenimento negli anni successivi; b) organizza e realizza le visite a campione nelle strutture organizzative funzionali che hanno conseguito l’accreditamento di eccellenza; c) organizza e realizza le ulteriori visite, disposte dalla Commissione regionale per la qualità e la sicurezza in conseguenza di eventi sentinella accaduti o per controlli su aree di criticità emerse nelle visite a campione; d) monitora sistematicamente l’andamento dei risultati misurati dal sistema di valutazione regionale nelle strutture organizzative delle aziende sanitarie oggetto di accreditamento sia istituzionale che di eccellenza.

4. L'esperienza tedesca delle *Krankenkassen*

Il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria non viene espressamente sancito nel *Grundgesetz* (GG) ma si ricava dal principio dello Stato sociale contenuto negli artt. 20, c. 1, e 28, c. 1. La sanità non è materia di legislazione esclusiva della Federazione. Si tratta piuttosto di una competenza concorrente tra *Bund* e *Länder*. In particolare, l'art. 74, c. 1, n. 12 GG attribuisce alla Federazione competenza legislativa concorrente in materia di assicurazioni sociali (*Sozialversicherung*) e quindi anche in materia di assicurazione sanitaria. Sono inoltre oggetto di legislazione concorrente la copertura economica degli ospedali e la disciplina delle tariffe ospedaliere (art. 74, c. 1, n. 19a)³², l'autorizzazione all'esercizio della professione medica e di altre professioni sanitarie (art. 74, c. 1, n. 19)³³, ecc.

Il sistema tedesco si fonda su una rete di *Krankenkassen*, che significa letteralmente “casse malati”, ed indica gli “istituti” di assicurazione sanitaria, che possono essere “pubblici” – ed in questo caso si parla di “*gesetzliche Krankenkassen*” – oppure privati, “*private Krankenkassen*” (v. *infra*)³⁴. L'aspetto più interessante, soprattutto per quanto riguarda l'ambito delle prestazioni sanitarie ambulatoriali, è la grande autonomia amministrativa (*Selbstverwaltung*)³⁵ di cui gode il sistema sanitario, per cui molti e importanti compiti

³¹ Si tratta in particolare: a) delle informazioni contenute nell'attestazione o dichiarazione sostitutiva; b) degli elementi di valutazione espressi, per quanto riguarda le aziende sanitarie, dal sistema regionale di valutazione delle performance delle aziende sanitarie toscane; c) dei dati di valutazione in relazione agli indicatori specifici definiti dalla Giunta regionale di cui all'art. 35, c. 2.

³² In quest'ultimo ambito, fino al 1969 il *Bund* non aveva alcuna competenza di legiferare: solo nel 1969, per far fronte alla situazione di crisi in cui versava il settore ospedaliero nei diversi *Länder*, è stato introdotto l'art. 74, c. 1, n. 19a.

³³ A ciò si aggiungono, nell'ambito della legislazione concorrente: le misure contro le malattie infettive dell'uomo o degli animali che rappresentano un pericolo per la collettività, la disciplina delle farmacie e della professione di farmacista, quella dei farmaci e dei prodotti medicinali, la disciplina degli strumenti terapeutici, dei narcotici e dei veleni (art. 74, c. 1, n. 19); la procreazione assistita, l'analisi e la modifica artificiale di informazione genetica nonché la regolamentazione del trapianto di organi, tessuti e cellule (art. 74, c. 1, n. 26).

³⁴ In genere, sul sistema sanitario tedesco, v. J. Alber, *Das Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt a.M., Campus, 1992; più recentemente M. Simon, *Das Gesundheitssystem in Deutschland*, Göttingen, Huber, 2010; G. Igl-F. Welti-A. Hoyer, *Gesundheitsrecht*, München, Vahlen, 2011; E. Nagel (a cura di), *Das Gesundheitswesen in Deutschland*, Köln, Deutscher Ärzte-Verlag, 2007; R. Busse-A. Rieseberg, *Gesundheitssysteme im Wandel – Deutschland*, Kopenhagen, WHO, 2005.

³⁵ Su tale principio si veda estesamente M. Simon, *op. cit.*, 90 ss.

statali non sono né del *Bund* né dei *Länder* ma sono stati in realtà trasferiti agli stessi “attori” del sistema sanitario. Tra questi, i principali sono:

- le *Kassenärztliche Vereinigungen* (abbr. KV), ovvero le associazioni dei medici che possono operare a carico dell’assicurazione sanitaria pubblica (v. *infra*)³⁶ le quali sono enti di diritto pubblico con personalità giuridica propria che, come si vedrà più avanti, svolgono sia compiti statali sia funzioni di difesa degli interessi dei medici che ne fanno parte. L’unione di tale associazioni a livello federale è la *Kassenärztliche Bundesvereinigung* (abbr. KBV);

- le associazioni o unioni di *Krankenkassen* pubbliche a livello di *Land* (*Landesverbände der Krankenkassen*)³⁷ riunite, a livello federale, nello *Spitzenverband Bund der Krankenkassen* (Associazione tetto Federazione delle *Krankenkassen* pubbliche). Sia le *Krankenkassen* pubbliche che le loro associazioni sono “enti di diritto pubblico con personalità giuridica propria”;

- il *Gemeinsamer Bundesausschuß*: si tratta della commissione più importante nell’ambito della gestione del sistema sanitario. È composta da 5 rappresentanti delle *Krankenkassen* pubbliche e 5 rappresentanti degli erogatori di prestazioni (in particolare 2 appartenenti alla KBV, 2 appartenenti alla *Deutsche Krankenhausgesellschaft*³⁸ e uno appartenente all’unione federale dei dentisti che possono operare a carico dell’assicurazione sanitaria pubblica), e tre membri esterni a tali categorie di cui uno presiede la commissione stessa (sono ammessi anche rappresentanti dei pazienti ma non hanno diritto di voto). Le sue decisioni sono vincolanti per le *Krankenkassen* pubbliche, gli

³⁶ Sono in tutto 17, una per *Land* (solo il Nordrhein-Westfalen ne ha 2), e sono riunite, a livello federale, nel *Kassenärztlicher Bundesverband* (Unione delle associazioni dei medici che possono operare a carico dell’assicurazione sanitaria pubblica, d’ora in avanti abbreviato KBV).

³⁷ Le *Krankenkassen* pubbliche si suddividono in: *Allgemeine Ortskrankenkassen* abbr. AOK (casse generali locali); *Betriebskrankenkassen* (casce aziendali); *Innungskrankenkassen* (casce “sindacali”), *landwirtschaftliche Krankenkassen* (casce agricole); *Ersatzkassen* (casce autonome); la *Deutsche Rentenversicherung Knappschaft Bahn-See* (cassa per il settore minerario, marittimo e ferroviario). Anche se alcune di queste denominazioni fanno riferimento a determinate categorie (ad esempio al settore agricolo o marittimo), esse, dal 1996, sono aperte a tutti. Tutte le *Krankenkassen* appartenenti allo stesso gruppo si riuniscono, a livello di *Land*, nel rispettivo *Landesverband* (associazione a livello di *Land*).

³⁸ Si tratta della Associazione federale degli ospedali che riunisce tutte le associazioni di ospedali a livello di *Land* le quali a loro volta sono formate dagli ospedali che sono ammessi ad erogare prestazioni a carico delle *Krankenkassen* pubbliche (v. *infra*). A differenza degli altri organismi sopra elencati, non è un ente di diritto pubblico ma una associazione di diritto privato. Lo stesso vale per le associazioni di ospedali a livello di *Land*. Inoltre tali istituzioni, a differenza degli altri organismi di cui sopra, non hanno la possibilità di imporre direttive o sanzioni ai loro membri.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

erogatori di prestazioni a carico dell'assicurazione sanitaria pubblica e gli assicurati. Tale commissione ha numerose e rilevanti competenze tra cui il compito di concretizzare le disposizioni contenute nel libro V del Codice federale della legislazione sociale (*Sozialgesetzbuch* abbr. SGB), che riguardano appunto l'assistenza sanitaria, dettando direttive (vincolanti) relativamente a numerose materie³⁹.

A tali organismi sono demandate rilevanti decisioni tra cui la determinazione del catalogo delle prestazioni che vengono coperte dall'assicurazione sanitaria pubblica, l'attribuzione di un determinato "punteggio" ad ogni prestazione che è unitario per tutto il territorio federale e sulla base del quale viene poi stabilito il costo della prestazione nei singoli *Länder*, la disciplina dei rapporti contrattuali tra *Krankenkassen* pubbliche e medici che operano a carico di queste ultime, la definizione e la realizzazione delle misure volte a promuovere e garantire la qualità, l'ammissione dei medici ad operare per conto delle *Krankenkassen* pubbliche, la loro retribuzione, ecc.

In genere comunque, e questo è un dato di particolare interesse per la comparazione con l'Italia, si può dire che il sistema sanitario tedesco, dal punto di vista giuridico e amministrativo, sia sostanzialmente unitario su tutto il territorio federale: nonostante si tratti di uno Stato federale, non sono venuti a crearsi diversi sistemi sanitari nei singoli *Länder*, come è avvenuto invece, almeno in parte, nelle nostre Regioni. Questo vale soprattutto per l'ambito ambulatoriale, dove l'autonomia amministrativa si articola sì tramite organismi di rappresentanza regionale, tuttavia secondo direttive comuni e vincolanti stabilite dal *Gemeinsamer Ausschuss* e dalle associazioni federali delle KV e delle *Krankenkassen*. Anche nell'ambito ospedaliero, nonostante le autorità di *Land* abbiano maggiori competenze di tipo legislativo e organizzativo e ogni *Land* abbia quindi una specifica legge sul sistema ospedaliero (*Krankenhausgesetz*), non si rilevano significative differenze di tipo sostanziale e strutturale. Questo non vuol dire che non vi siano disparità a livello regionale, ma si tratta di disparità dovute alle diverse situazioni socio-economiche che caratterizzano i *Länder* e non dovute a differenze sostanziali di "modelli sanitari", ovvero di legislazione e organizzazione.

L'assicurazione sanitaria pubblica è disciplinata a livello federale dal libro V del *Sozialgesetzbuch* e rappresenta la forma assicurativa preponderante

³⁹ Ad es. i programmi e gli standard di qualità per le strutture e i servizi sanitari, l'erogazione delle prestazioni sanitarie, le cure mediche di specifici settori (ad esempio in materia di assistenza alla gravidanza e alla maternità, diagnosi precoce delle malattie, cure dentistiche etc.), i medicinali, la determinazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie, i vaccini, ecc.

in Germania: circa il 90% della popolazione ha una assicurazione sanitaria pubblica; di questi circa il 90% ha assicurazione sanitaria pubblica obbligatoria, mentre ca. il 9-10 % si è assicurato su base volontaria⁴⁰. L'assicurazione sanitaria pubblica è obbligatoria per: tutti i lavoratori dipendenti sotto una certa soglia di reddito (€ 4125 al mese per il 2011), nonché per artisti, studenti, pubblicisti, agricoltori, beneficiari di sussidi di disoccupazione, pensionati (v. art. 5, SGB V). Tutti coloro che non sono tenuti ad avere un'assicurazione pubblica sono comunque tenuti ad assicurarsi o presso un ente assicurativo pubblico o presso un istituto assicurativo privato. In quanto enti di diritto pubblico, le *gesetzliche Krankenkassen* non possono rifiutare chi richieda di assicurarsi presso di loro, a prescindere dalle condizioni di salute e dall'età. Non viene effettuato alcun calcolo del rischio. Il contributo che gli assicurati sono tenuti a pagare dipende dal reddito di ciascuno in quanto ammonta ad una percentuale fissa del reddito imponibile; in ogni caso, indipendentemente dall'entità dei premi pagati, tutti gli iscritti ricevono sostanzialmente la stessa prestazione sanitaria. Fino al 2008 le *Krankenkassen* pubbliche, in virtù della loro autonomia amministrativa, avevano il potere di fissare il contributo che gli assicurati erano tenuti a pagare (*Beitragsatz*). A partire dal 2008, con la creazione del *Gesundheitsfonds* (fondo per la salute, v. *infra*), tale competenza è stata trasferita al Ministero federale della salute il quale ha il compito di fissare i contributi assicurativi in modo unitario per tutte le *Krankenkassen* pubbliche (a loro resta solo il potere di fissare contributi aggiuntivi se non dovessero essere sufficienti i fondi derivanti dal *Gesundheitsfonds*). Con la recentissima riforma operata dalla Legge su finanziamento dell'assicurazione sanitaria pubblica (*GKV-Finanzierungsgesetz*) entrata in vigore il 1 gennaio 2011, il contributo è stato fissato per legge ed è pari al 15,5% del reddito imponibile degli assicurati (art. 241 SGB V)⁴¹.

⁴⁰ V. M. Simon, *op. cit.*, 127.

⁴¹ Fino al 2005 il contributo veniva pagato per metà dal datore di lavoro e per metà dal lavoratore. Dal 2005 si è stabilito che il datore di lavoro paga la metà del contributo diminuito di una percentuale dello 0,9. Quindi dal 1 gennaio 2011, i datori di lavoro sono tenuti a versare il 7,3% e i lavoratori l'8,2% del salario imponibile. Con l'ultima legge di riforma entrata in vigore il 1 gennaio 2011 la percentuale a carico dei datori di lavoro è stata "congelata": eventuali aumenti dei contributi devono essere sostenuti solo dall'assicurato. Contemporaneamente si è stabilito che le *Krankenkassen* pubbliche che non riescano a coprire i propri costi tramite i fondi ricevuti dal *Gesundheitsfonds* possano stabilire contributi aggiuntivi anche superiori all'1% del reddito degli assicurati. Se il contributo supera il 2% allora viene attuato un "*Sozialausgleich*" ovvero una compensazione sociale finanziata dalle riserve del *Gesundheitsfonds* che sono appositamente accantonate nel bilancio federale. Sulla

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

L'intero sistema si regge su un principio solidaristico⁴², vale a dire che il rischio dei singoli viene ripartito tra tutti gli assicurati secondo un sistema di bilanciamento sociale tra poveri e ricchi, malati e sani e tra assicurati tenuti a pagare il contributo assicurativo e assicurati esonerati dal contributo (ad es. i familiari a carico di assicurati, che le *Krankenkassen* pubbliche sono comunque tenute ad assicurare, a differenza di quelle private). Il principio di solidarietà opera non solo all'interno della singola *Krankenkasse* pubblica ma anche tra le diverse *Krankenkassen* tramite lo strumento del *Risikostrukturausgleich*, ovvero un meccanismo di perequazione finanziaria delle *Krankenkassen* pubbliche su tutto il territorio (in modo da aiutare le *Krankenkassen* che coprono territori con popolazione più vecchia, malata ecc.), che a partire dal 1° gennaio 2009 si attua tramite il *Gesundheitsfonds*⁴³. Le *Krankenkassen* riscuotono i contributi dai loro assicurati e li inoltrano direttamente al *Gesundheitsfonds* (in cui confluiscono anche una parte di finanziamenti statali derivanti dalle tasse, ma si tratta di una percentuale molto bassa), che è una sorta di "conto comune" presso la Banca federale, amministrato come patrimonio separato dall'Ufficio federale per le assicurazioni. Dal *Gesundheitsfonds*, i fondi vengono poi ripartiti tra le diverse *Krankenkassen* pubbliche sulla base di determinati criteri e regole (v. artt. 266-272 SGB V). Contemporaneamente si è stabilito che gli istituti di assicurazione sanitaria privata prevedano, in deroga alle regole del libero mercato, una tariffa di base (*Basistarif*) calcolata secondo il sistema delle assicurazioni pubbliche ed entro cui non è possibile né rifiutare assicurati, né differenziare il trattamento in base al rischio (si prevede inoltre che il premio dovuto non possa superare il massimo previsto dalle assicurazioni pubbliche).

Il catalogo delle prestazioni coperte da assicurazione è comune a tutte le *Krankenkassen* pubbliche e viene stabilito a livello federale dal *Gemeinsamer Bundesausschuß*. Gli assicurati pagano il contributo assicurativo e la *Krankenkasse* stipula contratti con gli erogatori con cui questi ultimi si impegnano ad erogare la prestazione agli assicurati e le assicurazioni si impegnano a pagarla sulla base di tariffe prestabilite. In particolare, sono le KV e non i singoli medici a stipulare i *Versorgungsverträge* con le *Krankenkassen* pubbliche, ovvero i contratti atti a garantire e regolare l'erogazione di prestazioni

complessità di tale sistema v. H. Reiners, *Krank und pleite? Das deutsche Gesundheitssystem*, Berlin, Springer, 2011, 146.

⁴² Sul cd. "Solidarprinzip" v. ancora M. Simon, *op. cit.*, 75 ss.

⁴³ Sul funzionamento del *Gesundheitsfonds* e sul finanziamento delle *Krankenkassen* pubbliche si veda U. Becker-T. Kingreen, *Einführung*, in Id. (a cura di), *SGB V – Öffentliches Gesundheitswesen*, München, Beck, 2010, 7 ss., spec. 17.

sanitarie a carico delle *Krankenkassen* pubbliche. Tali contratti, che sono a tutti gli effetti contratti di diritto pubblico, sono contratti collettivi e devono essere stipulati in modo tale da garantire una erogazione di prestazioni sanitarie «sufficiente, proporzionata allo scopo e economica» che sia conforme allo stato dell'arte delle conoscenze mediche e preveda una retribuzione adeguata dei medici (art. 72, c. 2, SGB V)⁴⁴. Essi definiscono inoltre le modalità di retribuzione dei medici della KV interessata. Quando un paziente con assicurazione pubblica ottiene una prestazione sanitaria da un medico autorizzato ad erogare prestazioni per le *Krankenkassen* pubbliche (v. *infra*), questi non paga direttamente il medico. Sarà la *Krankenkasse* pubblica presso cui è assicurato a pagare la prestazione (si tratta del cd. *Sachleistungsprinzip*). Il calcolo delle tariffe si effettua sulla base dell'attribuzione ad ogni prestazione sanitaria di un determinato punteggio il quale viene stabilito in modo unitario su tutto il territorio federale e fissato nello *Einheitlicher Bewertungsstab* o EBM, ovvero il parametro unitario di valutazione delle prestazioni concordato tra le associazioni federali di *Krankenkassen* pubbliche e la KBV.

A partire dal 1996 sono state attuate varie riforme⁴⁵ volte ad introdurre elementi di concorrenza tra le *Krankenkassen* pubbliche, si pensi ad esempio a: l'introduzione del principio della libertà di scelta, in base al quale il cittadino, anche nell'ambito dell'obbligo di contrarre una assicurazione pubblica, può comunque scegliere liberamente presso quale delle *Krankenkassen* pubbliche assicurarsi (precedentemente alcune categorie di lavoratori erano obbligati ad iscriversi ad una specifica *Krankenkasse*); l'introduzione della possibilità per le *Krankenkassen* pubbliche di stipulare contratti diversi con singoli gruppi di erogatori e quindi differenziare la loro offerta; la stessa creazione del *Risikostrukturausgleich* è da considerarsi una struttura pro-concorrenziale volta a mitigare le distorsioni della concorrenza connesse ad una eccessiva disparità tra la composizione degli assicurati di diverse *Krankenkassen*. A seguito di queste misure si sono verificate numerose fusioni di *Krankenkassen* pubbliche le quali sono ad oggi ca. 160. Le *Krankenkassen* pri-

⁴⁴ Fino a poco tempo fa, si avevano effettivamente solo contratti collettivi vincolanti per tutti i medici di una KV e per tutte le *Krankenkassen* pubbliche (all'interno di un *Land*). I recenti sviluppi normativi tuttavia, a partire dal 2007, hanno introdotto anche la possibilità dei cd. *Einzelverträge*, ovvero contratti singoli tra singole *Krankenkassen* e singoli medici o gruppi di essi al fine di promuovere la concorrenza sia tra le *Krankenkassen* che tra gli erogatori (v. artt. 73b e 73c e art. 140a SGB V). Su questi nuovi tipi di contratto v. ad es. ; D. Cassel *et al.*, *Vertragswettbewerb in der GKV*, AOK-Bundesverband, 2006, http://wido.de/fileadmin/wido/downloads/pdf_gesundheitssystem/wido_ges_inhalt-buchvertgswett_0908.pdf.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

vate al 2007 erano 82. Le principali sono tuttavia solo 47 e sono riunite nell'Associazione delle assicurazioni private (*Verband der privaten Krankenversicherungen*)⁴⁶. Le altre sono istituti minori che in genere offrono solo assicurazioni aggiuntive e di supporto ma non assicurazioni complete. Solo il 9% della popolazione ha assicurazione sanitaria privata. In genere il sistema di pagamento delle prestazioni, nell'ambito dell'assicurazione privata, si basa sul *Kostenerstattungsprinzip*, ovvero il principio del rimborso: il paziente paga direttamente l'erogatore della prestazione sanitaria e poi viene rimborsato dall'assicurazione. La questione del rapporto tra *Krankenkassen* pubbliche e private e della realizzazione di una effettiva concorrenza, seppur controllata, sia tra questi due tipi di istituti assicurativi sia tra le stesse *Krankenkassen* pubbliche è estremamente complessa e controversa e non può essere affrontata in questo ambito. Si noti solamente che i numerosi tentativi legislativi che hanno tentato di introdurre una vera e propria concorrenza tra le assicurazioni pubbliche e quelle private non sembrano aver avuto una reale efficacia⁴⁷.

5. Erogazione privata delle prestazioni sanitarie in Germania

In Germania non si pone un problema di concorrenza pubblico – privato nella erogazione di prestazioni sanitarie, poiché gli erogatori, se si ec-

⁴⁵ Un elenco delle principali leggi di riforma del sistema sanitario dal 1992 al 2010 si trova in U. Becker-T. Kingreen, *op. cit.*, 15 ss. L'ultima riforma, alla fine del 2010, è entrata in vigore il 1 gennaio 2011 con il *GKV-Finanzierungsgesetz* (legge sul finanziamento delle *Krankenkassen* pubbliche).

⁴⁶ M. Simon, *op. cit.*, 166.

⁴⁷ Risultati migliori, seppur non ancora del tutto soddisfacenti, si sono avuti invece per quanto riguarda la concorrenza tra le singole *Krankenkassen* pubbliche. V. U. Becker, T. Kingreen, *op. cit.*, 20; J. Beutelmann, *Wettbewerb und Zukunft der PKV*, in P. Oberender (a cura di), *Wettbewerb im Gesundheitswesen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, 59 ss; R. Böckmann, *Quo vadis PKV? Eine Branche mit dem Latein am Ende*, Wiesbaden, VS, 2011. La letteratura sull'applicazione del principio della concorrenza al settore sanitario in Germania è molto ampia. Si vedano, fra i tanti, i contributi pubblicati in P. Oberender (a cura di), *op. cit.*; J. Beutelmann, *Wettbewerb im Gesundheitswesen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010; D. Friedrich, *Solidarität und Wettbewerb in der Krankenversicherung*, Baden Baden, Nomos, 2005; D. Cassel *et al.*, *Vetragswettbewerb in der GKV*, cit.; F. Schulz-Nieswandt, *Wettbewerb in der Gesundheitsversorgung – Wie viel Differenzierung braucht die GKV?*, in *Die Krankenversicherung*, 2006, n. 10, 274 ss.; H. Rebscher, *Möglichkeiten einer wettbewerblichen Differenzierung zwischen den Krankenkassen*, in E. Wille, M. Albring (a cura di), *Versorgungsstrukturen und Finanzierungsoptionen auf dem Prüfstand*, Frankfurt a.M., Lang, 101 ss.

cettua l'ambito ospedaliero, sono nella assoluta maggioranza privati. Per quanto riguarda l'ambito della erogazione di prestazione sanitarie ambulatoriali i medici, anche se operano a carico delle assicurazioni pubbliche, sono lavoratori autonomi e sono quindi in genere tutti "privati" nonostante possano svolgere funzioni di pubblica utilità (quando appunto offrono ai pazienti assicurati presso le *Krankenkassen* pubbliche prestazioni che esse sono tenute a pagare)⁴⁸. Si pensi che l'87,4% dei medici che non operano in strutture ospedaliere hanno stipulato contratti con le *Krankenkassen* pubbliche e sono dunque *Vertragsärzte* ("medici contrattuali"); solo il 5% è rappresentato da "*Privatärzte*" ovvero medici che non hanno stipulato contratti con le *Krankenkassen* pubbliche e che quindi i pazienti devono pagare di tasca propria (o tramite assicurazione privata)⁴⁹. Per quanto riguarda l'ambito ospedaliero, gli ospedali pubblici (di proprietà di Comuni, città o distretti) rappresentano il 30,5% del totale⁵⁰; il 36,5 % delle strutture ospedaliere appartiene invece a istituzioni non-profit, quali la Chiesa cattolica, quella evangelica, la Caritas, la Croce Rossa, Diakonie e altre fondazioni o associazioni senza fini di lucro; il 32,8 % degli ospedali è a titolarità privata. Negli anni Novanta si è verificato un forte aumento degli ospedali privati: nel 1991 rappresentavano solo il 15,2% degli ospedali, al 2007 erano il 29,4% e risultavano quindi quasi raddoppiati ma erano ancora in numero inferiore rispetto a quelli pubblici (32,8%), mentre nel 2010 sono arrivati ad una percentuale maggiore rispetto a quella degli ospedali pubblici. Tale aumento è dovuto soprattutto alla privatizzazione di ospedali pubblici di Comuni e città⁵¹. Questa tendenza sembra proseguire e quindi si prevede che nei pros-

⁴⁸ Sul particolare *status* dei medici contrattuali v. ad es. W. Böcken, *Der Status des Vertragsarztes: Freiberufler oder arbeitnehmerähnlicher Partner im System der gesetzlichen Krankenversicherung*, in H. Maurer-M.E. Geis-D. Lorenz (a cura di), *Staat, Kirche, Verwaltung*, München, Beck, 2001, 1091 ss.; W. Kluth, *Ärztliche Berufsfreiheit unter Wirtschaftlichkeitsvorbehalt?*, in *MedR*, 2005, 65 ss.; H. Sodan, *Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

⁴⁹ Cfr. i dati riportati in M. Simon, *op. cit.*, 183.

⁵⁰ Dati relativi al 2010 forniti dallo *Statistisches Bundesamt* disponibili sul sito <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Krankenhaeuser/Tabellen/Content100/KrankenhaeuserJahreVeraenderung.templateId=renderPrint.psm1> Si noti tuttavia che anche se la percentuale di ospedali pubblici è la più bassa, quella dei posti letto offerti dagli ospedali pubblici è ancora la più alta (244 254 letti su un totale di 502 749, dove i posti letto offerti dagli ospedali di enti non-profit sono 173 457 e quelli degli ospedali privati 85 038).

⁵¹ Sulla tematica v. Aa.Vv., *Die zukünftige Rolle öffentlicher Krankenhäuser im Gesundheitswesen*, in *ZögU*, 2010, 38, 1 ss.; U. Maas-V. Penter, *Die Vielfalt der Krankenhausträger in Deutsch-*

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

simi anni il numero di ospedali privati salirà ulteriormente. Tuttavia la situazione varia molto da *Land* a *Land*⁵².

Per quanto riguarda il settore ambulatoriale ciò che può interessarci, ai fini della comparazione, è la modalità con cui i medici vengono autorizzati ad erogare prestazioni che poi saranno remunerate dalle *Krankenkassen* pubbliche. Si tratta di vedere se ad esempio si possano rinvenire in questo ambito meccanismi di accreditamento analoghi a quelli che in Italia sono necessari affinché determinate strutture sanitarie possano operare per conto e a carico del Servizio Sanitario Nazionale. In Germania non c'è un vero e proprio sistema di accreditamento valido per tutti i medici che intendono operare a carico delle *Krankenkassen* pubbliche. Tuttavia vi sono alcuni aspetti che possono essere di interesse. Un primo punto riguarda la modalità con cui i medici sono ammessi ad erogare prestazioni a carico delle *Krankenkassen* pubbliche. In Germania, infatti, la possibilità di erogare prestazioni sanitarie coperte da assicurazione pubblica dipende sia da requisiti soggettivi relativi al medico richiedente, sia da condizioni oggettive che riguardano il fabbisogno di prestazioni nel territorio di riferimento. Per operare a carico delle *Krankenkassen* pubbliche il medico deve presentare apposita domanda di ammissione alla KV del territorio in cui intende operare⁵³. La KV istituisce uno *Zulassungsausschuß*, ovvero una commissione, formata da rappresentanti della KV e delle *Krankenkassen* pubbliche operanti nel *Land*, responsabile di esaminare le domanda di ammissione. Il principio è analogo a quello dell'accREDITAMENTO nel sistema italiano il quale (se si eccettua la Lombardia), è comunque subordinato alla determinazione del fab-

land – Ein Auslaufmodell?, in *Gesundheitsbarometer*, 2009, 2 ss.; F. Heubel, M. Kettner, A. Manzeschke (a cura di), *Privatisierung von Krankenhäusern*, Wiesbaden, VS, 2010.

⁵² Vi sono *Länder* come lo Schleswig-Holstein, Hamburg, il Mecklenburg in cui prevale la titolarità privata seguita da quella no-profit e dove il numero degli ospedali pubblici è marginale (ad Amburgo solo il 10% degli ospedali è pubblico, mentre nel Mecklenburg-Vorpommern il 28%, contro il 55% di ospedali privati); *Länder* in cui invece la maggioranza degli ospedali è di titolarità pubblica (Baviera, Sassonia, Saarland, Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen) e *Länder* in cui invece prevale la titolarità di enti non-profit (Nordrhein-Westfalen; Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Berlino). Si tratta comunque di dati che vanno interpretati alla luce della equiparazione tra strutture pubbliche, private e non-profit incluse nella pianificazione ospedaliera del *Land*. Si vedano i dati pubblicati in: Deutsche Krankenhausgesellschaft, *Bestandsaufnahme der Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern*, 2009, http://www.dkgev.de/media/file/6174.RS229-09_Anlage_Bestandsaufnahme_2009.pdf.

⁵³ Sulla procedura di ammissione v. S. Bauer, *Gesetzliche Krankenversicherung und die Freiheit der Leistungserbringer*, in *Hallesche Schriften zum öffentlichen Recht*, 2008, n. 8, 17 ss., spec. 26 ss..

bisogno sanitario. La differenza è che in Germania, dal momento che gli erogatori sono tutti “privati”, non si crea quella situazione di disparità tra pubblico e privato che si può rilevare nell’ambito italiano. Inoltre, la determinazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie in ambito ambulatoriale⁵⁴ non spetta ad organi statali ma è demandata alle KV stesse, ovvero alle unioni dei medici che operano a carico delle *Krankenkassen* pubbliche: sono le KV a stabilire, d’accordo con le associazioni di *Krankenkassen* pubbliche a livello di *Land*, con l’ufficio competente di *Land* e sulla base delle direttive dettate dal *Gemeinsamer Bundesausschuß*, il *Bedarfsplan*, ovvero il fabbisogno di prestazioni sanitarie su base territoriale, e quindi a decidere sull’eventuale necessità di ammettere nuovi erogatori o meno. Tuttavia, occorre sottolineare che, anche se in via teorica ogni medico che soddisfi requisiti necessari può diventare *Vertragarzt*, in pratica, nella situazione attuale, è estremamente difficile che un nuovo medico o un nuovo studio possano entrare a fare parte di una KV e quindi erogare prestazioni per le *Krankenkassen* pubbliche⁵⁵. Il mercato risulta dunque sostanzialmente chiuso a nuovi potenziali concorrenti.

Quanto alla verifica sulla qualità delle prestazioni rese, ad eccezioni di alcuni casi, essa non avviene nel momento della selezione dei medici da ammettere al sistema della remunerazione tramite assicurazione pubblica ma successivamente. Il medico che diventa *Vertragarzt* si impegna infatti, obbligatoriamente, ad adeguarsi alle disposizioni relative all’erogazione delle prestazioni contenute nei contratti collettivi stipulati dalla KV di appartenenza con le associazioni di *Krankenkassen* a livello di *Land* e ad attenersi, obbligatoriamente, alle direttive sulla qualità dettate dalla KVB o dalla stessa KV di appartenenza. Ai sensi dell’art. 136 SGBV, infatti, tutti gli erogatori che operano a carico delle *Krankenkassen* pubbliche sono tenuti a garantire e promuovere la qualità delle prestazioni da loro erogate e sono tenuti a prendere parte alle misure e ai programmi volti a garantire la qualità adottati dalle KV. Tale articolo stabilisce inoltre un obbligo ad adottare, nella gestione della propria struttura, un sistema di «*management della qualità*»⁵⁶. Il compito di prendere misure atte a promuovere la qualità dell’erogazione delle prestazioni (e pubblicare annualmente un resoconto relativo a tali misure), ma

⁵⁴ Nell’ambito ospedaliero invece la determinazione del fabbisogno spetta all’Ufficio competente del *Land*.

⁵⁵ M. Simon, *op. cit.*, 181 ss.

⁵⁶ I requisiti di questo *management della qualità* vengono stabiliti tramite convenzione stipulata dall’Unione federale delle *Krankenkassen* pubbliche, dalla KVB o Unione federale delle KV e da altre rilevanti associazioni di medici.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

anche quello di verificare la qualità dell'erogazione tramite prove a campione secondo i criteri per la valutazione della qualità dettati dalle direttive del *Gemeinsamer Bundessausschuß* (art. 136, c. 2) e dalla KBV, spetta alle stesse KV. Al *Gemeinsamer Bundessausschuß* spetta invece il compito di stabilire, tramite direttiva: le misure vincolanti di garanzia della qualità che devono essere prese dagli erogatori di prestazioni sia in ambito ambulatoriale che ospedaliero (solo con riguardo agli erogatori autorizzati); i criteri e gli indicatori atti a valutare la qualità delle prestazioni sanitarie di tipo terapeutico e diagnostico nonché i requisiti minimi di qualità anche con riferimento alle strutture, alle apparecchiature, ai metodi di erogazione (art. 137 SGB V)⁵⁷. Non potendo entrare nel merito della applicazione delle disposizioni del SGBV si dirà solo che gli artt. 136 SGBV sulla promozione e la garanzia della qualità, introdotti già con la riforma del sistema sanitario del 2000, sono stati da più parti criticati in quanto, sancendo l'obbligo per gli erogatori di prendere parte alle misure e ai programmi per il miglioramento della qualità definiti dalle KV e di inserire sistemi di *management* della qualità secondo le convenzioni stipulate dalle associazioni di federali di *Krankenkassen* pubbliche e *Vertragärzte*, introducono un elemento eccessivamente dirigtico non adatto ad una effettiva promozione della qualità⁵⁸.

Un elemento interessante ai fini della comparazione è rappresentato dall'introduzione della possibilità per i *Vertragsärzte* di ottenere aumenti di retribuzione se prendono parte a specifici programmi di qualità. In particolare, l'art. 136, c. 4, SGBV, introdotto nel 2008, prevede la possibilità che le KV, fermi restando i contratti collettivi che regolano l'erogazione delle prestazioni sanitarie, stipulino convenzioni con singole *Krankenkassen* pubbliche o loro associazioni in cui vengono fissati determinati standard di qualità

⁵⁷ Con la riforma del 2004 è stato istituito anche un Istituto per la qualità e l'economicità nel sistema sanitario, il quale risulta autonomo ed esterno sia all'apparato statale (*Bund, Land, Comuni*) sia a quello dell'autonomia amministrativa in materia sanitaria (KV, KBV, *gesetzliche Krankenkassen* etc): tuttavia tale istituto si concentra solo sullo studio scientifico delle cure contenute nel catalogo di prestazioni sanitarie coperte da assicurazione pubblica, sull'efficacia dei medicinali e dei metodi di diagnosi generalmente impiegati etc., ma non ha competenze nell'ambito della verifica del soddisfacimento dei requisiti di qualità da parte di singoli erogatori e strutture.

⁵⁸ Cfr. P.O. Oberender, J. Zerth, *Wachstumsmarkt Gesundheit*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2010, 92. In genere, sulle disposizioni relative alla promozione della qualità nel settore ambulatoriale e ospedaliero v., tra i tanti, P. Axer, *Neue Rechtsinstrumente der Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Versorgung unter Einbeziehung des Koordinierungsausschusses*, in *VSSR*, 2002, 215; C. Schoppe et al., *GKV-Gesundheitsreform 2000 – Neuregelungen zur Qualitätssicherung*, in *Das Krankenhaus*, 2000, 182 ss.

strutturali e di prestazioni, con documentazione elettronica, per determinate prestazioni sanitarie. Si prevede che i medici, i quali dimostrino di soddisfare tali standard, abbiano diritto ad una maggior retribuzione della prestazione in questione ad opera della *Krankenkasse* pubblica. Tale aumento della retribuzione viene compensato tramite una diminuzione del compenso dei medici che non prendono parte al programma di qualità in questione, in modo che alla *Krankenkasse* pubblica non derivino spese aggiuntive; il che potrebbe fare da deterrente e spingerla a non stipulare tali convenzioni. Al momento questa possibilità è stata sfruttata solo in Baviera, dove in realtà un programma di qualità di questo tipo era stato introdotto già prima del 2008 in diversi ambiti (ed è stato proprio su pressioni della Baviera che sono state inserite nel SGB V le disposizioni di cui all'art. 136, c. 4, SGB V). L'unione dei *Vertragsärzte* della Baviera ha elaborato il programma di qualità «prestazioni sanitarie di eccellenza» (*Ausgezeichnete Patientenversorgung*) che riguarda specifiche prestazioni quali ad esempio mammografie, coloscopia, diagnostica prenatale, ecc. Il programma prevede che i medici che intendono ottenere la certificazione di qualità e quindi il marchio “*Ausgezeichnete Patientenversorgung*” siano sottoposti ad un esame (e poi a verifiche periodiche) e si impegnino alla documentazione elettronica delle prestazioni che permetta il monitoraggio continuo della qualità delle stesse. Tali medici ricevono poi effettivamente un onorario maggiore da parte delle *Krankenkassen* pubbliche. Si parla in questo caso di “certificazione” ma il meccanismo è per certi versi analogo a quello dell'accreditamento di eccellenza. La certificazione, oltre a dare un immediato vantaggio economico, dovrebbe avere anche effetti positivi sul mercato, richiamando pazienti, soprattutto tra gli assicurati dalle *Krankenkassen* pubbliche che si trovano ad avere prestazioni di migliore qualità senza che vi siano mutamenti nell'ammontare del contributo versato. Il programma *Ausgezeichnete Patientenversorgung*, cui i medici hanno risposto con entusiasmo, è tuttavia ancora troppo recente perché se ne possano valutare gli effetti⁵⁹.

Un ultimo dato da rilevare riguarda il particolare tipo di concorrenza che si istaura tra gli erogatori ammessi ad erogare prestazioni per le *Krankenkassen* pubbliche: il fatto che per i pazienti con assicurazione sanitaria pubblica sia del tutto indifferente rivolgersi all'uno o all'altro studio medico dal punto di vista delle spese da sostenere (poiché paga direttamente la *Kran-*

⁵⁹ Sulla *Ausgezeichnete Patientenversorgung* si veda A. Munte-I Köster-Steinebach, *Wettbewerb in der ambulanten Versorgung*, in P. Oberender (a cura di), *Wettbewerb im Gesundheitswesen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, 78 ss.

kenkasse pubblica), dovrebbe avere ripercussioni positive sulla concorrenza, ovvero facilitare lo svilupparsi di una concorrenza basata sul principio della “migliore qualità” piuttosto che su quello del “prezzo più basso” (visto che quest’ultimo rimane costante). Il presupposto affinché ciò avvenga è tuttavia che i pazienti dispongano delle informazioni necessarie e degli strumenti per poter valutare la qualità degli erogatori. Studi del settore mostrano che da questo punto di vista il sistema tedesco è ancora deficitario e che la scelta dei pazienti è nella maggior parte dei casi guidata da motivi di comodità (vicinanza, orari di apertura, gentilezza del personale ecc.) perché mancano strumenti per garantire una informazione adeguata circa la qualità delle prestazioni offerte⁶⁰. In questo senso, uno strumento quale quello della *Ausgezeichnete Patientenversorgung* o in genere una forma di accreditamento potrebbe essere funzionale allo svilupparsi di una concorrenza basata sulla qualità.

A differenza di quanto avviene nel settore ambulatoriale, dove l’obbligo di assicurare una adeguata erogazione di prestazioni sanitarie (cd. *Sicherstellungsauftrag*) spetta alle KV, nel settore ospedaliero sono le autorità del *Land* ad avere il compito di garantire il soddisfacimento del fabbisogno di prestazioni sanitarie. I *Länder* hanno il dovere di attuare una pianificazione ospedaliera statale (*Krankenhausplanung*) per determinare il fabbisogno di ospedali e di prestazioni ospedaliere e inserire quindi, a seconda del fabbisogno, gli ospedali necessari e idonei in un *Krankenhausplan* (piano ospedaliero) da aggiornare costantemente. Quando un ospedale viene inserito nel *Krankenhausplan* gli viene trasferito un compito di garantire prestazioni sanitarie definito nel piano stesso. Tutti gli ospedali, sia quelli pubblici che quelli privati o non-profit, possono essere ammessi al piano ospedaliero. Gli ospedali inseriti nel piano ospedaliero del *Land*, che vengono detti *Plankrankenhäuser*, hanno diritto a ricevere finanziamenti dal *Land* stesso a prescindere dalla titolarità dell’ospedale. I pazienti assicurati presso le *Krankenkassen* pubbliche hanno libera scelta tra i *Plankrankenhäuser*. L’ammissione nel piano ospedaliero vale come contratto con le *Krankenkassen* pubbliche per l’erogazione di prestazioni sanitarie: ogni *Plankrankenhaus* è quindi autorizzato ma anche obbligato ad erogare prestazioni per gli assicurati delle *Krankenkassen* pubbliche. A loro volta le *Krankenkassen* pubbliche si impegnano a coprire i costi delle prestazioni erogate dall’ospedale ai propri assicurati. Gli ospedali che non sono inseriti nel piano ospedaliero possono stipulare contratti con le *Krankenkassen* pubbliche, nella fattispecie con le as-

⁶⁰ Ivi, 77.

sociazioni delle *Krankenkassen* a livello di *Land*, per essere ammessi all'erogazione di prestazioni sanitarie a pazienti assicurati da queste: tali ospedali vengono detti *Vertragskrankenhäuser*, ovvero "ospedali contrattuali"⁶¹. I pazienti assicurati presso le *Krankenkassen* pubbliche hanno libera scelta tra gli ospedali del piano ospedaliero e tra quelli "contrattuali" e, dal momento che i restanti ospedali rappresentano una percentuale minima, si può dire che la libertà di scelta sia realizzata quasi completamente⁶².

Ciò che interessa ai fini della comparazione è individuare quali siano i requisiti che gli ospedali devono soddisfare per essere ammessi nel piano ospedaliero oppure per diventare "ospedali contrattuali" e in particolare indagare se le modalità di autorizzazione all'erogazione di prestazioni sanitarie pagate dalle *Krankenkassen* pubbliche possano essere in qualche modo analoghe allo strumento dell'accreditamento nel sistema italiano. Per quanto riguarda i requisiti necessari per essere ammessi nel *Krankenhausplan*, nel SGBV essi non vengono definiti. Anche le leggi sul sistema ospedaliero dei singoli *Länder* (*Landeskrankenhausesetze*), non specificano i requisiti necessari. Lo stesso vale per la legge federale sul finanziamento degli ospedali (*Krankenhausfinanzierungsgesetz*, abbr. KHG, del 20 giugno 1972, ultimo emendamento 17 marzo 2009) federale dove, all'art. 8 si specifica che nella scelta tra diversi ospedali il Ministero competente decida a propria discrezione, tenendo conto dell'interesse pubblico e della *pluralità* di titolari, quali

⁶¹ In Germania gli ospedali generici sono in tutto 1758 di cui 1455 sono inseriti nel piano ospedaliero e rappresentano ca. l'83% del totale; 34 sono cliniche universitarie e 82 sono *Vertragskrankenhäuser* (ca. 5%). Solo il 10% degli ospedali generici (187) non risulta né inserito in un piano ospedaliero né legato alle *Krankenkassen* pubbliche da apposito contratto ma tali ospedali hanno un ruolo marginale, se si pensa che il 98% del fabbisogno di posti letto risulta coperto dai *Plankrankenhäuser* e dalle cliniche universitarie, l'1,5% dai *Vertragskrankenhäuser* e solo lo 0,5 % dai restanti ospedali. Cfr. i dati riportati in Statistisches Bundesamt, *Grunddaten der Krankenhäuser 2010*, Wiesbaden, Statistisches Bundesamt, 2011, 14.

⁶² Teoricamente sarebbe prevista una importante limitazione: nella scelta dell'ospedale, i medici che vi indirizzano i pazienti assicurati dalle *Krankenkassen* pubbliche e i pazienti stessi sono tenuti a tener conto dei registri di ospedali (*Krankenhausverzeichnisse*) redatti dalle associazioni di *Krankenkassen* a livello di *Land* e che elencano in modo comparativo le prestazioni erogate e i loro costi (i quali variano da ospedale a ospedale sulla base dell'*Individualprinzip*). In particolare le *Krankenkassen* esigono che il paziente venga indirizzato all'ospedale più vicino all'indirizzo di residenza. Se nella richiesta di ricovero del medico è indicato un ospedale e l'assicurato sceglie invece di ricoverarsi in un altro, allora gli eventuali costi aggiuntivi che ne possono derivare *possono* essere posti in tutto o in parte a carico del paziente (art. 39, c. 2, SGB V). Tuttavia, nella pratica, tale possibilità non viene mai sfruttata (e comunque si tratterebbe solo dei costi di trasporto) e quindi i pazienti hanno *de facto* libera scelta tra gli ospedali.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

siano gli ospedali più idonei al raggiungimento degli scopi della pianificazione ospedaliera del *Land*. Di particolare interesse è la garanzia del principio della pluralità della titolarità delle strutture ospedaliere, un principio che viene sancito già nell'art. 1 KHG ai sensi del quale nell'attuazione della legge si «deve tener conto della molteplicità degli ospedali» e in particolare garantire la «sicurezza economica degli ospedali privati o di enti non-profit». Tale principio viene ripetuto anche nell'art. 8, c. 2 KHG ai sensi del quale, nella definizione del *Krankenhausplan*, i *Länder* devono garantire un sistema ospedaliero capace di soddisfare il fabbisogno, efficiente ed economico, tenendo conto della necessità di garantire la pluralità dei titolari degli ospedali. Criteri generali per la decisione relativa agli ospedali da includere nel *Krankenhausplan* si ricavano dagli stessi scopi del KHG definiti all'art. 1 e in particolare dallo scopo di garantire l'erogazione di prestazioni sanitarie ospedaliere tramite ospedali che abbiano: capacità di prestazione, economicità e capacità di rispondere al fabbisogno di prestazioni ospedaliere. Tali principi sono stati in parte precisati nella giurisprudenza. Un ospedale dimostra «capacità di prestazione» se riesce ad erogare le prestazioni sanitarie da lui offerte secondo lo stato dell'arte della scienza medica e «altri requisiti di qualità»⁶³ che tuttavia non vengono specificati. Criteri per valutare la capacità di prestazione sono il numero, l'ampiezza e la rilevanza dei singoli reparti, il numero di medici in rapporto ai letti, il numero di letti e la presenza e il tipo di apparecchiature⁶⁴. A tali criteri può aggiungersi in taluni casi quello dello spettro di discipline offerte dalla singola struttura ospedaliera⁶⁵. Non vi sono però veri e propri criteri qualitativi.

Lo stesso vale per la selezione degli ospedali esclusi dal *Krankenhausplan* con cui le *Krankenkassen* possono tuttavia stipulare contratti per l'erogazione di prestazioni sanitarie a pazienti con assicurazione pubblica ai sensi dell'art. 109 SGBV. Il SGBV stabilisce che, nel caso le associazioni di *Krankenkassen* pubbliche a livello di *Land* debbano scegliere tra più ospedali idonei che facciano domanda di erogare prestazioni a carico delle *Krankenkassen* pubbliche, esse devono scegliere, a propria discrezione, l'ospedale che ritengono più adeguato a soddisfare il fabbisogno nel modo migliore e più economico, tenendo conto dell'interesse pubblico e del principio della pluralità di titolari. Non è possibile stipulare tale contratto se l'ospedale non garantisce di poter erogare tutte le prestazioni sanitarie offerte e di poter operare in modo economico e se l'ospedale non è necessario alla luce della determinazione

⁶³ BVerfGE 86, 209, spec. 226.

⁶⁴ BVerwGE 62, 86, spec. 106.

⁶⁵ OVG Münster, Beschl., v. 11.1.1999 – 13 A 2031/98.

del fabbisogno di prestazioni ospedaliere. Non vengono tuttavia definiti criteri di qualità più precisi.

Anche nel settore ospedaliero, dunque, la garanzia della qualità non si esplica nella fase di selezione degli ospedali idonei ad operare per il sistema assicurativo pubblico, come avviene per l'accreditamento italiano, ma viene garantita successivamente. L'art. 135 SGB V vincola infatti tutti i *Plankrankenhäuser* e i *Vertragkrankenhäuser* ad assicurare e sviluppare la qualità delle prestazioni erogate, a prendere parte alle misure di garanzia della qualità e a introdurre nella gestione strumenti di management della qualità⁶⁶. L'art. 137c attribuisce al *Gemeinsamer Bundessausschuß* il dovere di verificare, su richiesta dello *Spitzenverband Bund der Krankenkassen*, della *Deutsche Krankenhausesellschaft* o di un'altra associazione federale dei titolari di ospedali i metodi di diagnosi e cura delle prestazioni di un ospedale che sono a carico delle *Krankenkassen* pubbliche al fine di verificare se essi soddisfino il fabbisogno di prestazioni in modo economico e proporzionato allo scopo sulla base dello state dell'arte della scienza medica. In caso di risultato negativo il *Gemeinsamer Bundessausschuß* emana una direttiva ai sensi della quale la prestazione in questione non può più essere erogata a carico delle assicurazioni pubbliche. Inoltre, ai sensi dell'art. 113 SGB V, le associazioni di *Krankenkassen* pubbliche a livello di *Land*, le *Ersatzkassen* (casse malati autonome) e l'unione delle associazioni di *Krankenkassen* private possono far esaminare l'economicità, le capacità di prestazione e la qualità del trattamento ospedaliero di un ospedale autorizzato da esaminatori indipendenti nominati in accordo con il titolare dell'ospedale in questione. Tra le misure atte a controllare e promuovere la qualità delle strutture ospedaliere operanti a carico dell'assicurazione sanitaria pubblica si ha infine la cd. *externe vergleichende Qualitätssicherung*⁶⁷, ovvero la garanzia della qualità tramite le valutazioni comparative esterne. Anche in questo caso si tratta di una misura da attuarsi a posteriori che consiste sostanzialmente nella raccolta di dati e parametri relativi a tutti gli ospedali autorizzati ad operare per l'assicurazione sanitaria pubblica che permettano di valutare e paragonare la qualità delle strutture e dei servizi offerti. In particolare, l'art. 137, c. 3, nr. 4 SGB V prevede la compilazione di un "rapporto sulla qualità" degli ospedali a scadenza biennale. Il

⁶⁶ Sulle prescrizioni del SGBV relative al management della qualità si veda estesamente A. Schönig, *Öffentlich-rechtliche Instrumente der Qualitätssicherung im stationären Sektor*, Baden Baden, Nomos, 2008, 291 ss.; v. anche C.M. Köck, *Qualitätssicherung/ Qualitätsmanagement im Krankenhaus – Welche Anforderungen kommen auf die Krankenhäuser durch die neuen gesetzlichen Regelungen zu?*, in *Das Krankenhaus*, 2000, 178 ss.

⁶⁷ Sulla "externe vergleichende Qualitätssicherung" si veda A. Schönig, *op. cit.*, 98 ss.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

Gemeinsamer Bundessausschuß, sulla base dell'art. 137a, ha trasferito ad un istituto esterno il compito di redigere tale rapporto, nonché quello di sviluppare gli strumenti e gli indicatori atti a valutare la qualità nel settore sanitario e che possano essere utilizzati, per quanto possibile, per tutti i settori; elaborare la documentazione necessaria; rendere pubblici i risultati delle valutazioni della qualità e delle misure di garanzia della qualità attuate. Si tratta della *BQS GmbH* ovvero la *Bundesgeschäftsstelle Qualitätssicherung GmbH* (Ufficio federale per la garanzia della qualità, s.r.l.), un organismo esterno e indipendente fondato nel 2000 dalla *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, dalla Camera federale dei medici, dalle Associazioni di *Krankenkassen* pubbliche a livello federale e dalla Associazione federale delle *Krankenkassen* private⁶⁸.

6. Accredитamento “esterno” in Germania

È opportuno ricordare che l'accreditamento delle strutture sanitarie non è del tutto assente dal contesto tedesco. Manca, come si è visto, qualsiasi forma di accreditamento “istituzionale”, tuttavia è largamente diffuso l'accreditamento di tipo “esterno”, ovvero conferito da organizzazioni non governative. Molti ospedali, ad esempio, sono accreditati presso la *KTQ GmbH* (*Kooperation für Transparenz und Qualität im Gesundheitswesen*, Cooperazione per la Trasparenza e la Qualità in Sanità S.r.l.) una società a responsabilità limitata che ha elaborato un processo di certificazione della qualità per l'erogazione di prestazioni sanitarie. Altri hanno ottenuto la certificazione della *proCumCert*, una società per l'accreditamento nel settore sanitario, dell'assistenza sociale e dell'istruzione. Altri ancora hanno optato per le certificazioni europee *DIN EN ISO* e *EFQM* (quest'ultima è quella elaborata dalla *European Foundation for Quality Management*). Altri infine hanno optato per l'accreditamento “internazionale” ad opera ad esempio della *Joint Commission International Accreditation* – ad es. *Klinikum Chemnitz GmbH*, *DRK Kliniken Berlin*, *Kreis Krankenhaus Greis GmbH* ecc. In Germania, la certificazione di strutture e servizi sanitari viene dunque condotta in modo non coordinato e incontrollato da istituti non governativi⁶⁹. Il rischio di

⁶⁸ La lista dei rapporti sulla qualità pubblicati finora è disponibile sul sito: <http://www.bqs-qualify.com/online/public/bqs/veroeffentl>.

⁶⁹ U. Zorn, *Zukunft eines qualitätsorientierten Gesundheitswesens aus Sicht der Ärzteschaft*, in N.C. Bandelow et al. (a cura di), *Gesundheit 2030*, Wiesbaden, VS, 2009, 150 ss.

queste forme di accreditamento esterno è quello di una “commercializzazione” dei marchi di qualità e di una mancanza di trasparenza e attendibilità delle certificazioni conferite, dovuta soprattutto alla difficoltà di valutare gli stessi centri accreditanti, le loro metodologie e la loro attendibilità scientifica.

Nel 2007 la Conferenza dei Ministri della salute (*Gesundheitsministerkonferenz*) dei *Länder*, prendendo atto della inefficacia delle disposizioni relative alla garanzia della qualità contenute nel SGBV (v. *supra*), ha deciso di valutare la possibilità di introdurre un procedimento di certificazione unitario e standardizzato a livello federale per tutti gli erogatori di prestazioni sanitarie⁷⁰. Anche in Germania dunque è attualmente in esame la possibilità di introdurre forme unitarie e di accreditamento gestite o quanto meno “controllate” dalla pubblica autorità. Tuttavia, non sono stati ancora presi provvedimenti normativi in proposito anche a causa della forte opposizione delle associazioni di medici secondo i quali affidare la garanzia della qualità al potere politico significherebbe sottoporla a interessi particolari, subordinarla a quelli che sono altri obiettivi primari dell’autorità pubblica – in particolare la limitazione della spesa e il controllo del fabbisogno – e quindi depotenziarla⁷¹.

7. Valutazioni di sintesi sul modello tedesco

Alla luce di quanto illustrato, è possibile affermare che nel sistema sanitario tedesco la libertà di scelta del paziente è tutelata e realizzata molto più che in Italia e che questo dato è strettamente connesso con il coinvolgimento di tipo “paritario” di strutture private nell’erogazione di prestazioni sanitarie. Nell’ambito delle prestazioni sanitarie ambulatoriali, gli erogatori sono quasi unicamente privati e, dal momento che il 90% di essi è autorizzato ad operare per le *Krankenkassen* pubbliche, si può dire che i pazienti assicurati presso le assicurazioni pubbliche abbiano una libertà di scelta quasi completa. Lo stesso vale, seppur in misura minore, per l’ambito delle prestazioni ospedaliere dove solo l’8% degli ospedali non opera a carico delle

⁷⁰ Si veda il documento conclusivo della Conferenza dei Ministri della Salute dei *Länder* del 2007 disponibile alla seguente pagina web: http://www.gmkonline.de/_beschluesse/80-GMK_Sonder-GMK_2007-03-08_TOP1.pdf.

⁷¹ U. Zorn, *op. cit.*, 162.V. anche, sui problemi connessi alle diverse forme di accreditamento in ambito ospedaliero, R. Zimmer, *Krankenhaussektor – Kernbereich der Gesundheitswirtschaft*, in N.C. Bandelow *et al.* (a cura di), *op. cit.*, 165 ss.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

Krankenkassen pubbliche e dove i pazienti, nell'ambito degli ospedali autorizzati (che rappresentano appunto la stragrande maggioranza delle strutture ospedaliere e soddisfano il 98% del fabbisogno di posti letto), possono scegliere la struttura presso cui curarsi, a prescindere dal fatto che essa sia pubblica, privata o di appartenenza di un ente non-profit. Si ricordi inoltre che, anche se i *Versorgungsverträge*, ovvero i contratti che regolano le prestazioni di erogazioni sanitarie, vengono stipulati dalle associazioni delle *Krankenkassen* di un *Land* con gli ospedali o la KV di quel *Land*, la copertura dei costi a carico dell'assicurazione pubblica si ha anche se le prestazioni sanitarie vengono erogate in altri *Länder*. Le comparazioni internazionali relative alla qualità dell'erogazione delle prestazioni sanitarie vedono la Germania sempre al di sopra della media europea. Il problema è che questo sistema sta diventando – così lamentano gli studi del settore e dimostrano tutti i tentativi di riforma che si sono susseguiti nel tempo e che hanno avuto lo scopo, a partire dagli anni Settanta, di limitare i costi del settore sanitario – sempre meno sostenibile dal punto di vista economico. La spesa pubblica nel settore sanitario è in crescita costante: secondo i dati dell'OECD le spese sanitarie in Germania ammontavano nel 2008 al 10,5% del prodotto interno lordo e risultano tra le più alte dei Paesi europei (dopo la Francia, con l'11,2% e la Svizzera con il 10,7; in Italia le spese sanitarie arrivavano, nel 2005, al 9,1% del PIL)⁷². Conseguenza dell'aumento dei costi del sistema sanitario è stato uno straordinario aumento del contributo assicurativo da pagare alle *Krankenkassen* pubbliche che, dal 1970 ad oggi risulta raddoppiato: si è passati dall'8,2% nel 1970 al 15,5% del reddito imponibile. Peraltro, nel 2010, per evitare che il fallimento di importanti *Krankenkassen* pubbliche si è prevista la possibilità per le *Krankenkassen* pubbliche di imporre aumenti al contributo obbligatorio che provocheranno un'ulteriore pressione sui contribuenti.

Nell'ambito ospedaliero i *Länder* sono meno in grado di finanziare gli investimenti necessari nei *Plankrankenhäuser* nonché di sostenere le spese dei propri ospedali e lo stesso vale per le autorità comunali. Nel 2009 il 12% degli ospedali era a rischio insolvenza⁷³. In particolare il 21% degli ospedali comunali, il 10% di quelli degli enti non-profit e solo il 4% degli ospedali privati. Questa situazione, come si è visto più sopra, sta facendo aumentare i casi di privatizzazioni di ospedali comunali, così come quelli di partenariato

⁷² OECD, *Health Data 2010*, disponibile sul sito: http://www.oecd.org/document/0,3746,en_2649_37407_2085200_1_1_1_37407,00.html.

⁷³ V. i dati contenuti in B. Augurkzi et al., *Krankenhaus Rating Report 2011*, in *RWI-Materialien*, 2011, n. 67.

pubblico-privato nel settore ospedaliero. Il ricorso ai finanziamenti privati o la stessa privatizzazione di strutture pubbliche sembrano in questo caso offrire effettivamente una possibile soluzione anche perché, oltre ad attirare capitali, permettono l'adozione di strumenti di management dell'economia privata potenzialmente atti a garantire una maggiore efficienza e un miglior rapporto costi-benefici – fermo restando che anche gli ospedali privati, se inseriti nel *Krankenhausplan*, sono sottoposti al controllo del *Land* e vincolati alle disposizioni del SGB V, del KHG e della legislazione di *Land* in materia ospedaliera. Nell'ambito delle prestazioni ambulatoriali, invece, la particolare struttura del sistema dell'assicurazione sanitaria pubblica tedesca ha fatto sì che le spese siano cresciute a dismisura anche in presenza di un settore di erogazione quasi esclusivamente privato (ma retribuito dalle *Krankenkassen* pubbliche). Da più parti, in letteratura, si mette in evidenza la necessità di una riforma strutturale radicale e si elaborano modelli alternativi atti a garantire un sistema che possa tutelare la libertà di scelta e assicurare una assistenza sanitaria adeguata per tutti e soprattutto sostenibile dal punto di vista economico. Per quanto riguarda infine più specificamente la questione della promozione della qualità, come si è accennato in precedenza, gli strumenti di garanzia della qualità creati con le modifiche al SGB V non si sono rivelati del tutto soddisfacenti. Sono dunque al momento oggetto di studio e di dibattito, sia all'interno del mondo politico che di quello accademico, metodi più efficaci per garantire una maggior qualità delle strutture e dei servizi sanitari e soprattutto metodi attendibili e unitari di controllo e valutazione della qualità⁷⁴; tra questi la soluzione dell'accreditamento è ancora oggetto di studio e, almeno nel caso bavarese, di sperimentazione.

8. Il modello assicurativo svizzero

Il sistema sanitario svizzero è un sistema di tipo assicurativo ma presenta rilevanti differenze rispetto al sistema tedesco⁷⁵. In primo luogo nasce, fin dagli inizi, come sistema assicurativo basato sulla concorrenza di mercato,

⁷⁴ È questo quanto emerge ad esempio dal recente volume *Qualitätssicherung 2030* che raccoglie numerosi contributi sull'argomento redatti sia dagli esponenti del mondo politico, sia da rappresentanti degli istituti di assicurazione, delle associazioni di medici e non in ultimo del mondo accademico sul tema della garanzia della qualità nel settore sanitario. N.C. Bandelow *et al.* (a cura di), *op. cit.*

⁷⁵ Per uno studio comparativo sul sistema sanitario svizzero e quello tedesco si veda: H. Rebscher, S. Kaufmann (a cura di), *Gesundheitssysteme im Wandel*, Heidelberg, Economica, 2009.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

con un'assicurazione sanitaria obbligatoria per tutti, ma offerta indifferentemente da enti di diritto pubblico o di diritto privato in concorrenza tra loro. In secondo luogo, il sistema svizzero si caratterizza per una forte decentrazione ed un largo grado di autonomia locale che hanno portato alla creazione di sistemi sanitari diversi nei 26 Cantoni⁷⁶. Infatti le norme di organizzazione e pianificazione ospedaliera, la prevenzione e la promozione della salute, le norme sull'offerta e sul finanziamento dei servizi sanitari ricadono nella competenza dei Cantoni, così come la regolazione delle professioni medico-sanitarie, non essendo incluse nell'elenco delle competenze della Confederazione⁷⁷. Di qui deriva, almeno in parte, la grande eterogeneità della normativa cantonale la quale ha generato, anche alla luce delle limitate dimensioni del territorio federale e soprattutto di alcuni Cantoni, non pochi problemi di coordinamento, organizzazione e non in ultimo di equità nel finanziamento della spesa sanitaria⁷⁸. Ciò ha reso a lungo tempo difficile lo sviluppo di politiche nazionali coerenti e la creazione di mercati più ampi per gli erogatori di prestazioni sanitarie e per gli istituti di assicurazione⁷⁹. Tuttavia, a partire dal 2007, si è verificata una nuova tendenza verso l'uniformità volta a mitigare gli svantaggi derivanti dall'eccessiva frammentazione. Questo processo ha interessato in particolar modo proprio il rapporto tra pubblico e privato nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, specialmente nell'ambito ospedaliero. Il sistema delle assicurazioni sanitarie è regolato dalla legge federale sull'assicurazione malattie emanata nel 1994 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1996 (cd. LAMal)⁸⁰. La legge stabilisce l'obbligo di assicurazione sanitaria per tutti coloro i quali hanno il proprio domicilio in Svizzera: tutti sono tenuti ad assicurarsi per le cure medico-sanitarie entro tre mesi dall'acquisizione del domicilio in Svizzera o dalla na-

⁷⁶ OECD, *OECD-Berichte über Gesundheitssysteme: Schweiz*, 2006. D'ora in avanti questo testo verrà indicato con OECD, *Schweiz*.

⁷⁷ Si ricordi tuttavia che l'ambito dell'assicurazione sanitaria ricade effettivamente tra le competenze della Confederazione: l'art. 117 Cost. attribuisce infatti alla Confederazione il potere di emanare prescrizioni sull'assicurazione contro le malattie e gli infortuni conferendole anche il potere di sancire l'obbligatorietà dell'assicurazione sanitaria.

⁷⁸ Sul punto si vedano: L. Crivelli, M. Filippini, *Federalismo e sistema sanitario svizzero*, Paper presentato al Convegno Nazionale Aies (25-27 settembre 2002), disponibile sul sito: http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,42,6,20051020140331-KM/1_up0303.pdf; OECD, *Schweiz*, 3.

⁷⁹ In genere sul sistema svizzero si vedano: G. Grasso, *Diversificazione ed uniformità di un modello sanitario federale: il caso della Svizzera*, in R. Balduzzi, *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, Il Mulino, 2009, 189 ss.

⁸⁰ Il testo della legge è disponibile sul sito: http://www.admin.ch/ch/i/rs/832_10/.

scita ed hanno piena libertà di scelta dell'assicuratore tra quelli indicati dalla legge. Allo stesso tempo tali assicuratori, che possono essere sia pubblici che privati hanno il dovere di accettare ogni persona tenuta ad assicurarsi nell'ambito del territorio in cui esercitano la propria attività (v artt. 4, 11 e 12 LAMal). L'ammontare dei premi dell'assicurazione sanitaria obbligatoria deve essere approvato dal Consiglio federale (ma i Cantoni possono, prima di tale approvazione, esprimere il proprio parere). In genere, nell'ambito dell'assicurazione sanitaria obbligatoria, i premi sono uguali per tutti gli assicurati, indipendentemente dal rischio dell'assicurato (art. 61). Possono tuttavia essere imposti premi diversi se è provato che vi siano costi differenti nei singoli Cantoni e nelle diverse regioni. Sono previste comunque riduzioni dei premi per alcune categorie (ad esempio per i minorenni e per i giovani con età inferiore ai 25 anni e per gli assicurati con condizioni economiche modeste). Il catalogo delle prestazioni che vengono coperte dall'assicurazione obbligatoria è molto ampio ma standardizzato. Tuttavia l'assunzione dei costi è subordinata al fatto che le prestazioni siano «efficaci, appropriate ed economiche» (art. 32). Nell'ambito delle prestazioni sanitarie ambulatoriali, la prestazione sanitaria viene retribuita sulla base di tariffe fissate per convenzione dagli assicuratori e dagli erogatori di prestazioni. Le tariffe per singola prestazione devono basarsi su una struttura tariffale uniforme, stabilita per convenzione a livello nazionale. In base ai dati forniti dall'Ufficio federale della sanità pubblica l'elenco degli assicuratori autorizzati comprende 81 soggetti molto eterogenei per forma giuridica, dimensioni, raggio di attività e numero di assicurati⁸¹.

9. Parità pubblico-privato nel settore ospedaliero svizzero

Anche in Svizzera, così come in Germania, si distingue tra l'erogazione di prestazioni ambulatoriali e quella delle prestazioni ospedaliere. Per quanto riguarda le prestazioni ambulatoriali, non vi sono in genere strutture pubbliche: esse vengono erogate sostanzialmente da privati in studi autonomi. A differenza di quanto avviene in Germania, dove si distingue tra i medici che non operano a carico dell'assicurazione sanitaria pubblica e quelli che invece hanno stipulato appositi contratti con le *Krankenkassen* pubbliche per l'erogazione di prestazioni, in Svizzera tutti i medici possono erogare pre-

⁸¹ L'elenco aggiornato al 1 giugno 2011 è disponibile sul sito: <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00295/11274/index.html?lang=de>.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

stazioni i cui costi sono sostenuti dall'assicurazione obbligatoria cure e malattie. L'art. 36 LAMal prevede che «sono autorizzati i medici titolari del diploma federale che dispongono di un perfezionamento riconosciuto dal Consiglio federale» e l'art. 36a stabilisce che sono autorizzati gli istituti che dispensano cure ambulatoriali effettuate dai corrispettivi medici che adempiono i requisiti di cui all'art. 36. Dal momento che, per l'autorizzazione, sono sufficienti il diploma e il perfezionamento, e che non vengono imposti ulteriori requisiti, tutti i medici risultano "autorizzati" ad offrire prestazioni i cui costi saranno assunti dall'assicurazione sanitaria obbligatoria (nell'ambito del catalogo di prestazioni prestabilito). Questo vuol dire che nell'ambito delle prestazioni ambulatoriali, il paziente ha piena libertà di scelta tra gli erogatori. Nel rapporto OECD del 2006 relativo al sistema svizzero la completa assenza di una selezione degli erogatori, pur garantendo una piena libertà di scelta, viene criticata sotto il profilo della garanzia della qualità: modalità di selezione degli erogatori da autorizzare basate su criteri di qualità potrebbero stimolare un circolo virtuoso di miglioramento delle prestazioni creando una concorrenza basata su criteri qualitativi⁸².

Si noti comunque che la LAMal, all'art. 55a, prevede la possibilità di limitare l'autorizzazione degli erogatori. Tale limitazione, tuttavia, è prevista non sulla base della qualità delle prestazioni offerte ma solo sulla base del fabbisogno. L'art. 55a, che è inserito nella parte della LAMal relativa alle misure di contenimento della spesa sanitaria, prevede infatti la possibilità di limitare l'autorizzazione ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria malattie stabilendo che il Consiglio federale può, per un periodo limitato, "far dipendere dall'esistenza di un bisogno" l'autorizzazione dei fornitori di prestazioni dipendenti e indipendenti a esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie ambulatoriali esercitate sia in studi autonomi che all'interno di strutture ospedaliere (sono tuttavia esclusi i seguenti titoli di perfezionamento: medicina generale, medico generico, medicina interna, pediatria). Dove dunque in Germania l'autorizzazione dipende sempre anche dall'effettivo fabbisogno, in Svizzera il legame tra autorizzazione e fabbisogno rappresenta (o dovrebbe rappresentare) una eccezione da limitare nel tempo e prevista solo al fine di limitare la crescita dei costi. Sulla base dell'art. 55a, il Consiglio federale, il 3 luglio 2002, ha emanato una ordinanza federale che limita il numero di fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie nell'ambito delle prestazioni ambulatoriali. Tale

⁸² OECD, *Schweiz*, 14.

ordinanza fissa per ogni Cantone il numero massimo di medici autorizzati per ciascuna disciplina ed è stata più volte prorogata (sarà in vigore fino al 31 dicembre 2011)⁸³.

Anche nel caso svizzero dunque, per quanto riguarda le prestazioni ambulatoriali (diverso è il caso del settore ospedaliero, v. *infra*), la qualità delle prestazioni non rappresenta uno strumento di selezione dei medici autorizzati ad erogare prestazioni coperte dall'assicurazione sanitaria obbligatoria: essa risulta piuttosto garantita *a posteriori*. Come si è visto, la remunerazione delle prestazioni avviene solo se esse sono «efficaci, appropriate ed economiche» (art. 32). L'art. 58 LAMal, che si applica sia all'ambito delle prestazioni ambulatoriali che a quello ospedaliero, stabilisce che il Consiglio federale, sentite le organizzazioni interessate, «può prevedere controlli scientifici e sistematici al fine di garantire la qualità e l'impiego appropriato delle prestazioni coperte dall'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie» oppure può affidare l'esecuzione di tali controlli ad altre istituzioni. Inoltre, ai sensi dell'art. 59, contro i fornitori di prestazioni che violano le condizioni di economicità e qualità previste dagli artt. 56-58 (v. *supra*) o che violano clausole contrattuali vengono prese sanzioni che consistono: nell'ammonizione; nella restituzione in tutto od in parte dell'onorario percepito per prestazioni inadeguate; nella multa; nonché in caso di recidiva, nell'esclusione temporanea o definitiva dall'attività a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie. Tra le violazioni sanzionabili il c. 3 elenca: l'inosservanza dell'imperativo di economicità; l'inadempimento o il non corretto adempimento dell'obbligo d'informazione; infine, che più interessa in questo ambito, il rifiuto di partecipare a misure di garanzia della qualità.

Per quanto riguarda l'ambito ospedaliero – a differenza di quanto avviene nel settore ambulatoriale dove, come si è visto, gli erogatori di prestazioni sono tutti privati – l'erogazione delle prestazioni sanitarie può essere attuata sia da strutture pubbliche che da strutture private. Mentre in Germania si distingue tra titolarità pubblica, privata e non-profit, in Svizzera sono annoverate come strutture private anche quelle non-profit, mentre insieme alle strutture pubbliche vengono annoverate in genere quelle private ma sovvenzionate dalle autorità pubbliche. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, la titolarità delle strutture ospedaliere è pubblica, dei Cantoni o dei

⁸³ V. Ordinanza che limita il numero di fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie, 3 luglio 2002, disponibile sul sito: <http://www.admin.ch/ch/i/rs/8/832.103.it.pdf>.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

Comuni. Secondo gli ultimi dati statistici forniti dall'Ufficio federale della sanità pubblica riferiti al 2008/2009, gli ospedali in Svizzera sono 314, di cui 186 sono ospedali pubblici o "sovvenzionati" dalle pubbliche autorità e 128 sono privati⁸⁴. Da rilevare infine che il mix pubblico-privato nel settore ospedaliero può variare molto da Cantone a Cantone: vi sono Cantoni in cui la maggioranza di ospedali è privata non sovvenzionata, ad esempio il Ticino, Ginevra, Turgovia e Appenzello Esterno, Cantoni con una presenza paritaria o quasi (Basilea, Argovia, Appenzello Interno) e Cantoni a prevalenza di ospedali pubblici e sovvenzionati (soprattutto Vallese, Basilea Città, Giura, Berna, Zurigo ecc.). In genere comunque gli ospedali privati sono piccoli ospedali per cure generali e cliniche specializzate. Essi formano la maggior parte delle cliniche di riabilitazione e delle cliniche specializzate di chirurgia e ginecologia/neonatologia. La maggior parte dei servizi di pronto soccorso viene offerta dagli ospedali pubblici e/o sovvenzionati che sono in genere anche i più importanti. Tra questi vi sono i 5 ospedali universitari di Zurigo, Berna, Basilea, Losanna e Ginevra, che erogano prestazioni di avanguardia altamente specializzate. Gli ospedali privati erogano in genere prestazioni meno complesse, ma anche tra questi vi sono cliniche altamente specializzate. Per "ospedali sovvenzionati" si intendono infine ospedali che in virtù della loro pubblica utilità ricevono sussidi dai Cantoni o hanno la garanzia di copertura del disavanzo da parte delle pubbliche autorità: pur avendo forme giuridiche del diritto privato, tali ospedali, nelle statistiche, vengono annoverati insieme a quelli pubblici, mentre nella categoria dei privati sono inseriti solo gli ospedali che non ricevono alcuna forma di finanziamento da parte dello Stato. In realtà, a partire dal 2012, la distinzione tra privato e privato "sovvenzionato" scomparirà perché, con l'applicazione della l.f. 21 dicembre 2007, tutti gli ospedali inseriti nei piani ospedalieri cantonali avranno diritto al finanziamento cantonale a prescindere dalla titolarità⁸⁵.

I piani ospedalieri cantonali corrispondono ai *Krankenhauspläne* dei *Länder* tedeschi e comprendono tutti gli ospedali gli ospedali autorizzati ad erogare prestazioni i cui costi verranno assunti dall'assicurazione sanitaria obbligatoria. La LaMal stabilisce che «l'assicurato ha la libera scelta tra gli

⁸⁴ Sul ruolo degli ospedali privati v. F. Jaeger, C. Helwig, *Die Rolle und Bedeutung der Privatkliniken im schweizerischen Gesundheitswesen*. St. Gallen: Forschungsinstitut für Empirische Ökonomie und Wirtschaftspolitik, 2004.

⁸⁵ Sul punto v. M. Moser, *Analyse der rechtlichen Grundlage der Spitalplanung gemäss revidiertem KVG*, 2010, disponibile sul sito: http://www.hplus.ch/fileadmin/user_upload/H__Politik/Positionen/H__zur_Spitalplanung/Bericht-Spitalplanung-2_def.pdf.

ospedali che figurano nell'elenco del suo Cantone di domicilio o in quello del Cantone di ubicazione dell'ospedale» (art. 41, c. 2). A differenza di quanto avviene nel settore ambulatoriale, in quello ospedaliero vi è una effettiva selezione degli ospedali autorizzati ad erogare prestazioni i cui costi siano assunti dall'assicurazione obbligatoria cure e malattie. Questo processo di selezione può essere considerato analogo a quello in base al quale, in Italia, alcune strutture private possono essere ammesse ad erogare prestazioni sanitarie per conto e a carico del Servizio Sanitario Nazionale. Occorre dunque vedere se anche in Svizzera si sia scelta l'opzione dell'accreditamento come strumento di selezione e quali forme eventualmente abbia preso. In realtà, come si vedrà qui di seguito, se si eccettuano alcuni tipi di prestazioni, nel sistema ospedaliero svizzero l'ammissione all'erogazione di prestazioni remunerate dall'assicurazione sanitaria obbligatoria non avviene sulla base di un processo di accreditamento. Tuttavia, a partire dal 2007, sono stati definiti criteri unitari per la selezione che risultano di interesse per la comparazione con il caso italiano.

La LAMal demanda la competenza della pianificazione ospedaliera ai singoli Cantoni. In particolare, l'art. 39, c. 1, LAMal stabilisce che «gli stabilimenti e i rispettivi reparti adibiti alla cura ospedaliera di malattie acute o all'attuazione ospedaliera di provvedimenti medici di riabilitazione (ospedali) sono autorizzati se: garantiscono una sufficiente assistenza medica; dispongono del necessario personale specializzato; dispongono di appropriate installazioni mediche e garantiscono una fornitura adeguata di medicinali; corrispondono alla pianificazione intesa a coprire il fabbisogno ospedaliero, approntata da uno o più Cantoni, dopo aver preso in considerazione adeguatamente gli enti privati; figurano nell'elenco, compilato dal Cantone e classificante le diverse categorie di stabilimenti secondo i rispettivi mandati». Si noti che la legge impone espressamente ai Cantoni di redigere i propri piani ospedalieri prendendo in considerazione in modo adeguato gli enti privati. Fino all'emanazione della l.f. 21 dicembre 2007 (che dovrà essere applicata dai Cantoni entro il 1° gennaio 2012), l'art. 39 non conteneva ulteriori disposizioni relative alla pianificazione ospedaliera. Questa situazione ha portato ad una grande eterogeneità di procedimenti e criteri di pianificazione nei singoli Cantoni⁸⁶. Nonostante i Cantoni, a partire dal 2002, abbiano elaborato raccomandazioni e linee guida relative alla *Spitalplanung* (si

⁸⁶ Si veda il rapporto sulla pianificazione ospedaliera nei singoli Cantoni redatto nel 2005: C. Rüefli, *Wirkungsanalyse der kantonalen Spitalplanungen*, Bern, Bundesamt für Gesundheit, 2005, 53 ss

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

ricordi che si tratta di raccomandazioni non vincolanti), si è venuta a creare una situazione molto frammentata con ovvi problemi causati dalla creazione di zone ospedaliere eccessivamente limitate, dalla duplicazione nell'offerta dei servizi sanitari tra Cantoni limitrofi, dallo sviluppo non coordinato di strutture altamente specializzate⁸⁷. Per quanto riguarda il rapporto tra strutture pubbliche e private, esso veniva (e viene tutt'oggi) gestito in modo sostanzialmente diverso nei singoli Cantoni. In genere, comunque, la possibilità di essere inclusi nella lista cantonale contenente gli ospedali autorizzati ad erogare prestazioni coperte dall'assicurazione obbligatoria malattie era, almeno in via teorica, aperta anche alle strutture private, come avviene oggi, ma, a differenza di quanto stabilito dalla l.f. 21 dicembre 2007, non implicava necessariamente che tali ospedali potessero ricevere finanziamenti statali. Ciò che si è verificato nella pratica, dopo l'entrata in vigore della LAMal nel 1996, è che tutti gli ospedali pubblici e quelli sovvenzionati sono stati inclusi nelle liste degli "ospedali autorizzati", e solo una parte di quelli privati (ma anche in questo caso la percentuale varia da Cantone a Cantone). In alcuni Cantoni gli ospedali privati sono stati esclusi completamente dalle liste cantonali che hanno incluso solo ospedali pubblici e convenzionati (così è successo a Zurigo, Berna, Lucerna, San Gallo, Schwyz, Neuenburg, Freiburg, almeno secondo i dati aggiornati al 2005). I metodi di autorizzazione all'erogazione di prestazioni coperte dall'assicurazione obbligatoria che i singoli Cantoni hanno scelto variano molto Cantone a Cantone. Se molti Cantoni, ad esempio, hanno coinvolto nel processo di compilazione della prima lista cantonale (e quindi dei successivi aggiornamenti) tutti gli attori interessati, pubblici e privati, alcuni (ad es. Zurigo, Ginevra, Schwyz e Wallis) non hanno fatto partecipare i privati e comunque spesso, anche nei Cantoni in cui essi hanno preso parte alla compilazione, non hanno avuto reali possibilità di intervento. Quanto ai criteri di selezione, i singoli Cantoni hanno applicato criteri diversi tra cui: la posizione geografica, il numero di casi minimi, l'economicità delle prestazioni, la disponibilità a adempiere a determinati obblighi imposti dal Cantone, la qualità delle prestazioni. In cinque Cantoni non è stato applicato inizialmente alcun criterio di tipo valutativo⁸⁸. In alcuni Cantoni hanno avuto peso motivazioni di tipo politico e comunque in genere nella maggioranza dei Cantoni la compilazione della prima pianificazione (che poi ha rappresentato la base per tutte le successive) si è tradotta in una "istituzionalizzazione" dello *status quo*.

⁸⁷ OECD, *Schweiz*, 16.

⁸⁸ C. Rüefli, *op. cit.*, 34 ss.

Proprio per mitigare tale frammentazione, il legislatore federale, con la l.f. 21 dicembre 2007, è intervenuto a modificare l'art. 39 LAMal inserendo i commi 2, 2-*bis*, 2-*ter* e 3 i quali contengono disposizioni volte, se non ad uniformare la pianificazione ospedaliera, quanto meno a limitarne le differenze. Il c. 2 impone ai Cantoni l'obbligo di coordinare le loro pianificazioni. Il c. 2-*bis* riguarda l'ambito della medicina specializzata ed impone che i Cantoni approntino insieme, per tale settore, una pianificazione per tutta la Svizzera (se non assolvono questo compito in tempo utile, il Consiglio federale stabilisce quali ospedali per quali prestazioni devono figurare negli elenchi dei Cantoni). Infine, il c. 2-*ter* stabilisce che il Consiglio federale, dopo aver sentito i Cantoni, i fornitori di prestazioni e gli assicuratori, «emana criteri di pianificazione uniformi in base alla qualità e all'economicità». Il Consiglio federale ha poi effettivamente emanato tali criteri modificando la l'Ordinanza sull'assicurazione malattie del 29 settembre 1995 (OAMal)⁸⁹ e introducendo, con l'Ordinanza del 22 ottobre 2008, gli artt. 58a-58e relativi ai criteri per la pianificazione ospedaliera. Si stabilisce in particolare che i Cantoni: verifichino periodicamente la loro pianificazione; determinino il fabbisogno della popolazione secondo una procedura trasparente basata su dati statistici fondati e su confronti; determinino l'offerta utilizzata in istituti che non figurano sull'elenco da essi emanato; determinino l'offerta da assicurare mediante l'inserimento di istituti cantonali ed extracantonali nell'elenco degli ospedali autorizzati affinché la copertura del fabbisogno sia garantita. Questa offerta corrisponde al fabbisogno generale, da cui si sottrae quello coperto dagli istituti non autorizzati. Ai nostri fini, rileva soprattutto l'art. 58b, c. 4, OAMal il quale precisa che nella scelta delle strutture da inserire nel piano ospedaliero, i Cantoni considerino: l'economicità e la qualità della fornitura di prestazioni; l'accesso dei pazienti alle cure entro un termine utile; la disponibilità e la capacità dell'istituto ad adempiere il mandato di prestazioni previsto dal piano cantonale per tale istituto. Quanto al criterio dell'economicità e della qualità dell'erogazione, il c. 5 stabilisce che, nel valutare l'economicità e la qualità, i Cantoni devono considerare in particolare: l'efficienza della fornitura di prestazioni; la prova della qualità necessaria; nel settore ospedaliero, il numero minimo di casi e lo sfruttamento di sinergie. Ai sensi dell'art. 58e, i Cantoni, sulla base dei criteri sopra enunciati, iscrivono in appositi elenchi (le liste cantonali) tutti gli ospedali can-

⁸⁹ Il testo dell'Ordinanza è disponibile sul sito: http://www.admin.ch/ch/i/rs/832_102/index.html#fn11.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

tonali ed extracantonali⁹⁰ necessari ad assicurare l'offerta stabilita. L'inserimento nel piano ospedaliero vale come autorizzazione all'erogazione di prestazioni sostenute dall'assicurazione sanitaria obbligatoria. Negli elenchi è riportato per ogni ospedale il ventaglio di prestazioni previsto dal "mandato di prestazioni" (al di fuori di tale "ventaglio" non si ha la copertura dei costi da parte dell'assicurazione sanitaria obbligatoria). Il "mandato di prestazioni" può anche includere l'obbligo di predisporre un servizio di pronto soccorso. L'assicurato ha la libera scelta tra gli ospedali che figurano nell'elenco del suo Cantone di domicilio o in quello del Cantone di ubicazione dell'ospedale (se l'ospedale figura nell'elenco cantonale del Cantone di domicilio, cfr. art. 41, c. 2, LAMal).

Se dunque anche nel caso svizzero, come si è visto per la Germania, l'ammissione all'erogazione delle prestazioni sanitarie ospedaliere coperte da assicurazione sanitaria obbligatoria non dipende di regola da un processo di vero e proprio accreditamento, vengono comunque dettati a livello federale criteri più precisi e soprattutto espressamente orientati alla qualità e all'efficienza delle prestazioni. Se i criteri vincolanti per i Cantoni nell'elaborazione degli elenchi ospedalieri sono quelli dell'economicità, dei tempi di accesso alle cure, della capacità di prestazione, dell'efficienza e della qualità, allora, almeno in via teorica, strutture private che soddisfino tali requisiti in modo maggiore potrebbero avere la precedenza rispetto a quelle pubbliche (nell'ambito dello stesso settore e ferma restando la determinazione del fabbisogno)⁹¹. Anche in questo caso dunque, come in Italia (almeno in linea

⁹⁰ Anche prima delle modifiche del 2007, si potevano inserire nella lista cantonale ospedali extracantonali e il paziente aveva libera scelta tra tutti gli ospedali del piano ospedaliero, ma adesso si prevede che se il paziente sceglie un ospedale extracantonale indicato nella lista i costi vengono sostenuti non solamente dall'assicuratore, come era in precedenza, ma anche dal Cantone di provenienza (ma il Cantone contribuisce al massimo di una quota pari alle tariffe dei propri ospedali cantonali), a meno che non si tratti di prestazioni che non vengono offerte dagli ospedali cantonali ma solo da quelli extracantonali presenti nel piano (in questo caso la copertura dei costi ad opera dell'assicuratore e del Cantone è totale).

⁹¹ Al fine di promuovere la qualità e permettere una adeguata valutazione degli ospedali, la LAMal, all'art. 49, c. 7, impone altresì a tutti gli ospedali di fornirsi di strumenti di gestione adeguati; in particolare, si prevede che gli ospedali, per calcolare i propri costi di gestione e di investimento e per registrare le proprie prestazioni, tengono una contabilità analitica e una statistica delle prestazioni secondo un metodo uniforme. Questi strumenti devono «contenere tutti i dati necessari per valutare l'economicità, per effettuare comparazioni tra ospedali, per la tariffazione e per la pianificazione ospedaliera». L'art. 49, c. 8, attribuisce poi al Consiglio federale, in collaborazione con i Cantoni, il compito di ordinare comparazioni tra ospedali a livello svizzero in particolare sui costi e la qualità dei risultati medici.

teorica), la garanzia della qualità diventa strumento di parificazione (e concorrenza) tra strutture pubbliche e private. Invero, uno degli scopi della l.f. 21 dicembre 2007 è proprio quello di creare una situazione paritaria tra strutture ospedaliere pubbliche e private e limitare distorsioni della concorrenza a vantaggio del pubblico nell'ambito delle prestazioni ospedaliere. Si noti in proposito che, ai sensi del nuovo art. 49a LAMal, tutti gli ospedali, sia pubblici che privati, inseriti nel piano ospedaliero hanno diritto ad essere remunerati sia dagli assicuratori che dai Cantoni; in particolare, i Cantoni devono sostenere almeno il 55% delle remunerazioni⁹². Precedentemente invece, il Cantone copriva al massimo il 50% dei costi fatturabili per paziente o gruppo di assicurati ma solo in caso di ricovero in ospedali pubblici o sovvenzionati, con un evidente svantaggio per le strutture private anche se inserite nell'elenco degli ospedali autorizzati⁹³. La l.f. 21 dicembre 2007 ha dunque introdotto una modifica di grande rilievo con riguardo al rapporto tra pubblico e privato nell'erogazione delle prestazioni ospedaliere obbligando i Cantoni a remunerare, secondo la loro quota parte, anche le prestazioni erogate dagli ospedali privati se essi risultano inseriti nell'elenco cantonale e quindi imponendo lo stesso trattamento economico per gli ospedali pubblici e/o convenzionati e per quelli privati. Peraltro in questo modo ha perso rilevanza la distinzione tra ospedali privati e ospedali sovvenzionati. Paradossalmente, tuttavia, è stato rilevato che questa disposizione potrebbe avere ricadute negative proprio sulla concorrenza pubblico privato poiché è ipotizzabile che i Cantoni, nella pianificazione cantonale, tendano ancor più, in futuro, a prediligere strutture pubbliche piuttosto che a includere privati cui dover corrispondere parte della remunerazione delle prestazioni⁹⁴. Molto dipenderà dall'applicazione a livello cantonale, dal peso che verrà dato ai criteri soggettivi della qualità, dell'efficienza, ecc. Peraltro, se si osservano le linee guida elaborate dalla Conferenza svizzera delle direttrici

⁹² Si ricordi che la l.f. 21 dicembre 2007 prevede anche il graduale passaggio, da compiersi entro il 1 gennaio 2012, al sistema DRG (diagnosis related groups), quindi la remunerazione consisterà in importi forfettari riferiti alla prestazioni e convenuti dalle parti per ogni singolo caso sulla base di strutture uniformi per tutta la Svizzera (v. art. 49 LAMal). Sul punto v. G. Neubauer, DRG-Ge / Swiss DRG: *Ein Vergleich der politischen, institutionellen und ökonomischen Rahmenbedingungen*, in H. Rebscher, S. Kaufmann (a cura di), 195 ss.; A.J. Denmler, *Stand der Einführung des DRG-Systems in der Schweiz – aus Sicht der Krankenhausträger*, ivi, 273 ss.;

⁹³ Tale interpretazione del vecchio art. 49, c. 1, LAMal era stata sancita dal Tribunale federale delle assicurazioni nel 2004 con la sentenza *ASSURA v. Etat de Vaud, Département de la santé et de l'action sociale et Tribunal des assurances du Canton de Vaud* (ATF 130 V 479).

⁹⁴ M. Moser, *op. cit.*, 13.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

e dei direttori cantonali della sanità relativamente all'applicazione della l.f. 21 dicembre 2007⁹⁵, si profilano nuove potenziali situazioni di conflitto: tra le raccomandazioni qui contenute ve ne sono alcune, come quella relativa alla opportunità di sottoporre alcuni investimenti all'approvazione del Cantone in tutti gli ospedali autorizzati (quindi anche in quelli privati) o quella di imporre un vincolo di destinazione per una parte degli introiti delle strutture autorizzate, che potrebbero suscitare forti contrasti con il settore privato. Rimane comunque un problema di fondo legato al fatto che i Cantoni siano allo stesso tempo titolari di strutture ospedaliere e anche responsabili della selezione degli ospedali da introdurre nella lista cantonale. Alla luce di questo dato è difficile che la scelta degli ospedali da inserire nella lista degli autorizzati sia imparziale e fondata unicamente su criteri di efficienza e qualità ed è probabile, come in effetti è avvenuto finora, che le autorità tendano a prediligere le strutture pubbliche. L'inserimento delle strutture private nella pianificazione ospedaliera cantonale continua a rappresentare dunque una „dimensione conflittuale centrale“ (*zentrale Konflikt-dimension*)⁹⁶ nella compilazione delle liste degli ospedali autorizzati.

10. Accredimento esterno e accreditamento esterno qualificato in Svizzera

Il fatto che in Svizzera la normativa federale e quella cantonale non abbiano istituito meccanismi di accreditamento per l'ambito delle prestazioni ambulatoriali e di quelle ospedaliere non ha impedito l'affermarsi di forme di accreditamento per così dire “esterne”, ovvero non regolate né gestite dalla pubblica autorità ma attuate da centri e organismi autonomi. Come si è visto, la normativa federale, non solo dopo gli sviluppi del 2007, ma già precedentemente con l'art. 58, pone come requisito fondamentale nell'erogazione delle prestazioni quello della qualità. Tuttavia, dal momento che a livello normativo non sono state date indicazioni più precise relativamente alla “qualità” né sono stati introdotti meccanismi e processi di certificazione, in Svizzera, già dagli anni Novanta, sono proliferati i centri autonomi che offrono certificazioni della qualità. L'assenza di una disciplina dell'accREDITAMENTO nella legislazione federale e/o cantonale, nel caso svizzero,

⁹⁵ GDK, *Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung*, 14.5.2009, http://www.gdk-cds.ch/fileadmin/pdf/Aktuelles/Empfehlungen/EM_Spitalplanung_20090514-d_01.pdf.

⁹⁶ C. Rüefli, *op. cit.*, 44; F. Sager, C. Rüefli, L. Mandioni, *Die Wirkungen der bundesrätlichen Rechtssprechung im Falle der Spitalplanung*, Bern, Parlamentsdienste, 2001,

ha generato tutta una serie di problemi: in primo luogo, l'eccessivo proliferare di centri e certificazioni ha reso estremamente difficile, per il paziente ma anche per gli erogatori e gli assicuratori, valutare l'attendibilità della qualificazione; non sempre inoltre è possibile individuare se il centro di certificazione o i suoi esaminatori siano imparziali e se i metodi di certificazione poggino su solide basi scientifiche; spesso la certificazione non viene limitata nel tempo né sottoposta a verifiche periodiche. E questi sono solo alcuni dei problemi lamentati dalla Accademia Svizzera delle Scienze Mediche nel documento pubblicato il 23 giugno 2011 sulla certificazione della qualità in ambito medico⁹⁷, il quale contiene tutta una serie di "raccomandazioni" relative ai requisiti che le certificazioni e i meccanismi di accreditamento devono soddisfare per poter essere attendibili. Tra questi si cita anche come presupposto fondamentale il fatto che il centro di accreditamento sia a sua volta accreditato dal Servizio di Accreditamento Svizzero il quale fa parte del Dipartimento federale dell'economia e ha il compito di valutare e accreditare gli organismi di valutazione della conformità (laboratori, organismi d'ispezione e di certificazione) in base a delle norme internazionali nei più diversi settori (non solo in quello sanitario). L'idea è quindi di far fronte al proliferare delle certificazioni sottoponendo ad accreditamento gli stessi centri accreditanti: tale accreditamento in questo caso è effettuato da un ufficio federale, il Servizio di Accreditamento Svizzero appunto, ed è unitario su tutto il territorio. Al momento il registro del Servizio di Accreditamento Svizzero annovera, per l'ambito della sanità e della medicina, 10 centri di certificazione del management della qualità⁹⁸.

Vi è poi quello che può essere definito "accreditamento esterno qualificato". Ai sensi dell'art. 58, c. 3. LAMal, il Consiglio federale stabilisce le norme intese a garantire o a ristabilire la qualità e l'impiego appropriato delle prestazioni e può in particolare ordinare che misure diagnostiche o terapeutiche "particolarmente onerose o difficili siano assunte dall'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie soltanto se dispensate da fornitori di prestazioni qualificati. Esso [il Consiglio federale] può determinare più dettagliatamente questi fornitori di prestazioni." La "qualificazione" a cui si fa riferimento consiste in una vera e propria forma di accreditamento che potremmo definire "specializzato" perché riferito a singoli settori o prestazioni e "esterno" e "qualificato" perché effettuato non da un ente pub-

⁹⁷ SAMW, *Zertifizierung im medizinischen Kontext*, 2011, disponibile sul sito: http://www.samw.ch/dms/de/Projekte/Qualitaet/d_Empfehlungen_Zertifikate_V8.pdf.

⁹⁸ Si veda il sito ufficiale: <http://www.seco.admin.ch/sas/akkreditiertestellen/index.html?lang=it&>.

pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie

blico ma da determinati istituti esterni espressamente riconosciuti e indicati dalla pubblica autorità. Tali istituti sono indipendenti e di volta in volta diversi, a seconda della prestazione interessata. La certificazione si basa solo su criteri di qualità e sicurezza ed è di tipo volontario. L'elenco delle prestazioni per cui è necessario questo tipo di "qualificazione", che poi a seconda del settore interessato viene chiamata "certificazione" o "accreditamento", è incluso nella Ordinanza sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico sanitarie (abbr. Opre) del 29 settembre 1995⁹⁹, più volte aggiornata (allegato 1). Per i tipi di prestazioni più costose e difficili, l'Opre indica le condizioni che devono essere soddisfatte affinché esse siano coperte dall'assicurazione sanitaria obbligatoria e, eventualmente, gli istituti i cui programmi di certificazione o accreditamento vengono riconosciuti dal Consiglio Federale: solo i medici o le strutture certificati o accreditati da questi istituti hanno diritto ad erogare la prestazione in questione a carico dell'assicurazione sanitaria obbligatoria. Ad esempio, nel caso della polisonnografia e della poligrafia si specifica che la remunerazione a carico dell'assicurazione sociale malattie avviene solo se tali prestazioni sono effettuate in "centri qualificati, secondo le direttive del 6 settembre 2001 della Società svizzera di ricerca sul sonno, medicina del sonno e cronobiologia", una società fondata nel 1991 che riunisce numerosi esperti del settore; nel caso della terapia chirurgica dell'obesità, l'Opre prescrive che essa venga eseguita garantendo gli standard di qualità definiti nelle direttive della terapia chirurgica sull'obesità dello *Swiss Study Group for Morbid Obesity* (SMOB) del 9.11.2010 ed esige che l'esecuzione avvenga in centri che, sulla base della loro organizzazione e del personale, siano in grado di osservare le direttive dello SMOB del 9.11.2010 per la terapia chirurgica dell'obesità specificando che "si suppone che i centri certificati dallo SMOB soddisfino tale condizione. Se l'intervento deve essere eseguito in un centro non certificato dallo SMOB va precedentemente richiesto il consenso del medico di fiducia". *De facto* quindi si pone come requisito la certificazione conferita dalla SMOB: si tratta di una associazione di medici e professori universitari specializzati nel settore che ha ottenuto riconoscimento internazionale nel 1998 con l'entrata nella *International Federation for the Surgery of Obesity* e rappresenta un centro di ricerca all'avanguardia nell'ambito della terapia chirurgica dell'obesità. Per quanto riguarda il trapianto isolato del polmone (da paziente deceduto), il trapianto simultaneo del rene e del pancreas, il trapianto del pancreas successivo a quello del rene, trapianto isolato del

⁹⁹ Disponibile sul sito: http://www.admin.ch/ch/i/rs/832_112_31/index.html.

pancreas, e numerosi altri casi di trapianto l'Opre elenca direttamente le strutture abilitate (ovvero l'*Universitätsspital* di Zurigo e gli *Hôpitaux Universitaires* di Ginevra) solo a condizione che partecipino al registro di *Swiss-Transplant* (si tratta di una fondazione cui la Confederazione ha conferito il compito di gestire la distribuzione degli organi da trapiantare e le liste di attesa, nonché di raccogliere dati relativi ai pazienti che hanno subito trapianti; essa comprende anche rappresentanti di 90 ospedali con stazioni di terapia intensiva "accreditate"). Per il trattamento di ferite di difficile guarigione con espianti di pelle coltivata l'Opre impone l'esecuzione in centri certificati dalla Società svizzera di dermatologia e venereologia e dalla *Schweizerische Gesellschaft für Wundbehandlung* (Società svizzera per il trattamento delle ferite). Per la chifoplastica a palloncino e per il trattamento di fratture vertebrali si richiede l'esecuzione dell'intervento solo da parte di un operatore qualificato e specifica che vengono considerati "qualificati" gli operatori certificati dalla Società svizzera di chirurgia spinale, dalla Società svizzera d'ortopedia e dalla Società svizzera di neurochirurgia siano conformemente qualificati (in questo caso si ammette anche l'esecuzione da parte di operatori non certificati ma solo con il consenso del medico di fiducia). Nel caso di trapianto di protogenociti ematopoietici si richiede che l'esecuzione avvenga in centri qualificati secondo l'organo di certificazione STABMT (Gruppo di lavoro *Swiss Transplant für Blood and Marrow Transplantation*) e che l'esecuzione avvenga secondo le prescrizioni contenute nel documento "FACT-JACIE International Standards For Cellular Therapy Product Collection, Processing and Administration. Fourth edition" compilato dalla *Joint Accreditation Committee-ISCT & EBMT (JACIE)* e dalla *Foundation for the Accreditation of Cellular Therapy (Fact)*. Quelli citati sono solo alcuni esempi delle prestazioni indicati nell'Opre.

Con l'Opre dunque l'autorità pubblica riconosce *solo* la certificazione effettuata da determinati organismi, che sono in genere associazioni di medici ed esperti, di provato prestigio e autorità nello specifico settore di competenza. La certificazione anche in questo caso è "esterna" cioè non gestita né regolata dalla pubblica autorità, tuttavia viene da essa riconosciuta come presupposto indispensabile affinché una prestazione di particolare complessità o molto onerosa possa essere coperta dall'assicurazione sanitaria obbligatoria. Ogni istituto ha poi le proprie modalità di accreditamento o certificazione, ma esse sono in genere sempre fondate solo su parametri di qualità specificamente ritagliati sul settore interessato (non c'è ovviamente alcun riferimento al fabbisogno). La titolarità delle strutture da accreditare è del tutto indifferente, per cui anche un ospedale pubblico autorizzato (come del resto quelli privati autorizzati o meno) non può erogare le pre-

stazioni specificate nell'Opre se non possiede la qualificazione necessaria. Questa soluzione presenta effettivamente numerosi vantaggi: l'accreditamento, rimanendo "esterno" e quindi non strumentalizzabile dalle autorità pubbliche dovrebbe, almeno in via teorica, avvenire in modo più imparziale e solo sulla base di criteri di qualità; contemporaneamente, la limitazione degli organismi accreditanti, se condotta sulla base della rilevanza degli stessi, delle loro competenze di settore e del loro riconoscimento a livello internazionale, dovrebbe evitare tutte le problematiche dovute al proliferare dei centri di accreditamento che si rilevano per i casi non disciplinati dall'Opre.

11. Conclusioni

Nei Paesi presi in considerazione si rilevano, a partire dalla metà degli anni Novanta, tendenze analoghe che hanno visto al centro, oltre alla comune necessità di contenere la spesa sanitaria, la promozione della concorrenza tra erogatori pubblici ed erogatori privati e la promozione della qualità. Si tratta di tendenze che in parte si intersecano poiché la qualità si pone proprio come elemento centrale per lo sviluppo della concorrenza tra gli erogatori.

In tutti e tre sistemi il mercato delle erogazioni di prestazioni sanitarie a carico o dell'assicurazione sanitaria pubblica (in Germania) o di quella obbligatoria (in Svizzera) o del Servizio Sanitario Nazionale (in Italia) è aperto, seppur in misura diversa, ai privati. In Italia tale apertura si è realizzata tramite l'accreditamento come strumento di selezione degli erogatori sulla base della qualità; tuttavia, come si è visto, solo in Lombardia l'apertura è stata effettivamente di ampia portata, mentre nelle altre Regioni si registra un forte squilibrio a favore del pubblico. I dati relativi al numero di strutture e medici che operano a carico dell'assicurazione sanitaria pubblica mostrano che la Germania è il Paese in cui la libertà di scelta è maggiormente garantita e questo dato è strettamente connesso alla sostanziale equiparazione, che caratterizza storicamente questo Paese, tra strutture pubbliche e private autorizzate ad operare a carico dell'assicurazione sanitaria pubblica, mentre tale equiparazione in Svizzera è stata introdotta solo di recente, almeno nel settore ospedaliero. In alcuni *Länder* tedeschi addirittura il privato prevale sul pubblico senza che questo incida sulla spesa del paziente, visto che la maggioranza dei medici e delle strutture ospedaliere private è comunque autorizzata ad erogare prestazioni a carico delle *Krankenkassen* pubbliche. Tuttavia, come si è visto, questo sistema presenta forti problemi di so-

stenibilità dal punto di vista economico e finanziario. Il modello tedesco inoltre ha fallito in punto di controllo sulla qualità ed infatti anche in Germania è attualmente in esame la possibilità di introdurre forme di accreditamento basate proprio sulla qualità.

Quanto alla Svizzera, il requisito della qualità delle prestazioni imposto dalla normativa ha favorito il proliferare incontrollato e non coordinato di centri di accreditamento esterno. Se l'accREDITAMENTO "esterno" offre il vantaggio di essere indipendente dagli influssi della politica e soprattutto indipendente e separato da enti che, in quanto essi stessi erogatori di prestazioni sanitarie, partecipano alla concorrenza, l'eccessivo proliferare, incontrollato e non coordinato, di centri di accreditamento ha comportato in Svizzera non pochi problemi di attendibilità, fondatezza e imparzialità delle certificazioni, cui si è cercato di ovviare tramite l'attività di "accREDITAMENTO dei centri accreditanti" ad opera del Servizio di AccREDITAMENTO Svizzero. Preferibile sembra piuttosto la scelta fatta per la certificazione di strutture sanitarie autorizzate ad erogare determinate prestazioni coperte da assicurazione sanitaria obbligatoria: qui l'istituto presso cui si opera l'accREDITAMENTO varia per ogni singola prestazione a seconda del settore medico interessato ed è "esterno" alla pubblica amministrazione però è indicato dall'autorità pubblica come unico centro di cui si riconosce, sulla base delle competenze scientifiche e del rilievo internazionale, l'attività accreditante con riguardo ad un settore molto specifico della medicina. L'accREDITAMENTO risulta in questo modo svincolato da altri fattori, quali la determinazione del fabbisogno ad opera delle autorità pubbliche o interessi politico-economici di vario genere, fondato solo su parametri di qualità e appositamente "ritagliato" sulla prestazione e il settore interessati. Esso quindi dovrebbe permettere una valutazione più efficace e imparziale della qualità e allo stesso tempo – vista la limitazione degli organismi accreditanti riconosciuti – una maggior uniformità nell'applicazione.

In ogni caso, dall'esperienza comparata emerge con evidenza lo stretto legame che intercorre tra "parificazione" pubblico privato e libertà di scelta del paziente, nonché tra la creazione di un mercato concorrenziale, seppur regolato, nell'erogazione delle prestazioni e il miglioramento della qualità, sempre che vengano creati gli strumenti adatti affinché la concorrenza non sia una "concorrenza del prezzo più basso" ma una concorrenza basata sul migliore e più efficiente sfruttamento delle risorse e sul raggiungimento di più alti livelli di qualità. In questo senso l'accREDITAMENTO può rappresentare un strumento idoneo a soddisfare, da un lato, la necessità di una concorrenza paritaria tra pubblico e privato basata su *standards* di qualità e, dall'altro, le esigenze di informazione del paziente indispensabili a garantire la sua piena

libertà di scelta¹⁰⁰. Tuttavia, affinché l'accreditamento sia uno “strumento di qualità” efficace e credibile, ci pare necessario che: i requisiti per l'accreditamento siano solo di tipo qualitativo e disgiunti dalla determinazione del fabbisogno; l'accreditamento sia sottratto alle logiche della politica e quindi affidato ad un ente esterno o ad un numero limitato di organismi esterni “riconosciuti” sulla base della competenza scientifica e della validità dei loro metodi di certificazione, in modo da evitare le ricadute negative legate ad un proliferare incontrollato di “centri accreditanti”; l'accreditamento sia svolto sempre in funzione del paziente, ovvero preveda modalità di informazione efficaci che permettano ai pazienti un effettiva comparazione degli erogatori delle prestazioni sanitarie e quindi una piena libertà di scelta tra le strutture accreditate – fermo restando che affinché tale libertà si realizzi pienamente occorrono, almeno nel caso italiano, presupposti strutturali che al momento appaiono soddisfatti solo nel modello lombardo.

Abstract

This essay deals with the relationship between private and public initiative in health care from the specific perspective of the healthcare supply performance standards. In Italy, implementation of the so called “accreditamento” (credit) by medical corps operating within the National Health Service – that is either charged to or on account of – is not uniform among different territories.

On the contrary, differentiation of supply standards has determined such a complex frame that it is not inappropriate to define even the Italian Republic as a “composite State”, where the current constitutional separation of competences between the state level and regional self governments.

Starting from a comparative analysis of the healthcare credit system, the study presents the Italian experience with that of other States, which are “genetically composite”, such as Germany and Switzerland.

However these National legal orders do not include an institution similar to the Italian “accreditamento” in health care, the analysis has made it possible to identify useful terms for comparison. In fact, since the half nineties, these three Countries show similar trends as the same need to reduce health care expenditure, promote competition

¹⁰⁰ Sul rapporto tra pienezza dell'informazione in ambito sanitario e libertà di scelta del paziente si veda, tra i tanti, M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, *op. cit.*, 9 ss.; A. Munte, I. Köster-Steinbach, *op. cit.*, 71 ss.

between private and public medical institutions and, most of all, pursue of quality standards in health care supply.

Comparison of different experiences particularly enlightens a very close relationship between equalization of public and private health care and the patient freedom of choice, as well as the creation of competitive markets of health care supply – however regulated – and the achievement of quality improvements. Nevertheless, the adoption of appropriate legal instruments is essential to avoid competition solely based on price.

ALESSANDRA ALBANESE

IL SERVIZIO DI TRASPORTO DEI MALATI TRA REGOLE DELLA CONCORRENZA E VALORE SOCIALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro giuridico di riferimento. – 2.1. Il quadro giuridico europeo: la qualificazione del trasporto sanitario come attività economica o no. – 2.2. La qualificazione come appalti degli accordi stipulati dagli enti pubblici con le organizzazioni di volontariato che erogano i servizi di trasporto sanitario. – 2.3. Il quadro giuridico nazionale. – 3. Limiti e modalità delle procedure selettive di affidamento. – 4. Le vicende regionali italiane più recenti e rilevanti. – 4.1. La legge sul trasporto sanitario della Regione Marche. – 4.2. La legge toscana sul trasporto di emergenza. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Da tempo, nella maggior parte delle regioni italiane i servizi di trasporto sanitario, di emergenza e non, vengono prestati prevalentemente da organizzazioni di volontariato, che operano in stretto collegamento e in forte sinergia con le amministrazioni pubbliche competenti in materia sanitaria. La scelta delle organizzazioni da coinvolgere nella erogazione e nella organizzazione del trasporto sanitario è stata quasi sempre il frutto di rapporti risalenti fra le amministrazioni locali e le associazioni impegnate per scopi solidaristici nel settore, ed ha avuto generalmente come conseguenza l'affidamento diretto a tali soggetti (senza alcuna selezione competitiva) dell'attività di erogazione dei servizi in questione.

Tuttavia, proprio a causa di tale prassi, da alcuni anni, le modalità di affidamento dei servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni non profit costituiscono oggetto di un confronto problematico (talvolta molto duro) con il diritto europeo. Il fenomeno non riguarda, peraltro, esclusivamente il nostro Paese, poiché è comune ad altri Stati membri dell'Unione, nei quali pure i servizi di trasporto sanitario sono affidati prevalentemente ad organizzazioni senza scopo di lucro.

La Corte di Giustizia si è dovuta più volte pronunciare (quasi sempre sollecitata dalla Commissione) per confermare o per fugare dubbi circa la

conformità con la normativa europea di norme che consentivano di affidare i servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato (o ad altri enti non profit) secondo modalità diverse da quelle previste dalla «direttiva appalti». Le controversie, che hanno riguardato numerosi Paesi europei, testimoniano l'esistenza nel settore in questione di una discrasia piuttosto diffusa fra il sentire degli ordinamenti nazionali e di quello europeo¹.

Peraltro, nei tempi più recenti, le procedure di infrazione relative ai servizi di trasporto sanitario si sono notevolmente intensificate ed hanno riguardato anche leggi (o prassi) delle regioni italiane. Ciò naturalmente ha determinato un clima di incertezza, che incide in termini più generali sulle relazioni fra le pubbliche amministrazioni e i soggetti non profit, nonché sulla definizione degli strumenti giuridici attraverso cui vengono regolati i loro rapporti.

Oltre al dato quantitativo delle controversie che ha suscitato, ciò che rende degno di attenzione il tema dell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario è il significato che esso assume nel contesto della evoluzione dell'ordinamento europeo in materia di servizi pubblici. Infatti il retroterra delle pronunce della Corte di Giustizia precedentemente richiamate è certamente costituito dal progressivo ampliamento della categoria dei «servizi a rilevanza economica» nel diritto europeo, categoria dai confini dichiaratamente mobili², nella quale sono state progressivamente attratte prestazioni precedentemente considerate di tipo sociale, che proprio per tale loro qua-

¹ Fra le sentenze più importanti in materia di trasporto sanitario, alcune delle quali verranno più specificamente esaminate in seguito, si possono richiamare: CGCE 24 settembre 1998, *Tögel* C-76/97, relativa ad un caso austriaco; CGCE 25 ottobre 2001, *Ambulanz Glöckner* C-475/99 relativa ad un caso tedesco; CGCE 29 novembre 2007 Commissione/Italia – Regione Toscana C-119/06, su cui sia permesso rinviare a A. Albanese, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e i diritto comunitario: la Corte manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1453; CGCE 18 dicembre 2007 Commissione/Irlanda C-532/03, con nota di R. Caranta, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. app.*, 3/2008, 300 ss.; CGUE 29 aprile 2010, Commissione/Repubblica Federale di Germania C-160/08 relativa alla prassi adottata da una pluralità di Länder; CGUE 10 marzo 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler/Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau* C-274/09, ancora una volta relativa alla Repubblica Federale Tedesca.

² Anche la Corte Costituzionale nella sentenza 27 luglio 2004, n. 272, ha ricordato che «la Commissione europea, nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche», dopo aver precisato che «la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo».

il servizio di trasporto dei malati

lificazione erano escluse dall'applicazione delle regole poste a tutela della concorrenza³.

I servizi di trasporto sanitario hanno costituito fin dall'inizio di tale evoluzione un territorio di frontiera, posto al centro di uno spartiacque non sempre facile da delineare proprio perché il problema della loro qualificazione come prestazioni dotate di rilevanza economica o no si innesta sulla presenza nel settore di una cospicua attività di tipo solidaristico, svolta dalle organizzazioni senza fine di lucro, il cui ruolo nell'ultimo decennio è stato significativamente riconosciuto e valorizzato anche dalla legislazione di molti paesi europei⁴.

I soggetti non profit, ed in particolar modo le organizzazioni di volontariato, hanno assunto nel corso degli anni un peso sempre crescente, incrementando notevolmente la professionalità dei propri operatori ed instaurando, attraverso rapporti convenzionali, relazioni sempre più stabili con le amministrazioni pubbliche competenti in materia sanitaria ed assistenziale. Le organizzazioni del terzo settore, peraltro, hanno iniziato anche ad adottare modelli organizzativi e operativi di tipo imprenditoriale, che ne hanno grandemente potenziato le capacità di intervento, ma che, per altro verso, ne hanno probabilmente reso meno evidenti le differenze dagli operatori economici.

In definitiva, i servizi di trasporto sanitario, a causa della loro non agevole collocazione nell'ambito delle categorie elaborate dall'Unione Europea per i servizi di interesse generale, costituiscono oggi uno dei settori in cui si emergono maggiormente le tensioni create dal confronto fra i modelli sociali nazionali e il modello sociale europeo, anche perché quest'ultimo appare ancora in buona parte incerto ed incompiuto, ma viene tutta-

³ La inclusione di molti servizi sociali nella sfera delle attività a rilevanza economica, e quindi la loro sottoposizione alle regole proprie di tali attività, è stata illustrata in modo analitico per la prima volta nella Comunicazione della Commissione 26.4.2006 COM(2006) 177, «Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea». I giudici amministrativi italiani, per contro, hanno a lungo considerato i servizi di soccorso sanitario e di trasporto dei malati come riferibili ad attività non economiche e quindi esclusi dall'applicazione delle regole della concorrenza: si veda per tutti Tar Piemonte, Torino, sez. II, 12 giugno 2006 n. 2323.

⁴ Il forte coinvolgimento in molti paesi europei delle organizzazioni non profit nell'erogazione dei servizi pubblici di soccorso, e in particolare nel trasporto sanitario, è testimoniata anche dall'esistenza di una organizzazione non governativa, che ha lo scopo di creare un network fra le principali associazioni di volontariato europee attive nel settore (<http://www.samaritan.info/view.php3?show=5100005110232>).

via percepito come un elemento sempre più rilevante ai fini dello sviluppo della coesione europea⁵.

Le considerazioni appena svolte inducono pertanto a ritenere significativo l'esame delle linee di tendenza che si vanno delineando in merito all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario. Si cercherà di comprendere quali siano le ragioni delle tensioni che si sono determinate nei rapporti fra l'ordinamento italiano e quello europeo, nonché di individuare quali possano essere gli sbocchi del confronto/conflitto che è in atto ormai da tempo.

A tale scopo è sembrato utile analizzare in modo specifico anche alcuni «casi regionali» italiani che sono stati al centro dell'attenzione della Commissione Europea e che si profilano come molto rilevanti per le soluzioni che cercano di prospettare, nel tentativo di trovare nuovi punti di equilibrio fra le esigenze della concorrenza, propugnate dall'Unione Europea, e la salvaguardia del modello sociale italiano, più fortemente ispirato ai principi di solidarietà e sussidiarietà, sanciti dalla nostra Carta costituzionale.

Saranno in particolare oggetto di esame la legge marchigiana sul trasporto sanitario, emanata ad aprile 2011 sotto la pressione di una procedura di infrazione preannunciata dalla Commissione Europea; nonché la legge regionale toscana sui trasporti sanitari di emergenza e urgenza, emanata nel 2010 a seguito della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 2007, che ha censurato gli accordi-quadro per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario, stipulati senza gara dalla Regione con le principali organizzazioni di volontariato presenti sul suo territorio⁶.

2. Il quadro giuridico di riferimento

È opportuno innanzitutto ricordare in modo sintetico gli aspetti di diritto europeo più rilevanti per il tema oggetto di indagine, utili per definirne il contesto.

⁵ Per una riflessione sul modello sociale europeo condotta a partire da temi molto vicini a quello in esame si veda S. Civitarese Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e 'modello sociale europeo'*, in *MCR*, 2009, 179-212; per i profili più strettamente costituzionalistici connessi all'analisi del modello sociale europeo C. Pinelli, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 251 ss. Prevalentemente incentrato sul rapporto fra modello sociale europeo e modelli sociali nazionali in una prospettiva lavoristica S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012.

⁶ Citata alla nota 1.

il servizio di trasporto dei malati

2.1. Il quadro giuridico europeo: la qualificazione del trasporto sanitario come attività economica o no

Come si è già premesso, i problemi sorti in merito alla disciplina dell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario sono derivati in primo luogo dalla incertezza circa la loro qualificazione come servizi economici o invece come servizi privi di rilevanza economica.

La riconducibilità del trasporto sanitario ai servizi «economici» dipende a sua volta dalla nozione di «attività economica» elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Secondo quest'ultima «costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»⁷. Secondo tale definizione, pertanto, ciò che rileva ai fini della qualificazione del tipo di servizio – e, conseguentemente, delle regole cui deve essere sottoposta la procedura di selezione dei soggetti cui esso viene affidato – è l'esistenza di un mercato, vale a dire di una domanda e di una offerta delle prestazioni di cui esso consiste.

In base alla giurisprudenza comunitaria, inoltre, ai fini della valutazione circa la sussistenza di un mercato per le attività offerte è irrilevante che le prestazioni non vengano pagate dagli utenti bensì da un terzo (ad esempio da un ente pubblico), purché ci sia uno scambio retributivo per l'erogazione del servizio⁸. Tale principio si attaglia evidentemente anche ai servizi di trasporto sanitario erogati da soggetti privati sulla base di convenzioni con le Asl o con i Comuni, che ne pagano il costo.

A ciò si deve aggiungere che, per il giudice europeo, è altrettanto irrilevante ai fini dell'applicazione dei principi della concorrenza e della libera prestazione di servizi – ma anche ai fini della applicazione delle procedure di selezione previste dalla direttiva sugli appalti 2004/18 – la natura giuridica (profit o non profit) dei soggetti cui deve essere affidato il servizio

⁷ CGCE 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov* e altri C-189/98 e C/184/98,.

⁸ La Comunicazione della Commissione 26.4.2006 COM(2006) 177, *cit.*, ricorda che: «Per quanto riguarda la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento, la Corte ha stabilito che le prestazioni fornite solitamente contro retribuzione debbano essere considerate come attività economiche ai sensi del trattato. Il trattato non esige tuttavia che il servizio venga pagato direttamente da coloro che ne beneficiano. Ne consegue che la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta “un'attività economica” conformemente agli articoli 43 e 49 del trattato CE». Fra le sentenze della Corte di Giustizia sul punto, si veda in particolare CGCE 26 aprile 1988, *Bondvan Adverteerders*, C-352/85.

stesso. La Corte di Giustizia infatti qualifica come «impresa» qualunque soggetto che svolga una attività che può essere definita economica⁹. Secondo la giurisprudenza della Corte Europea (ormai consolidata sul punto¹⁰), quindi, anche le organizzazioni di volontariato possono essere considerate quali imprese ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie relative alle procedure di affidamento di servizi. La caratteristica dell'assenza di scopo di lucro non costituisce in alcun modo, per il diritto europeo, un impedimento alla loro partecipazione a gare di appalto in regime di concorrenza.

La Corte del Lussemburgo ha ribadito più volte tale enunciazione, rendendola anzi progressivamente più esplicita. In tempi recenti, infatti, il giudice europeo è giunto ad affermare (proprio in relazione ad un caso italiano) che «la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti ai soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico»¹¹.

Per contro nel nostro ordinamento la giurisprudenza ha lungamente sostenuto la tesi della radicale incompatibilità fra la natura giuridica non profit e la sottoposizione alle regole concorrenziali. La questione ha riguardato soprattutto le organizzazioni di volontariato, che operano attraverso personale non professionale, non retribuito (e non retribuibile). Ritorniamo in seguito su tale aspetto e avremo modo di vedere quale sia l'evoluzione giurisprudenziale in corso su tale tema.

Per focalizzare nuovamente in modo più puntuale l'attenzione sul settore che qui interessa esaminare, si deve notare come, facendo applicazione delle argomentazioni precedentemente ricordate, gli organi dell'Unione Europea (la Corte di Giustizia *in primis*, ma anche la Commissione nelle sue Comunicazioni) hanno più volte qualificato i servizi di trasporto sanitario come attività di interesse economico; per contro in molti paesi europei tali attività sono sempre state ritenute attività sociali, irrilevanti per il mercato.

⁹ «La nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento». CGCE 17 febbraio 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 C-160/91.

¹⁰ Cfr. il punto 20 della sentenza *Ambulanz Glöckner*, citata alla nota 1. L'assunto è stato più volte ribadito nelle sentenze successive.

¹¹ CGUE 23 dicembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)/Regione Marche*, C-305/08, su cui si veda il commento di F. Giglioni, *L'accesso alle procedure di gara non è riservato alle sole imprese, né a condizioni particolari che limitano la partecipazione di altri soggetti*, in *Labsus*, 24 gennaio 2011, http://www.labsus.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2538&Itemid=77.

il servizio di trasporto dei malati

Tuttavia, è bene chiarire subito che la qualificazione come economiche delle prestazioni in esame non costituisce l'unico aspetto problematico nella relazione fra ordinamento europeo e legislazione nazionale.

Infatti la individuazione della disciplina da applicare all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario secondo la normativa europea è resa particolarmente complessa dal fatto che essi si compongono tanto di prestazioni riferibili ad attività di trasporto in senso stretto, quanto di prestazioni più nettamente caratterizzate dalla componente sanitaria.

La commistione ora evidenziata fra le tipologie di attività assume notevole importanza ai fini delle modalità di attuazione della direttiva sugli appalti (2004/18, recepita in Italia dal codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006), che disciplina, fra l'altro, le procedure di selezione dei soggetti cui affidare i servizi. La direttiva ha infatti due allegati (A e B), in cui sono elencati settori di attività che possono costituire oggetto di appalto. Ai servizi ricompresi nell'allegato A – fra i quali figura il servizio di «trasporto terrestre, inclusi i servizi con furgoni blindati e corriere» – devono essere applicate integralmente le procedure concorsuali previste dalla direttiva stessa, mentre per l'affidamento dei servizi indicati nell'allegato B – in cui sono compresi anche i «servizi sociali e sanitari» – devono trovare applicazione soltanto i principi di pubblicità, di trasparenza e non discriminazione¹².

Le disposizioni della direttiva, sopra descritte, rendono incerta la disciplina da applicare all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario, poiché non ne risulta univoca la riferibilità alla elencazione contenuta nel primo o nel secondo allegato.

In base all'art. 22 della direttiva n. 18/2004 (e dell'art. 10 della direttiva n. 92/50) peraltro, per gli appalti di servizi riferibili a tipi diversi di pre-

¹² Sempre che si tratti di appalti di importo economico superiore alla soglia di interesse per il mercato europeo: agli appalti di servizi di importo inferiore alla «soglia comunitaria» (211.000 euro al netto di IVA) non si applicano le regole relative alla pubblicità e alla comunicazione sovranazionale delle procedure (art. 124 Codice dei contratti pubblici D. lg. 12 aprile 2006 n. 163), bensì solo le regole di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, sopra ricordate. In particolare, come ricorda la sentenza della Corte di Giustizia del 29 aprile 2010 (*Commissione Europea/Repubblica federale di Germania C-160/08*, cit.), in base agli articoli delle direttive richiamati nel testo, nel caso di prevalenza del valore dei servizi di trasporto rispetto a quello dei servizi sanitari, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a procedere alla pubblicazione di un bando di gara a livello dell'Unione ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto e ad assicurare la pubblicità dei risultati dell'attribuzione dell'appalto; in caso di prevalenza del valore dei servizi sanitari su quelli di trasporto, per contro, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a garantire soltanto la pubblicità dei risultati dell'attribuzione dell'appalto in questione.

stazioni, occorre esaminare in concreto quale sia l'attività prevalente ai fini del contratto da stipulare: anche per i servizi di trasporto sanitario, pertanto, occorre verificare caso per caso se l'appalto abbia ad oggetto prevalentemente (in relazione al valore del contratto) attività di trasporto vero e proprio o invece attività di tipo socio-sanitario. La disciplina da applicare per la selezione dei contraenti sarà conseguentemente quella propria delle prestazioni considerate di valore prevalente¹³.

Con riferimento al trasporto sanitario, la Corte di Giustizia nelle pronunce in cui ha affrontato in modo specifico tale problema, ha fatto riferimento ad una pluralità di parametri utili per valutare la prevalenza dell'una o dell'altra tipologia di attività. Il Giudice Europeo ha esaminato le diverse situazioni concrete che venivano sottoposte al suo giudizio, nonché la normativa degli Stati membri coinvolti, senza tuttavia giungere a definire in modo chiaro quali siano gli elementi caratteristici che possano consentire di stabilire quale debba essere il regime da applicare all'affidamento di appalti di servizi di trasporto sanitario. In una prima occasione, nel caso *Tögel* del 1998, la Corte di Lussemburgo ha affermato che la categoria di servizi menzionata dall'allegato I B della direttiva (servizi sanitari e sociali) si connota per la «presenza di aspetti medici» della prestazioni¹⁴. Tale criterio, tuttavia, è stato indicato in termini molto scarni e non consente di fare chiarezza sulle modalità di valutazione della prevalenza dell'attività oggetto di appalto. Ciò risulta confermato dal fatto che, secondo la stessa sentenza citata, in ogni caso «i servizi di trasporto di feriti e di malati con assistenza di un infermiere rientrano contemporaneamente nell'allegato I A e nell'allegato I B della direttiva».

La Corte è ritornata sulla distinzione in questione nel 2010, con una pronuncia resa nei confronti della Repubblica Federale tedesca¹⁵, che aveva affidato senza gara e senza alcuna forma di pubblicità ad organizzazioni non profit e alla Croce Rossa i servizi di «trasporto medico di urgenza» e di «trasporto sanitario qualificato». I servizi in questione sono definiti dalle leggi che li disciplinano rispettivamente, il primo, come «trasporto effettuato con ambulanza, con adeguata assistenza specialistica di persone infortunate, inferme o in pericolo di vita», nonché il secondo, come «trasferimento mediante veicolo sanitario, con adeguata assistenza specialistica, di persone ma-

¹³ La questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia per la prima volta nella Sentenza *Tögel* C- 76/97 (punto 40) e più recentemente nella sentenza *Commissione Europea/Repubblica federale di Germania* C-160/08, ricordata nella nota precedente.

¹⁴ Sentenza *Tögel* 1998, punto 39.

¹⁵ *Commissione/Repubblica Federale di Germania*, C-160/08, precedentemente citata.

il servizio di trasporto dei malati

late, infortunate o comunque bisognose di assistenza, ma la cui situazione non riveste carattere di emergenza».

Anche nella situazione oggetto di giudizio, che pure appariva decisamente caratterizzata da profili sanitari, la Corte ha ritenuto che i servizi indicati rientrassero in entrambe le tipologie di attività previste dagli allegati A e B della direttiva appalti, ma si è nuovamente astenuta dallo stabilire quale delle due componenti (trasporto o sanità) fosse prevalente. Il Giudice infatti ha dato atto che la Commissione (ricorrente) aveva dichiarato di «non disporre di elementi di informazione sufficienti per stabilire quali servizi, ossia di trasporto o sanitari, siano prevalenti negli appalti identificati»; ha reputato «lecito immaginare» nel caso sottoposto al suo giudizio l'esistenza «tanto (di) appalti caratterizzati da una prevalenza del valore dei servizi di trasporto su quello dei servizi sanitari, quanto (di) appalti caratterizzati dalla prevalenza inversa»¹⁶. Ma poiché nel caso sottoposto al suo esame non erano stati rispettati neppure i requisiti «minimi» di pubblicità richiesti dalla direttiva appalti per l'affidamento dei servizi «prevalentemente sanitari», la Corte ha dichiarato sussistente l'illegittimità rispetto alle norme dell'ordinamento europeo, senza doversi addentrare in ulteriori specificazioni.

Se si volesse in ogni caso provare a trarre qualche conclusione dagli assunti contenuti nelle pronunce esaminate, se ne potrebbe comunque almeno desumere che il trasporto sanitario «ordinario» (come viene generalmente denominato, per distinguerlo da quello di emergenza, il trasporto sanitario che non ha ad oggetto malati, bensì soltanto farmaci o organi, oppure quello che riguarda il trasferimento programmato di soggetti che non necessitano di prestazioni assistenziali particolarmente qualificate, pur se svolto per finalità sanitarie) vada considerato un tipo di servizio in cui prevale decisamente l'attività di «trasporto terrestre», di cui all'allegato A della direttiva appalti. Da ciò deriva che le modalità di affidamento di tale tipologia di servizio devono certamente sottostare integralmente all'applicazione della direttiva stessa: le stazioni appaltanti debbono pertanto emanare un bando di gara, in cui vanno indicate in modo puntuale tutte le specifiche tecniche richieste, lo devono sottoporre alle forme di pubblicità previste a livello europeo, affinché possa esserci un effettivo confronto competitivo fra più concorrenti; devono scegliere i contraenti in base ai criteri disciplinati dalle disposizioni della direttiva.

Per contro, al trasporto «prevalentemente sanitario», caratterizzato dalla presenza di «aspetti medici», non sarebbe necessario applicare tutte le regole

¹⁶ *Ibidem* punti 118 e 119.

europee relative alle gare di appalto, bensì soltanto i principi di trasparenza, economicità, non discriminazione nelle procedure di affidamento, nonché l'obbligo di pubblicità degli esiti dell'affidamento dell'appalto stesso. Ma il riferimento agli «aspetti medici» delle prestazioni, contenuto nelle pronunce della Corte risulta, come si è detto, molto vago e lascia spazio a significativi margini di incertezza.

Proviamo ad evidenziarli. Non è chiaro in primo luogo se gli aspetti «medici» (che come «medici» e non come «sanitari» sono indicati in tutte le lingue ufficiali in cui è redatta la sentenza) vadano riferiti esclusivamente al personale che presta assistenza – personale sanitario qualificato – la cui presenza può valere a caratterizzare in modo specifico come prevalentemente sanitaria l'attività svolta: non è chiaro neppure, peraltro, se debba essere considerato tale soltanto il personale medico e infermieristico o se invece sia sufficiente a connotare il servizio di trasporto come «prevalentemente sanitario» anche la presenza necessaria di personale volontario e non professionale, che sia però tecnicamente qualificato in quanto soggetto ad una formazione certificata delle competenze sanitarie e di soccorso, così come è richiesto ad esempio da molte leggi delle regioni italiane sul trasporto sanitario di emergenza.

Inoltre ci si può ulteriormente chiedere se e in quale misura possa essere considerata determinante del valore delle prestazioni «prevalentemente sanitarie», anche la componente relativa all'utilizzo di mezzi di trasporto (ambulanze o altri mezzi sanitari attrezzati) o, *tout court*, l'impiego necessario di strumentazione tecnica: sono infatti elementi idonei ad incidere in maniera rilevante su una quantificazione in termini di valore (anche economico) delle prestazioni erogate¹⁷.

I sommari accenni agli aspetti indicati, contenuti nelle decisioni della Corte, non consentono per ora di risolvere i dubbi affacciati.

Infine, per completare il quadro, già complesso e non del tutto uni-

¹⁷ Sembra tenere conto di tutte le componenti indicate ai fini della quantificazione della «prevalenza» (anche economica) dell'attività sanitaria su quella di trasporto il Tar Campania, sez. I, 27 dicembre 2005, n. 2805/06, che effettua una analisi puntuale delle prestazioni che compongono i servizi di emergenza sanitaria delineati dalla legge regionale campana 11 gennaio 1994 n. 2. Il Tar Campania nella pronuncia citata afferma che: «la dotazione strumentale (monitor ECG/defibrillatore semiautomatico portatile ecc) e la presenza di personale munito di specifiche competenze (*in primis* naturalmente il medico anestesista rianimatore, ma anche l'autista c.d. soccorritore, cioè munito di certificazione di abilità alla esecuzione di manovre di soccorso BLS-D) rendono evidente la prevalenza del servizio sanitario su quello di trasporto, come palesa la stessa definizione dell'ambulanza quale Centro mobile di rianimazione».

il servizio di trasporto dei malati

voco, delle disposizioni che devono essere applicate dalle amministrazioni pubbliche appaltanti in caso di affidamento dei servizi di trasporto sanitario, occorre aggiungere che nel nostro Paese, dopo la recezione della direttiva n. 18/2004 da parte del d.lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) anche nei settori esclusi in tutto o in parte dall'applicazione delle norme sulle gare di appalto dettate dalla direttiva, comunque «l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto» (art. 27).

Tale norma dovrà trovare applicazione pertanto anche in caso di affidamento di servizi di trasporto «prevalentemente sanitario», che pure risultano esclusi dalla applicazione integrale delle norme della direttiva-appalti, in quanto riferibili alle prestazioni di cui nell'allegato B.

2.2. La qualificazione come appalti degli accordi stipulati dagli enti pubblici con le organizzazioni di volontariato che erogano i servizi di trasporto sanitario

In relazione alle prestazioni di trasporto sanitario rese dalle organizzazioni di volontariato sulla base di accordi stipulati con enti pubblici, si pone, tuttavia, un problema ben più radicale e dirimente rispetto a quelli precedentemente esaminati, un problema che non riguarda le modalità di applicazione della direttiva n. 18/2004, bensì la eventualità stessa della sua applicazione. La questione dibattuta è infatti se gli accordi in questione debbano essere definiti appalti di servizi oppure no e, conseguentemente, se essi ricadano nella sfera di applicazione della direttiva n. 18/2004 o ne siano invece totalmente esclusi.

La domanda, almeno in relazione al nostro ordinamento¹⁸, è ancora

¹⁸ In termini decisamente diversi è stata posta dalla Repubblica Federale Tedesca la questione relativa alla non riconducibilità alla disciplina degli appalti degli accordi fra *Länder* e organizzazioni di volontariato (o enti pubblici) in materia di trasporto sanitario. In occasione della controversia, prima richiamata nel testo, che lo ha visto accusato di non rispettare il dettato della direttiva appalti in relazione alle modalità di affidamento dei servizi, lo Stato tedesco, infatti, ha sostenuto che i «servizi pubblici di trasporto sanitario, in quanto parte della politica pubblica di prevenzione dei rischi e di tutela della salute, beneficiano della deroga enunciata dagli artt. 45 CE e 55 CE», (relative alla applicazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi), «il che li esclude dall'ambito di applicazione della normativa dell'Unione sugli appalti pubblici» (C-160/08, punto 65). Secondo lo Stato tedesco, inoltre, l'attività avrebbe natura pubblicistica e l'attività affidata ai prestatori di servizio parteciperebbe all'esercizio di pubblici poteri, come sarebbe dimostrato dal diritto di precedenza accordato ai mezzi di soccorso sanitario, dalle prerogative a questo correlate (uso del lampeggiante e sirena). Lo svolgimento delle attività di soccorso sanitario implicherebbe

una volta strettamente collegata alla incidenza della natura solidaristica e non lucrativa dei soggetti che stipulano con le amministrazioni pubbliche accordi, in base ai quali assumono l'impegno di erogare i servizi di trasporto dei malati. Tale aspetto chiama in causa il modello sociale europeo sotteso alla disciplina della concorrenza e pone nuovi interrogativi circa la compatibilità con quest'ultima del diverso modello sociale delineato dalle nostre leggi (nazionali e regionali), che si manifesta anche attraverso disposizioni volte a sostenere le organizzazioni non profit e a favorirne l'impegno nella erogazione di servizi di interesse generale¹⁹.

Anche tale ulteriore questione – ossia, se e quando si sia in presenza di contratti di appalto per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario – ha costituito oggetto una importante pronuncia della Corte di Giustizia, resa in un giudizio che ha visto contrapposte la Commissione Europea e la Regione Toscana. Proprio dalla decisione richiamata occorre quindi ripartire, per poter successivamente esaminare le ricadute che essa ha avuto sulla legislazione regionale in materia di trasporto sanitario.

Ma vediamo in quali termini si pone il problema.

Secondo la direttiva n. 92/50 si definisce come appalto «un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice»²⁰. Perché ci sia appalto, quindi, è necessario che il prestatore di servizi venga retribuito attraverso un corrispettivo. Coerentemente con tale definizione, i contratti che hanno ad oggetto l'erogazione di servizi per i quali vengano corrisposti soltanto rimborsi delle spese sostenute non sono appalti e conseguentemente non soggiacciono alla applicazione delle direttive n. 92/50 e n. 18/2004.

Nel giudizio seguito alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione nei confronti della Regione Toscana – per aver affidato alle orga-

inoltre l'uso di poteri speciali (imposizione a terzi di obblighi di informazione etc.). La Corte non ha però ritenuto valide tali argomentazioni, affermando che le deroghe alla applicazione dei diritti del trattato previste dagli artt. 45 e 55 devono limitarsi ad attività che «di per sé costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri» e che i trasporti sanitari non rientrano in tale tipologia di attività (punti 75-85 della pronuncia).

¹⁹ Il riferimento è in primo luogo alla legge quadro sul volontariato 11 agosto 1991 n. 266, ma anche a molte leggi di settore (la legge 13 novembre 2000, n. 328, sul sistema integrato di interventi e servizi sociali, la stessa legge 23 dicembre 1978, n. 833, sul Servizio Sanitario Nazionale) che, proprio come le leggi regionali che disciplinano in modo specifico il trasporto sanitario, che esamineremo più avanti, hanno scelto di privilegiare il rapporto fra amministrazioni pubbliche e soggetti non profit per lo svolgimento di servizi alla persona. Ancora una volta, tuttavia, il problema non è solo italiano, come si evince facilmente dalle sentenze della Corte di Giustizia precedentemente citate.

²⁰ Art. 1.

il servizio di trasporto dei malati

nizzazioni di volontariato e alla CRI i servizi di trasporto sanitario senza previa gara (e senza forma alcuna di pubblicità, neppure quella più ridotta, prevista per gli appalti di servizi sociali e sanitari di cui all'allegato B della direttiva n. 18/2004) – quest'ultima ha sostenuto di aver operato legittimamente, proprio perché assumeva che gli accordi stipulati non fossero appalti, dato che le organizzazioni di volontariato non percepivano corrispettivi per le prestazioni rese, bensì ricevevano soltanto rimborsi spese. Gli accordi stipulati, pertanto, secondo la Regione non ricadevano affatto nella sfera di applicazione della direttiva n. 18/2004.

La Corte di Giustizia ha invece disatteso tale ricostruzione della vicenda fornita dalla Regione, poiché i rimborsi previsti dagli accordi stipulati erano forfetari e preventivi, e pertanto dovevano essere considerati equivalenti a forme di retribuzione tariffaria. In termini più espliciti: rimborsi forfetari e preventivi, non essendo corrisposti in base alla dimostrazione (e alla giustificazione) dei costi effettivamente sostenuti, possono agevolmente consentire una sovra compensazione del servizio. I rimborsi di tipo forfetario non vanno considerati quindi come «veri e propri rimborsi», poiché possono celare modalità di finanziamento dei soggetti cui vengono corrisposti. Conseguentemente, secondo ciò che la Corte afferma nella pronuncia citata, in caso di affidamento dei servizi di trasporto sanitario remunerati in tal modo debbono trovare piena applicazione le norme comunitarie relative alle procedure di selezione dei contraenti previste dalle relative direttive europee sugli appalti²¹.

Se ne può quindi trarre la conclusione che esulano dall'ambito di applicazione della direttiva-appalti soltanto gli accordi stipulati fra pubbliche amministrazioni e organizzazioni di volontariato per i quali siano previsti esclusivamente rimborsi delle spese effettivamente sostenute, ma, occorre aggiungere, a patto che i metodi di calcolo dei rimborsi stessi e i modi di rendicontazione consentano inequivocabilmente di escludere la presenza di sovra compensazioni del servizio prestato. Questa, in definitiva, la linea di confine tracciata dalla Corte di Giustizia fra «convenzioni» e appalti di servizi con le organizzazioni di volontariato²².

²¹ È bene tuttavia ricordare che la Corte di Giustizia, pur affermando la non conformità degli accordi-quadro stipulati dalla Regione Toscana con il diritto europeo, non ha emanato una sentenza di condanna. Ha ritenuto infatti che la Commissione (ricorrente) non avesse provato il superamento della soglia comunitaria negli appalti oggetto della controversia, aspetto dirimente ai fini della possibilità di applicazione della disciplina dettata dalla direttiva appalti.

²² In senso conforme alla sentenza della Corte di Giustizia si veda ora anche Tar Lom-

2.3. Il quadro giuridico nazionale

Dopo aver sinteticamente richiamato le principali questioni problematiche che sono state affrontate dalle pronunce della Corte di Giustizia in relazione al tema in esame, può essere utile ricordare brevemente quali sono gli aspetti che vengono principalmente in rilievo nel nostro quadro giuridico nazionale in relazione all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, per porli a confronto con quelli, precedentemente esaminati, che caratterizzano il settore, secondo la disciplina europea.

Il dato normativo da cui occorre partire è costituito innanzitutto dalla legge quadro sul volontariato, 11 agosto 1991 n. 266. In relazione a ciò che qui interessa in modo specifico, essa prevede che i rapporti fra le organizzazioni di volontariato e gli enti pubblici sono regolati da convenzioni (art. 7) e dispone che le leggi regionali disciplinano i «requisiti ed i criteri che danno titolo di priorità nella scelta delle organizzazioni per la stipulazione delle convenzioni, anche in relazione ai diversi settori di intervento» (art. 10)²³. La l. n. 266/1991 stabilisce inoltre che le organizzazioni di volontariato possano svolgere attività commerciali e produttive (solo se) marginali (art. 5), come conseguenza del fatto che la loro caratteristica fondamentale è quella di avvalersi «in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti» (art. 3).

bardia, Milano, sez. I, 13 dicembre 2009, n. 5357, che ha annullato un bando di gara per l'affidamento di servizi di trasporto sanitario riservato ad organizzazioni non profit in quanto prevedeva rimborsi forfetari.

²³ Vale solo la pena di notare come il termine «convenzione» utilizzato dalla legge 266/1991 sia estremamente generico, in quanto fa riferimento ad un rapporto negoziale, che può assumere in concreto contenuti giuridici molteplici, ivi compresi quelli dell'appalto, secondo la ricostruzione offerta dalla Corte di Giustizia Europea. La sola «forma» della convenzione (o la denominazione data all'atto) non consente pertanto di definire quale sia la effettiva sostanza del rapporto instaurato dalle organizzazioni di volontariato con le amministrazioni pubbliche, che va invece esaminato in relazione alle obbligazioni che prevede e alle modalità che definisce. Certamente la logica «originaria» della legge quadro sul volontariato sembrava delineare la convenzione più come un mezzo per coordinare l'attività di interesse generale delle organizzazioni di volontariato con quella delle amministrazioni pubbliche e per garantire loro il sostegno e la promozione da parte degli enti pubblici, che non come contratto per l'affidamento della gestione di servizi. Sulla disciplina e sulla evoluzione delle convenzioni fra amministrazioni pubbliche e organizzazioni di volontariato si veda P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore: considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, ed. Istituto Editoriale Regioni Italiane – Roma, 2005.

il servizio di trasporto dei malati

Se, quindi, secondo la legge che ne detta la disciplina, le organizzazioni di volontariato si connotano per la volontarietà e gratuità delle prestazioni dei soggetti che le compongono – elementi che, in definitiva, ne costituiscono il tratto distintivo anche rispetto ad altre tipologie di soggetti che operano senza scopo di lucro²⁴ – è agevole comprendere perché le disposizioni sopra richiamate siano state spesso invocate per testimoniare la presenza nel nostro ordinamento di un quadro normativo (nonché di una concezione del volontariato) molto distante dall'idea che tali soggetti possano svolgere attività economiche, nonché dall'ipotesi che essi possano operare in regime concorrenziale sul mercato.

Del resto, proprio in forza delle disposizioni della legge 266/1991 (e delle leggi regionali che l'hanno attuata) le amministrazioni pubbliche hanno tradizionalmente ritenuto corretto affidare in modo diretto alle organizzazioni di volontariato i servizi di trasporto sanitario tramite convenzioni, senza operare alcuna forma preventiva di selezione competitiva e senza neppure porsi, per molto tempo, il problema della loro compatibilità con il diritto comunitario.

Dopo l'attenzione mostrata al tema dei servizi sociali dall'Unione Europea²⁵, tuttavia, molte amministrazioni pubbliche hanno iniziato ad affidare i servizi di trasporto sanitario mediante procedure selettive più o meno formalizzate, spesso riservate alle sole organizzazioni di volontariato o talvolta aperte anche ad altri operatori non profit dotati di caratteristiche più chiaramente imprenditoriali, quali le cooperative sociali.

²⁴ Fra le quali ad esempio le cooperative sociali e le associazioni di promozione sociale. Per contro, il tratto comune alle diverse tipologie di soggetti non profit è costituito dal divieto di redistribuzione degli utili.

²⁵ Culminata nella già citata Comunicazione della Commissione 26 aprile 2006 COM(2006) 177, ma preceduta e seguita da altri documenti significativi, quali il Parere del Comitato economico e sociale sul tema «I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale in Europa», emanato nel 2001, C 311/08; la «Guida per l'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle regole dell'Unione Europea in materia di aiuti di Stato, di gare di appalto e mercato interno», SEC (2010) 1545 definitivo, del 7 dicembre 2010, su cui ci si soffermerà più avanti nel testo; nonché la Comunicazione della Commissione «Consultazione relativa ad un'azione comunitaria nel settore dei servizi sanitari», SEC (2006) 1195/4, del 26 settembre 2006; la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: «Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo», COM (2007) 725 definitivo, del 20 novembre 2007.

Negli ultimi anni – in particolare dopo la sentenza della Corte di Giustizia relativa alla Regione Toscana – alcune amministrazioni pubbliche, soprattutto per il timore di incorrere a loro volta in procedure di infrazione da parte della Commissione Europea, hanno cominciato ad affidare i servizi di trasporto mediante gare aperte (utilizzando il criterio del massimo ribasso o quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa).

Attualmente le prassi adottate dagli enti locali competenti, in specie dalle Asl, in relazione all’affidamento dei servizi di trasporto sanitario sono molto differenziate. Si registra una più diffusa sensibilità (o piuttosto un maggior timore) nei confronti dei principi del diritto comunitario, che si accompagna tuttavia anche a notevoli incertezze da parte delle amministrazioni circa le modalità con cui procedere. La varietà di comportamenti delle amministrazioni locali sta dando vita, inevitabilmente, anche ad un crescente contenzioso amministrativo.

Certamente l’ordinamento europeo ha giocato un ruolo decisivo ai fini della introduzione di una maggiore competizione anche fra i soggetti non profit ed ha favorito una più marcata attenzione al valore economico della loro attività. Tuttavia gli stimoli provenienti dalle istituzioni europee si sono inseriti in un processo evolutivo già iniziato da tempo nel terzo settore, che ha dato vita a profondi mutamenti nella sua configurazione, anche dal punto di vista normativo. Non ci si può qui soffermare su tale fenomeno, ampiamente conosciuto, che è stato diffusamente analizzato in dottrina, sia dal punto di vista giuridico che da quello economico e sociologico²⁶. È sufficiente richiamare soltanto alcune delle sue manifestazioni più significative.

In primo luogo la nascita e la regolamentazione legislativa di nuove tipologie di soggetti non profit, fra loro molto differenziate, sorte proprio per rispondere ad esigenze sociali cui le vecchie forme solidaristiche non riuscivano a far fronte in modo adeguato. Tale moltiplicazione delle tipologie di soggetti senza scopo di lucro rende oggi molto più articolato e composito il settore del «privato sociale»²⁷.

²⁶ Fra i moltissimi contributi sull’evoluzione del terzo settore e sul suo ruolo nella erogazione di servizi di pubblica utilità, si vedano, da prospettive disciplinari diverse: C. Cittadino, (a cura di), *Dove lo Stato non arriva: pubblica amministrazione e Terzo settore*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2008; G. Paolo Barbetta, S. Cima, N. Zamaro, (a cura di), *Le istituzioni non profit in Italia: dimensioni organizzative, economiche e sociali* Bologna, 2003; F. Cafaggi, (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, Il Mulino, 2002; I. Colozzi, P. Donati, (a cura di), *La sanità non profit: il ruolo del privato sociale nei servizi sanitari*, Rimini, Maggioli, 2000.

²⁷ Sulla evoluzione del terzo settore e sulla diversa disciplina dei soggetti che lo com-

il servizio di trasporto dei malati

Si è inoltre già ricordato in precedenza come i soggetti senza scopo di lucro abbiano assunto un ruolo sempre più rilevante nella erogazione dei servizi alla persona, proprio per le loro caratteristiche di tipo solidaristico e sociale. A ciò occorre aggiungere che i loro interventi hanno progressivamente raggiunto livelli sempre più elevati di professionalità, anche quando gli operatori che erogano in concreto le prestazioni lo fanno a titolo volontario. Infine va sottolineato come l'organizzazione di molti soggetti del terzo settore abbia assunto forme tendenzialmente imprenditoriali, aspetto, quest'ultimo, che ha riguardato in modo più o meno accentuato tutte le tipologie dei soggetti non profit²⁸.

Anche i giudici amministrativi italiani, per molto tempo decisamente contrari all'idea di un possibile connubio fra assenza di lucro e concorrenza, hanno iniziato negli ultimi anni a tenere conto della evoluzione precedentemente descritta e, al tempo stesso, cominciano a rileggere il quadro normativo nazionale anche alla luce dei principi introdotti dall'ordinamento europeo.

Come è noto, infatti, il TAR e il Consiglio di Stato hanno espresso la tesi della incompatibilità fra natura non profit e selezione concorrenziale in particolar modo con riferimento alle organizzazioni di volontariato, considerando la disciplina della legge-quadro 266/1991 (così come la normativa regionale che le ha dato attuazione) ostativa alla loro partecipazione a gare di appalto per l'affidamento di servizi sociali. Tale assunto si fondava soprattutto sulla interpretazione delle disposizioni della legge-quadro che prevedono l'impiego prevalente, da parte delle organizzazioni in questione, di personale volontario non retribuito. Tale elemento è stato ritenuto in grado di falsare in ogni caso gli equilibri di un eventuale confronto competitivo delle organizzazioni di volontariato con soggetti privati dotati di caratteristiche diverse²⁹.

pongono cfr. P. Consorti, *Identità giuridica del terzo settore e dei suoi principali soggetti*, in *Non profit: diritto, management, servizi di pubblica utilità*, 2010, 21.

²⁸ In modo particolare la organizzazione imprenditoriale è riferibile alle cooperative sociali, ma può riguardare tutti i soggetti senza scopo di lucro «che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale», che possono acquisire la qualifica di «impresa sociale» in base al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, su cui cfr. F. Alleva, *L'impresa sociale italiana*, Milano, Giuffrè, 2007.

²⁹ Fra le sentenze che hanno affermato come l'impiego prevalente di personale volontario determini inevitabilmente un effetto distorsivo della concorrenza, a danno degli operatori economici operanti sul mercato: cfr. Tar Piemonte Torino, sez. II, 18 aprile 2005 n. 1043; Tar Piemonte Torino, sez. II, 31 marzo 2006 n. 1604; Tar Piemonte Torino, sez. II 12

Tuttavia la giurisprudenza amministrativa più recente si va allineando progressivamente alle posizioni espresse dalla Corte di Giustizia Europea: molte pronunce dei giudici amministrativi ormai considerano ammissibile la partecipazione delle organizzazioni di volontariato alle procedure selettive per l'affidamento degli appalti di servizi³⁰ ed in alcuni casi anzi chiaramente affermano la necessità che tali procedure vengano effettuate, quando ricorrano i presupposti previsti dal diritto europeo e dal codice degli appalti³¹.

Ma le incertezze giuridiche non riguardano soltanto il profilo relativo alla necessità di affidare i servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato mediante procedure selettive. Anche la tipologia di gara da utilizzare pone interrogativi di non semplice soluzione.

Come si è, infatti, già precedentemente anticipato, molte organizzazioni di volontariato svolgono da lungo tempo una attività rilevante nel settore dei servizi sociali (ed in specie in quelli socio-sanitari) e molte leggi che disciplinano tali servizi hanno riconosciuto loro (anche in attuazione del

giugno 2006 n. 2323; Tar Veneto, sez. I, 13 novembre 2004 n. 481; Tar Lombardia, Milano, sez. III 14 marzo 2003 n. 459; Tar Campania, Napoli, sez. I, 2 aprile 2007 n. 3021; Tar Campania, Napoli, sez. I, 2 luglio 2007 n. 6411; Tar Campania, Napoli, sez. I, 31 marzo 2008 n. 1666; Cons. Stato sez.V, 10 maggio 2005 n. 2345. In senso analogo anche i pareri dell'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici n. 29 del 31.1.2008; n. 266 del 17.12 2008; n. 26 del 26.2.2009; n. 131 del 19.11.2009, secondo i quali peraltro la gratuità delle prestazioni non consente di qualificare come imprenditoriale l'attività delle organizzazioni di volontariato, che, per espressa previsione di legge, possono svolgere soltanto attività commerciali marginali. Occorre peraltro rilevare come la nozione di impresa ricavabile dal codice civile, a cui si ricollega anche il regime tributario cui sono sottoposte le organizzazioni di volontariato, è decisamente molto diversa da quella propugnata dalla Corte di Giustizia Europea. Anche da questo punto di vista, tuttavia, va evidenziato come la legislazione italiana si stia gradualmente adeguando allo strumentario concettuale (e lessicale) elaborato dell'ordinamento europeo: è una conferma di tale avvicinamento l'introduzione della disciplina relativa alla impresa sociale, di cui alla nota precedente, ispirata proprio dalla volontà di rendere compatibili la assenza di fine di lucro con la organizzazione imprenditoriale.

³⁰ Tar Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002 n. 1206, in *Foro Amm. (Tar)*, 2003, 85, con nota di L. Musselli, *Applicabilità dei principi concorrenziali e regime di convenzionamento tra pubblica amministrazione ed enti non profit: il caso dell'affidamento del servizio di trasporto malati da parte di un'azienda ospedaliera*; Tar Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729; Tar Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318. Rilevanti anche Cons. St., sez.V, 30 agosto 2006, n. 5072; Cons. St., sez.VI, 30 giugno 2009, n. 4236; Cons. St., sez.VI, 16 giugno 2009 n. 3897; Cons. St., sez.V, 26 agosto 2010, n. 5956. Si segnalano anche alcune recentissime pronunce: ord. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 3151; Tar Milano, sez. I, 3 novembre 2011, n. 2614.

³¹ Tar Piemonte, sez. I, 9 aprile 2009, n. 985; Tar Campania, Napoli, sez. I, 27 luglio 2011, n. 4088.

il servizio di trasporto dei malati

principio di sussidiarietà sancito dall'art. 118, u.c., Cost.) il ruolo di interlocutori privilegiati delle amministrazioni pubbliche competenti. Ciò induce gli enti locali a bandire gare riservate soltanto a tali organizzazioni, o al massimo aperte ad altri soggetti senza scopo di lucro.

L'esclusione degli operatori economici privati che operano per finalità lucrative dalla possibilità di partecipare alle selezioni per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ripropone infatti, sotto altro profilo, il problema della conformità al diritto europeo delle gare che prevedono siffatte restrizioni. Il problema riguarda pertanto l'ampiezza del confronto concorrenziale che deve essere garantito per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario.

Come avremo modo di vedere tra breve, la problematica indicata ha suscitato controversie soprattutto in relazione all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ordinario (in specie di quelli che hanno ad oggetto farmaci o organi e non malati). Si tratta evidentemente di attività in cui la assenza della dimensione relazionale di tipo personale, che caratterizza invece il trasporto sanitario di emergenza e comunque il trasporto di ammalati, rende più marcata la componente economica e, per contro, meno rilevante quella sociale³².

L'orientamento dei giudici amministrativi sulla legittimità delle gare riservate ai soggetti non profit, tuttavia, non è univoco né stabile. Ci sono infatti sentenze che affermano la legittimità di procedure di selezione per l'affidamento dei servizi in cui vengono ammesse esclusivamente le organizzazioni di volontariato, a patto che siano chiare e ragionevoli nel bando le motivazioni che inducono le amministrazioni a preferire tali soggetti³³; altre pronunce, invece, negano la legittimità di gare che escludano gli operatori economici interessati a concorrere alla selezione, proprio in considerazione della incidenza dei principi del diritto europeo³⁴.

3. Limiti e modalità delle procedure selettive di affidamento

I temi cui si è appena accennato impongono di riflettere ulteriormente su quali siano i vincoli europei che condizionano le procedure selet-

³² Si tornerà in seguito su tale aspetto, in relazione alla legislazione della Regione Marche e di quella Toscana.

³³ Tar Campania, sez. I, 9 marzo 2006, n. 2805; Tar Puglia, Bari, sez. I, 11 ottobre 2011, n. 1510. Si veda inoltre, ancorché riferibile ad un caso peculiare, Tar Sicilia, sez. III, 15 aprile 2009, n. 689.

³⁴ Tar Piemonte, Torino, sez. I, 3 aprile 2009, n. 985.

tive attraverso le quali le amministrazioni, in caso di appalto, devono scegliere i soggetti affidatari dei servizi di trasporto sanitario.

È indubbio, infatti, che la disciplina relativa agli appalti, prima sinteticamente illustrata, richiede per l'affidamento dei servizi la emanazione di bandi di gara, nonché la pubblicità delle procedure e dei relativi risultati. Tuttavia, dai documenti dell'Unione Europea che si occupano dell'argomento risulta altrettanto evidente come le stazioni appaltanti dispongano di ampi margini di discrezionalità nella definizione dei contenuti dei bandi stessi, discrezionalità che può riguardare ad esempio i requisiti da richiedere ai concorrenti, le modalità di erogazione delle prestazioni e, in definitiva, la individuazione della specifica «missione» attribuita al servizio da affidare.

Gli spazi decisionali cui si è fatto cenno possono consentire pertanto di condizionare le modalità di svolgimento dei servizi alle priorità e agli obiettivi di tipo sociale che essi devono raggiungere. Si tratta di elementi rilevanti per i servizi di trasporto sanitario, tanto da aver costituito fino ad ora i presupposti culturali del loro affidamento in via privilegiata alle organizzazioni del volontariato.

In realtà, i principi e le norme del diritto europeo (nonché le disposizioni nazionali che li hanno recepiti) non impongono alle amministrazioni pubbliche il radicale abbandono di qualsiasi considerazione della funzione sociale dei servizi da affidare, né escludono la possibilità di valorizzare il ruolo solidaristico dei soggetti non profit cui tali servizi sono stati tradizionalmente affidati. La normativa europea impone, piuttosto, una maggiore attenzione alla effettiva esistenza di ragioni che inducano a conformare in un determinato modo lo svolgimento del servizio da affidare, per evitare che le amministrazioni operino scelte inefficienti e poco trasparenti, quando non discriminatorie, nella individuazione di coloro che devono erogare le prestazioni. Ciò non implica tuttavia in modo automatico un ricorso indiscriminato al mercato, che con riferimento ai servizi alla persona non costituisce necessariamente il modo migliore per raggiungere gli obiettivi di interesse pubblico che tali servizi si prefiggono di raggiungere.

Da questo punto di vista, l'osservazione delle prassi che si vanno instaurando induce talvolta addirittura a ritenere che le amministrazioni locali stiano passando, in modo forse inconsapevole, dalla precedente assoluta mancanza di attenzione alle opportunità offerte da un confronto competitivo «governato», ad un atteggiamento difensivo, dettato dal timore di incorrere in procedure di infrazione comunitaria, che spesso le porta ad una applicazione meccanica della disciplina europea, senza tenere nella dovuta considerazione le effettive possibilità di adeguamento delle procedure concorsuali per la selezione dei soggetti affidatari dei servizi alle necessità di

il servizio di trasporto dei malati

cura dell'interesse pubblico, che pure essa offre (o quanto meno non impedisce).

Un esempio può essere utile per rendere più esplicita tale impressione.

Si è già avuto modo di chiarire in precedenza come una corretta applicazione della disciplina sugli appalti non impedisca alle amministrazioni competenti di affidare i servizi di trasporto prevalentemente sanitario in modo diretto, senza previa gara, alle organizzazioni di volontariato purché queste ultime percepiscano per le prestazioni erogate soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute. Tale ipotesi, infatti, che esclude qualunque forma di corrispettivo, sottrae le convenzioni stipulate con i soggetti non profit all'ambito di applicazione della direttiva sugli appalti. Gli enti locali, tuttavia, sempre più frequentemente evitano di percorrere tale strada ed affidano invece i servizi di trasporto sanitario tramite gare riservate alle sole organizzazioni di volontariato. La soluzione prescelta potrebbe apparire virtuosa, in quanto ispirata dall'esigenza di verificare la effettiva idoneità delle organizzazioni coinvolte ad erogare in modo adeguato i servizi richiesti, nonché dettata dall'intenzione di non riconfermare in maniera inerziale posizioni di vantaggio già acquisite dai soggetti tradizionalmente inseriti nel circuito delle relazioni con gli enti pubblici. Tuttavia le modalità di gestione e gli esiti delle gare sembrano molto spesso testimoniare come invece la scelta di procedere in attuazione dei dettami della direttiva sugli appalti sia da collegare piuttosto alle difficoltà delle pubbliche amministrazioni a sostenere la gestione burocratica dei sistemi di rendicontazione dettagliati e analitici (di rimborsi non forfetari) necessari per escludere la qualificazione come appalti degli accordi stipulati con le organizzazioni di volontariato. La gara – riservata alle stesse organizzazioni cui si potrebbe affidare più celermente il servizio a patto di una gestione più chiara, puntuale e trasparente della rendicontazione delle spese sostenute – diventa in definitiva soltanto un *escamotage* formale per cercare di non incorrere nelle procedure di infrazione.

Addirittura ancora meno virtuoso quanto ai suoi effetti può risultare talvolta l'esito di gare aperte (che pure sono certamente più conformi al dettato delle norme europee), in cui però l'attenzione viene generalmente concentrata esclusivamente sul costo delle prestazioni, tanto da far passare in secondo piano (quando non trascurare del tutto) una definizione chiara dei requisiti qualitativi e dei modi di espletamento del servizio, connessi alle esigenze di tipo sociale che caratterizzano i servizi alla persona (compresi quelli di trasporto sanitario di urgenza). Il risultato di tale operazione conduce, infatti, in alcuni casi le amministrazioni a privilegiare soggetti che riescono a tenere molto bassi i costi delle prestazioni, erogando però i servizi

in modo decisamente meno rispondente ai requisiti di qualità (anche sociale) necessari, o comunque precedentemente garantiti.

È invece importante ribadire come, anche nell'ipotesi in cui gli enti pubblici intendano selezionare mediante gare di appalto i soggetti cui affidare l'erogazione delle prestazioni di trasporto sanitario, la normativa europea non impedisce che le amministrazioni inseriscano nei bandi requisiti finalizzati a valorizzare gli elementi di tipo sociale, connessi alla tipologia di servizio.

Sono molto chiare al riguardo le indicazioni fornite dalla «Guida per l'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle regole dell'Unione Europea in materia di aiuti di Stato, di gare di appalto e mercato interno» del 2010³⁵, che contiene peraltro riferimenti specifici proprio ai servizi alla persona. In tale documento vi sono infatti alcuni paragrafi che puntualizzano la possibilità di introdurre nei bandi di selezione per l'affidamento dei servizi anche requisiti che valorizzino aspetti qualitativi ritenuti importanti in relazione alla tipologia di servizio da affidare. La Commissione esclude espressamente che il criterio più adeguato a garantire un confronto utile fra concorrenti debba essere necessariamente quello del massimo ribasso.

La Guida prende in considerazione e considera ammissibili «a certe condizioni» perfino criteri che, in astratto, possono contrastare con i principi di parità di trattamento e non discriminazione fra i concorrenti: le deroghe alla applicazione dei criteri concorrenziali che derivano dall'introduzione dei requisiti suddetti possono essere inserite nei bandi di gara, a patto che siano chiaramente motivate dalla necessità di raggiungere gli scopi propri della tipologia del servizio, nonché proporzionate all'obiettivo perseguito³⁶.

I bandi di gara, pertanto, nei limiti della ragionevolezza, della chiarezza della motivazione e della proporzionalità rispetto agli obiettivi da raggiungere, possono prevedere anche requisiti che consentano di dare rilevanza al valore sociale dei servizi da affidare, ai quali sono generalmente più aderenti le organizzazioni di volontariato, pur se ammesse alla selezione in concorrenza con altre tipologie di soggetti. I bandi possono dare esplicito rilievo,

³⁵ SEC(2010) 1545 definitivo del 7.12.2010.

³⁶ La Guida citata nel testo porta l'esempio della introduzione nel bando, fra i criteri di selezione, della conoscenza del contesto locale da parte di coloro cui verrà affidato il servizio ed afferma che si tratta di un criterio che in astratto potrebbe prestarsi ad una discriminazione dei concorrenti su base territoriale, ma che tuttavia è ammissibile se si dimostra che esso è essenziale per la buona riuscita del servizio ed è collegato alla tipologia delle prestazioni richieste (cfr. punto 4.2.9.).

il servizio di trasporto dei malati

ad esempio, al radicamento dei soggetti affidatari nel territorio; alla loro conoscenza del contesto culturale; alla la comprovata esperienza del personale impiegato; alla consolidata qualità dimostrata nell'attività precedentemente svolta.

In definitiva, attraverso i requisiti qualitativi gli enti locali possono valorizzare proprio le peculiarità collegate alla dimensione solidaristica delle organizzazioni, che si manifesta anche attraverso l'azione di sensibilizzazione sociale, di prevenzione, di individuazione dei bisogni che esse affiancano alla erogazione delle prestazioni e che si esprime spesso attraverso la loro partecipazione alla progettazione dei servizi.

A quanto finora detto occorre inoltre aggiungere che la possibilità di attribuire rilievo al valore sociale dell'attività svolta dalle organizzazioni di volontariato è pienamente compatibile anche con le disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici del 2006, che all'art. 2 comma 2 afferma espressamente che: «Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

A questo fine l'utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (piuttosto che quello del massimo ribasso) può consentire agevolmente di affiancare al prezzo del servizio anche gli altri parametri (sia di tipo organizzativo che qualitativo)³⁷ precedentemente indicati. L'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si ricollega, infatti, più «naturalmente» anche alla decisione di effettuare la selezione dei contraenti attraverso una procedura ristretta (disciplinata dall'art. 55 del codice dei contratti pubblici). Tale soluzione tuttavia implica in ogni caso la valutazione di una pluralità di offerte, ma consente di calibrare più puntualmente i requisiti che vengono richiesti ai concorrenti, purché essi siano

³⁷ La utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa al fine di prendere in considerazione requisiti di qualità che appaiono importanti alla stazione appaltante è suggerita espressamente anche dalla «Guida per l'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle regole dell'Unione Europea in materia di aiuti di Stato, di gare di appalto e mercato interno», citata, al § 4.2.5. La possibilità di includere parametri di tipo sociale nelle procedure di aggiudicazione basate sul criterio dell'offerta più vantaggiosa è espressamente suggerito anche dalla «Guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici» (cfr. p. 37) elaborata dalla Commissione Europea nel 2010 e pubblicata nel 2011. Obiettivo di tale ultimo documento è proprio lo sviluppo della coesione sociale in Europa e della promozione del modello sociale europeo.

chiaramente e ragionevolmente correlati alle esigenze specifiche del servizio da affidare.

Ulteriore e diverso è invece il problema della compatibilità con il diritto europeo di gare riservate alle sole organizzazioni di volontariato (o alle sole organizzazioni del terzo settore).

La «Guida per l'applicazione ai servizi di interesse economico generale», precedentemente citata, prende in considerazione in modo specifico anche tale ipotesi ed afferma come essa costituisca una violazione del principio della uguaglianza e non discriminazione degli operatori economici e pertanto, in linea generale non sia consentita.

Anche in relazione a tale divieto, tuttavia, sono possibili deroghe, sottoposte però a condizioni più complesse. La Commissione si richiama alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha affrontato tale problema, sostenendo che le amministrazioni pubbliche possono limitare le gare ad organismi a scopo non lucrativo soltanto se ciò sia previsto da norme di diritto interno (norme nazionali o regionali) che, allo scopo di garantire il raggiungimento degli obiettivi sociali perseguiti dai servizi sociali disciplinati, ne consentano l'affidamento in via esclusiva ai soggetti non profit. Secondo l'orientamento giurisprudenziale richiamato, infatti, affinché la deroga al principio di eguaglianza e non discriminazione fra operatori economici sia ammissibile, è necessario che essa si inserisca in un sistema più generale di regolamentazione del servizio, che ne renda evidente la coerenza con il fine del raggiungimento degli obiettivi sociali che il servizio deve perseguire³⁸.

³⁸ Nella Guida allo svolgimento dei servizi sociali la Commissione risponde in modo puntuale alla domanda circa la ammissibilità di gare riservate alle organizzazioni non profit (punto 4.2.10). Come si è detto, nel documento si afferma che, in linea di principio, in base alla direttiva appalti non è ammessa la possibilità di limitare la partecipazione soltanto a determinate categorie di soggetti, perché ciò comporterebbe la violazione dei principi di non discriminazione e di eguaglianza fra gli operatori. La Guida precisa però che, cionondimeno, «il diritto nazionale (generale e astratto, quindi il livello legislativo nazionale o regionale) può definire regole che disciplinano situazioni particolari e che limitano l'affidamento di alcuni servizi a soggetti non profit. La legittimità di tali normative nazionali sarà giustificata se necessaria e proporzionata al fine del conseguimento di obiettivi sociali perseguiti dal sistema di sicurezza sociale». Tali affermazioni si richiamano ai principi che la Corte aveva espresso con le sentenze *Sodemare* (CGUE 17 giugno 1997 C-70/95) ed *Ambulanzen Glöckner* (C-475/99 del 2001). Nella prima delle due sentenze (su cui si tornerà più avanti nel testo) la Corte aveva dichiarato legittima la riserva di servizi di tipo sociale a soggetti non profit, in ragione dell'impianto solidaristico della erogazione e della organizzazione del servizio, così come era disciplinata dalla legge regionale oggetto di valutazione; nella seconda pronuncia (*Ambulanzen Glöckner*, relativa al trasporto sanitario di emergenza in un *Land* tedesco), la Corte

il servizio di trasporto dei malati

La legittimità delle gare riservate ai soggetti non profit, peraltro, sarà inevitabilmente condizionata anche dalla legittimità – in specie in punto di ragionevolezza e proporzionalità delle scelte effettuate – delle norme (statali o regionali) che ne prevedono o ne consentono l'espletamento.

Da tali argomentazioni, in conclusione, risulta chiaro come l'ipotesi di gare di appalto dei servizi di trasporto sanitario (di servizi resi a fronte di corrispettivi), riservate alle sole organizzazioni di volontariato, è praticabile soltanto a condizione che gli enti locali operino in base ad un fondamento normativo chiaro. Tale tipologia di gare, in altri termini, sarà legittima soltanto se le leggi regionali che disciplinano i servizi di trasporto sanitario ne caratterizzino l'organizzazione in senso solidaristico, ne rendano evidente il valore sociale, in quanto servizi volti alla garanzia in termini universali del diritto fondamentale alla salute e finalizzati a dare attuazione al principio della dignità della persona. Le norme che regolano il servizio di trasporto sanitario, pertanto, dovranno disciplinare anche le modalità del suo affidamento ed eventualmente, in tale contesto, potranno prevedere l'espletamento di gare ad accesso limitato ai soli soggetti non profit, se ciò risulti coerente con il sistema di erogazione delle prestazioni delineato.

Proprio perché l'attività di trasporto sanitario può avere anche una oggettiva rilevanza economica, l'Unione Europea richiede, in definitiva, che la posizione di «vantaggio» accordata ai soggetti non profit rispetto agli operatori economici sia il risultato di una scelta consapevole da parte degli Stati membri. Una scelta dettata dalla volontà di valorizzare la loro funzione sociale in relazione alla tipologia dei servizi da erogare e che renda evidente come la specifica missione di interesse pubblico cui tali servizi sono preordinati non sarebbe raggiunta in modo analogo attraverso un ricorso pieno alle regole di mercato.

4. Le vicende regionali italiane più recenti e rilevanti

La ricognizione appena svolta permette ora di affrontare l'esame delle specifiche vicende regionali cui si è precedentemente accennato, attraverso le quali si potrà verificare quanto il tema dell'affidamento dei trasporti sanitari sia anche in concreto rilevante e controverso.

aveva affermato la «non illegittimità» di una legge che attribuiva posizioni di vantaggio alle organizzazioni di volontariato nella gestione del servizio di trasporto d'urgenza, in quanto ciò risultava necessario a salvaguardare, nel contesto specifico analizzato, la missione di interesse generale del servizio stesso.

Le situazioni che verranno analizzate sono ancora *in itinere*, ma consentono già di individuare le linee di tendenza che si vanno delineando e di riflettere sui diversi modelli legislativi attraverso i quali le regioni italiane stanno cercando di conciliare il riconoscimento di un ruolo prioritario all'attività prestata dalle organizzazioni di volontariato nell'ambito dell'intervento sanitario di emergenza, con i principi dell'ordinamento europeo affermati nelle pronunce della Corte di Giustizia precedentemente esaminate.

4.1. La legge sul trasporto sanitario della Regione Marche

È opportuno prendere le mosse dalla legislazione regionale delle Marche in materia di trasporto sanitario, che ha subito nei tempi più recenti ripetuti e controversi mutamenti, particolarmente emblematici del clima di incertezza che regna sul tema, proprio perché sono stati posti in essere sotto la pressione di una procedura di infrazione preannunciata dalla Commissione dell'Unione Europea.

I fatti si possono riassumere brevemente.

La gestione del trasporto sanitario è disciplinata nelle Marche nell'ambito della L.R. 30 ottobre 1998 n. 36 sulla «emergenza sanitaria», che ha regolato tanto il trasporto di emergenza (art. 20), quanto il trasporto programmato di infermi (art. 21).

Al testo originario della legge è stato aggiunto, dalla L.R. 10 giugno 2008 n. 13, l'art. 10 bis. Tale disposizione – dopo aver riconosciuto nel suo primo comma il valore di interesse generale dell'attività di trasporto sanitario, improntato ai criteri di universalità, solidarietà, economicità e appropriatezza – stabiliva nei commi successivi che tanto il trasporto di urgenza quanto quello programmato dovessero essere assicurati in primo luogo dalle Asl e dall'INRCA³⁹ e, ove ciò non fosse possibile, «in via prioritaria» mediante «l'affidamento di tutti i servizi a carico del servizio sanitario regionale alle associazioni di volontariato, alla CRI e agli altri enti pubblici accreditati». L'articolo specificava inoltre che i rapporti con tali soggetti dovessero essere regolati da convenzioni. Solo nel caso in cui l'affidamento ai soggetti indicati in precedenza non fosse stato possibile, le Asl avrebbero potuto affidare il servizio di trasporto sanitario a soggetti diversi dalle organizzazioni di volontariato e dalla CRI, mediante bandi di gara con procedure aperte.

³⁹ Istituto Nazionale di Ricerca, Cura e Assistenza, ente pubblico con autonomia imprenditoriale, sottoposto alla disciplina del d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288.

il servizio di trasporto dei malati

A tali disposizioni seguiva inoltre la previsione per cui le convenzioni con le associazioni di volontariato, la CRI e gli altri enti pubblici accreditati dovessero prevedere «l'esclusiva erogazione dei rimborsi delle spese effettivamente sostenute, secondo i criteri stabiliti dalla Giunta regionale».

La delibera della Giunta regionale con cui è stato definito lo schema delle convenzioni per il trasporto sanitario, nonché quello relativo alle modalità di rimborso, è stata emanata nel 2009 (DGR 1004/2009). Poco tempo dopo la sua emanazione, essa è stata impugnata davanti al Tar Marche da un operatore privato, una srl, che ha lamentato l'illegittimità della previsione relativa all'affidamento «in via prioritaria» alle organizzazioni di volontariato anche dei servizi di trasporto «non strettamente sanitario», che non riguarda cioè direttamente i malati, pur essendo attinente all'ambito sanitario in senso più ampio.

Il Tar non si è ancora pronunciato nel merito, ma, ritenendo non manifestamente infondata la questione proposta dalla società ricorrente, ha intanto sospeso l'efficacia della delibera regionale limitatamente al trasporto «non strettamente sanitario», che l'ordinanza individua «a titolo esemplificativo e non esaustivo» nel trasporto di plasma, di organi e di materiali sanitari vari⁴⁰.

Già nel 2008 era stata emanata dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il mercato una segnalazione relativa al medesimo art. 10 bis della legge marchigiana⁴¹, in cui venivano sollevate più in generale «perplexità» sulla norma «nella parte in cui affida il servizio di trasporto sanitario in via prioritaria alle associazioni di volontariato, CRI e enti pubblici accreditati». L'AGCOM sottolineava inoltre come, secondo il diritto comunitario, «anche le organizzazioni di volontariato che forniscono trasporto di urgenza, pur ispirate a principi di solidarietà»... «sono imprese ai sensi del diritto antitrust» e concludeva la propria segnalazione affermando che «nella prospettiva antitrust è sempre preferibile, anche in presenza di organizzazioni di ispirazione solidaristica ma che svolgono comunque attività economica, scegliere il fornitore di servizi pubblici mediante procedure selettive».

Nel dicembre 2010, in occasione dell'approvazione della legge di bilancio⁴², il Consiglio Regionale delle Marche ha inaspettatamente e repentinamente modificato l'art. 10 bis della legge 36/1998, eliminando totalmente la previsione dell'affidamento di qualunque tipologia di servizio di

⁴⁰ Ordinanza n. 527 del 18.9.2009.

⁴¹ Segnalazione AS487 del 18 novembre 2008, pubblicata in http://coes.altervista.org/fileadmin/Archivio_Marche/ANTITRUST_su_gara_appalto_anpas_e_privati_pdf_01.pdf.

⁴² L.R. Marche, 28 dicembre 2010, n. 20.

trasporto sanitario (d'urgenza o non) in via prioritaria alle organizzazioni di volontariato e prevedendo, per contro, che tali servizi venissero affidati esclusivamente mediante contratti di appalto a soggetti (accreditati ma) selezionati mediante gara, secondo le regole del codice dei contratti pubblici, emanato in attuazione della direttiva n. 18/2004.

La modifica legislativa, approvata dal Consiglio Regionale in modo convulso e senza il minimo dibattito, è stata originata dalla minaccia di apertura di una procedura di infrazione per violazione della direttiva n. 18/2004, preannunciata dalla Commissione Europea⁴³, a sua volta sollecitata dall'esposto di un operatore privato⁴⁴ che lamentava la impossibilità di concorrere per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ordinario.

Le conseguenze, sia sul piano dell'efficienza dei servizi che su quello strettamente economico, prodotte dalla modifica legislativa frettolosamente adottata dal Consiglio Regionale marchigiano, nonché la considerazione del valore (anche sociale) riconosciuto all'operato svolto dalle associazioni di volontariato che avevano gestito fino a quel momento il servizio, hanno portato ad una ulteriore riscrittura dell'art. 10-*bis* della legge regionale, ad opera della l.r. 11 aprile 2011, n. 6.

Questa volta la disciplina adottata è stata più dibattuta e articolata. La Regione Marche ha imboccato la strada della distinzione fra trasporto «sanitario e prevalentemente sanitario», da un lato, e «trasporto non prevalentemente sanitario», dall'altro, in considerazione sia del diverso regime giuridico cui sono sottoposte le due attività secondo la direttiva n. 18/2004, sia dell'orientamento (ricordato precedentemente) della Corte di Giustizia Europea su tale materia, secondo il quale il regime da applicare ai servizi di trasporto sanitario va valutato «in concreto» in base alla prevalenza della tipologia di prestazioni di cui essi si compongono.

Il trasporto «sanitario o prevalentemente sanitario» (che secondo la legge marchigiana non è soltanto il trasporto di emergenza e urgenza, ma ricomprende anche il trasporto di malati «con necessità di assistenza *in itinere* di personale sanitario o di personale adeguatamente formato») deve essere affidato in via prioritaria mediante convenzioni, stipulate direttamente con le organizzazioni di volontariato e con la CRI, in base a criteri di «economicità, efficienza e non sovra compensazione delle spese sostenute». Alle

⁴³ Di tale motivazione dà conto la relazione istruttoria che accompagna l'ultima delibera della Giunta della Regione Marche emanata in materia, la DGR 1328 del 10.10.2011, di cui si tratterà i seguito nel testo.

⁴⁴ Lo stesso che aveva fatto ricorso precedentemente al Tar.

⁴⁵ Art. 9, c. 1, lett. a), l.r. n. 6/2011.

il servizio di trasporto dei malati

convenzioni deve essere data inoltre adeguata pubblicità⁴⁵. In secondo luogo i servizi possono essere affidati «attraverso contratti a titolo oneroso, stipulati nel rispetto della normativa statale ed europea in materia di contratti pubblici di servizi»⁴⁶.

La legge marchigiana torna quindi a dettare un ordine di priorità, così come faceva il testo originario della norma introdotta nel 2008, secondo il quale le amministrazioni devono privilegiare, ove possibile, l'affidamento diretto dei servizi alle organizzazioni di volontariato, che lo svolgono a fronte del solo rimborso delle spese sostenute; ove tale ipotesi non sia praticabile, devono indire gare aperte anche agli operatori economici. La differenza rilevante rispetto alla disciplina precedente, accusata di non essere conforme al diritto europeo, è data dal fatto che l'ordine di priorità indicato si applica soltanto ai servizi di tipo «sanitario o prevalentemente sanitario». Diverso è invece il regime previsto per l'affidamento dei servizi di trasporto «non prevalentemente sanitario» (che comprendono il trasporto di sangue ed di organi, ma anche quello di soggetti che non richiedano assistenza specificamente qualificata in senso sanitario⁴⁷), che deve avvenire esclusivamente mediante «procedure concorsuali ad evidenza pubblica, prioritariamente basate sulla non sovra compensazione dei costi»⁴⁸.

Il trasporto «non prevalentemente sanitario», pertanto, deve essere affidato mediante gare aperte, anche se la disposizione sembra lasciare spazio anche alla possibilità che, se alle gare partecipano anche organizzazioni non profit in grado di erogare il servizio a fronte dei soli rimborsi delle spese sostenute (quindi senza sovra compensazione dei costi), si debba dare loro la priorità.

Le modifiche apportate alla legge regionale dalla Regione Marche dovrebbero consentirle di evitare che venga avviata la procedura di infrazione, preannunciata dalla Commissione europea, nonché permetterle anche di depotenziare il contenzioso, pendente dinanzi al Tar, nei confronti della delibera della Giunta regionale del 2009. Entrambe le controversie sembravano fondarsi, infatti, essenzialmente sulla illegittimità della utilizzazione delle medesime modalità di affidamento, diretto e senza gara, alle organizzazioni di volontariato tanto per il trasporto prevalentemente sanitario che per quello «ordinario».

⁴⁶ Art. 9, c. 1, lett. b), l.r. n. 6/2011.

⁴⁷ La distinzione è dettagliatamente specificata dall'art. 4 della legge regionale, attraverso la indicazione delle possibili «condizioni cliniche dei pazienti trasportati», che hanno diritto al servizio a carico del SSN.

⁴⁸ Art. 9, c. 2., l.r. n. 6/2011.

Occorre tuttavia notare come le contestazioni mosse dai rappresentanti dell'Unione Europea a sostegno della illegittimità della legge marchigiana non siano mai state rese pienamente esplicite e conoscibili, né risultano del tutto chiare neppure alla luce dei riferimenti che ad esse si possono rinvenire negli atti preparatori delle leggi regionali che si sono susseguite a breve termine, proprio per evitare il contenzioso comunitario. La conoscenza delle argomentazioni svolte dall'organo di vigilanza dell'Unione Europea sarebbe invece molto utile, soprattutto perché i profili giuridici della vicenda, che pure si è cercato di ricostruire per quanto possibile, non appaiono del tutto coerenti con i principi espressi nei documenti europei e con gli assunti contenuti nelle pronunce della Corte di Giustizia, precedentemente descritti.

Infatti, dal testo delle disposizioni della legge regionale marchigiana sospettata di illegittimità comunitaria (art. 10-*bis*, l. n. 13/2008), emergeva già in modo inequivocabile come le convenzioni stipulate dalle ASL (senza previa selezione) con le organizzazioni di volontariato, nonché con la Croce Rossa, avrebbero dovuto dare luogo soltanto al rimborso delle spese, senza che potesse esservi «alcuna forma di sovra compensazione» rispetto ai costi effettivamente sostenuti per erogare le prestazioni. Tale prescrizione normativa avrebbe dovuto quindi già consentire di escludere la sussistenza di qualunque violazione del diritto comunitario da parte della legge regionale, dato che la assenza di corrispettivi poneva inequivocabilmente le convenzioni relative ai servizi di trasporto sanitario fuori dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti (come si è visto in precedenza e come più volte è stato ribadito dalla Corte di Giustizia).

Non sembra però che tale ordine di considerazioni sia stato parte del dibattito svoltosi fra la Commissione e la Regione Marche ed è importante provare a comprenderne le ragioni. È utile, pertanto, ai nostri fini, cercare di approfondire la questione, in base agli elementi disponibili, desumibili dai documenti prodotti dagli organi coinvolti nella vicenda.

Dagli atti istruttori che accompagnano le proposte di legge regionale marchigiana⁴⁹ si evince chiaramente come il procedimento pre-contenzioso si sia svolto in modo molto informale, attraverso colloqui fra i funzionari

⁴⁹ Verbale della seduta del 14/03/2011 della Giunta Regionale, relativo alla approvazione della delibera 346/2011 con cui sono stati prorogati i rapporti convenzionali inerenti il trasporto sanitario, scaduti il 31.12.2010, in attesa del completamento dell'iter di modifica della disciplina. A tale delibera è allegato il "documento istruttorio", che ricostruisce lo svolgimento del procedimento pre-contenzioso, avviato in relazione alla legge regionale sul trasporto sanitario.

il servizio di trasporto dei malati

della Commissione e i rappresentanti italiani; l'interlocutore della Commissione Europea per lo Stato italiano non è stato, in modo diretto, il Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio, come era avvenuto in occasione della precedente la vicenda toscana, bensì (su delega della Presidenza del Consiglio) l'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici (Avcp), istituita dal Codice dei Contratti del 2006. È stata tale Autorità, pertanto, a svolgere l'istruttoria sulla disciplina regionale marchigiana e ad elaborare le conclusioni, orientate a favore della tesi dell'illegittimità della normativa regionale, esposte dettagliatamente nella deliberazione n. 35 del marzo 2011.

Le affermazioni contenute in tale deliberazione della Autorità, relative al diritto applicabile al caso marchigiano, si muovono su due piani: da un lato l'Avcp ribadisce la necessaria ed integrale sottoposizione dell'affidamento dei servizi di trasporto «non prevalentemente sanitario» (in quanto attività pienamente economica) alla direttiva appalti, e quindi alle procedure previste dal Codice dei Contratti pubblici; dall'altro puntualizza quale debba essere invece il regime applicabile all'affidamento dei servizi di trasporto «prevalentemente sanitario». In relazione a quest'ultimo tipo di attività, l'Autorità ricorda come i servizi di trasporto prevalentemente sanitario debbano comunque sottostare alle regole (pur di minor portata) dettate dall'art. 27 del Codice dei Contratti pubblici⁵⁰, che impone anche per i servizi parzialmente o totalmente esclusi dall'ambito di applicazione del codice stesso che venga data pubblicità all'esito dell'affidamento, nonché che venga effettuata una preselezione, pur senza bando, ma mediante l'invito di almeno cinque concorrenti.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, inoltre, nella parte finale della sua deliberazione, dà esplicitamente conto del fatto che il sospetto di non conformità alla direttiva comunitaria, mosso dalla Commissione alla legge marchigiana a causa dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, «potrebbe venire meno laddove venisse appurata la natura non onerosa delle convenzioni» stipulate con le organizzazioni stesse. Tuttavia l'Avcp afferma come tale ipotesi non ricorra nel caso in esame, ancorché, come si è già detto, la non onerosità delle convenzioni fosse chiaramente imposta dalla legge regionale marchigiana (art. 10 bis terzo comma), nonché ribadita, in astratto, dal testo della delibera della Giunta regionale 1004/2009 che aveva dato attuazione alla legge.

Proprio la delibera della Giunta Regionale, infatti, nel determinare in

⁵⁰ Riportato nel precedente paragrafo 2.1.

concreto le quote di rimborso per i singoli servizi dedotti in convenzione e le loro modalità di pagamento, prevedeva che fosse versata alle organizzazioni di volontariato, accanto al rimborso delle spese effettivamente documentate e sostenute, anche una parte di rimborso forfetario. Si trattava di una quota minima, evidentemente finalizzata a consentire il rimborso dei costi fissi, certamente sostenuti dalle organizzazioni di volontariato, ma non elencati in modo esplicito, né giustificati documentalmente. Tanto è bastato all'Avcp per escludere la «non onerosità» delle prestazioni erogate dalle organizzazioni di volontariato e per considerare conseguentemente applicabile la disciplina degli appalti dettata dalla direttiva 18/2004 e dal codice dei contratti pubblici.

La vicenda marchigiana, in tal modo – nonostante le affermazioni «astratte» contenute nelle norme della legge regionale circa la applicazione alle convenzioni fra aziende sanitarie e organizzazioni di volontariato del criterio della non sovracompensazione dei costi – finisce col diventare in buona misura analoga a quella toscana, che aveva determinato la ben nota sentenza della Corte di Giustizia del novembre 2007.

È opportuno, peraltro, a questo punto evidenziare come neppure l'ultima modifica, apportata lo scorso aprile 2011 alla legge marchigiana, che ha ripristinato pur se in relazione al solo trasporto prevalentemente sanitario il sistema dell'affidamento diretto dei servizi alle organizzazioni di volontariato, possa essere considerata di per sé sufficiente a scongiurare i rischi di una nuova attenzione critica da parte dell'organo di vigilanza dell'Unione Europea. È infatti necessario anche che le concrete modalità di rimborso che verranno definite dalla Giunta regionale non ripropongano per i servizi «prevalentemente sanitari» gli stessi problemi già sorti in precedenza.

La nuova delibera di attuazione della legge regionale è stata già elaborata dalla Giunta regionale marchigiana, ma non ancora definitivamente approvata⁵¹. Le modalità di rimborso delle prestazioni previste dal nuovo testo sembrano più chiare e rispondenti ai dettami indicati dalla Corte di Giustizia di quanto non lo fossero quelle contenute nella delibera precedente. Sarà importante, tuttavia, che vengano definite in modo altrettanto inequivocabile e dettagliato anche le tabelle di determinazione dei costi, pur se la loro applicazione comporterà certamente un notevole aggravio di lavoro, sia per le amministrazioni pubbliche che per le associazioni di volontariato.

⁵¹ La legge regionale infatti prevede che sia acquisito il parere della Commissione consiliare competente, prima della approvazione da parte della Giunta Regionale. Tale procedura è ancora *in itinere*. La nuova delibera sostituirà la precedente DGR 1004/2009, impugnata davanti al Tar Marche.

il servizio di trasporto dei malati

4.2. *La legge toscana sul trasporto di emergenza*

Molto interessante appare anche la recente legge toscana sul trasporto di emergenza/urgenza, anch'essa frutto di un serrato confronto in merito ai vincoli posti dal diritto europeo, che prefigura tuttavia soluzioni profondamente diverse da quelle precedenti viste, attraverso l'esame della legge marchigiana.

Come si è già ricordato, la Corte di Giustizia nel novembre 2007 in una sua importante pronuncia aveva affermato la incompatibilità con la direttiva europea 92/50 «sull'aggiudicazione degli appalti pubblici» (in seguito sostituita dalla 18/2004) degli accordi-quadro stipulati per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario dalla Regione Toscana (e dalle Asl toscane) con le maggiori organizzazioni di volontariato regionali, nonché con la CRI. Gli accordi erano stati stipulati, infatti, senza l'espletamento di alcuna previa procedura selettiva e non erano stati sottoposti ad alcuna forma di pubblicità preventiva o successiva all'affidamento dei servizi stessi.

Come è noto, il giudice europeo in quell'occasione aveva ritenuto che gli accordi costituissero contratti di appalto, perché le modalità di pagamento previste (rimborso forfettario e preventivo) superavano il semplice rimborso dei costi sostenuti dai soggetti affidatari e portavano pertanto a qualificare gli accordi stessi come contratti a titolo oneroso. È importante specificare inoltre che gli accordi-quadro oggetto della controversia riguardavano sia i servizi di trasporto d'urgenza, che quelli relativi al trasporto sanitario «ordinario» (di malati e non).

La sentenza, per i principi che aveva enunciato, aveva di fatto messo radicalmente in discussione le modalità cui si erano sempre conformate nella Regione Toscana le relazioni fra le amministrazioni pubbliche (aziende sanitarie e Comuni) e le organizzazioni di volontariato che svolgono attività di trasporto sanitario, relazioni improntate ad un consolidato e collaudato rapporto di collaborazione, derivante anche dal secolare radicamento territoriale delle organizzazioni attive nei settori del soccorso e dell'assistenza sanitaria⁵².

La Regione Toscana ha risposto ai problemi provocati dalla decisione della Corte di Giustizia con l'emanazione di una nuova normativa sul tra-

⁵² Le organizzazioni di volontariato coinvolte dagli accordi-quadro toscani sono la Confederazione delle Misericordie d'Italia e l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze. L'attività di assistenza e soccorso di emergenza delle Confraternite della Misericordia in Toscana ha origini addirittura medievali, quella dell'ANPAS risale al periodo dell'Unità di Italia.

sporto sanitario di emergenza e urgenza, introdotta dalla l. 30 dicembre 2010, n. 70, con la quale sono stati inseriti alcuni nuovi articoli (dal 76-*ter* al 76-*undecies*) nella legge regionale toscana che disciplina in modo più complessivo il sistema sanitario regionale (l.r. 24 febbraio 2005 n. 40).

La scelta di fondo operata dal legislatore toscano consiste nell'inserimento stabile e strutturale (vale a dire di tipo organizzativo) nel «sistema territoriale di soccorso» delle associazioni di volontariato che abbiano determinati requisiti, insieme alle aziende Usl e alla Croce Rossa. I requisiti necessari per far parte di tale sistema sono definiti in modo puntuale attraverso un regolamento regionale⁵³.

La legge riafferma espressamente il ruolo rilevante che rivestono le organizzazioni di volontariato nella costruzione e nella effettiva operatività del sistema di intervento sanitario di emergenza in Toscana, che la Regione vuole improntato ai principi di universalità e di solidarietà. Le norme valorizzano inoltre il radicamento territoriale delle organizzazioni di volontariato toscane, indicato quale elemento indispensabile per la qualità delle prestazioni da erogare. La rilevanza della funzione svolta dalla struttura operativa di cui le organizzazioni di volontariato diventano parte integrante risulta ancora più marcata se si considera che il «sistema territoriale di soccorso», che esse contribuiscono a realizzare, costituisce uno dei tre pilastri di cui si compone il più generale «sistema sanitario di emergenza e urgenza»⁵⁴, previsto dalla legge regionale come elemento chiave del sistema sanitario regionale. Il «sistema territoriale di soccorso», infatti, affianca il «sistema di allarme sanitario»⁵⁵, gestito dalle AUSL, ed «sistema ospedaliero di emergenza», gestito dalle aziende sanitarie

Come risulta evidente, anche in Toscana il legislatore ha scelto di operare una distinzione fra tipologie di servizi di trasporto sanitario, ma, a differenza da ciò che è previsto dalla legge regionale delle Marche, il discrimine non è dato dalla prevalenza o meno della componente sanitaria (forse più fedele alle indicazioni fornite dalle pronunce della Corte di Giustizia), bensì dalla caratteristica di emergenza e urgenza del trasporto. Le diversità fra le due normative, tuttavia, sono minori di quanto possa apparire, poiché il «servizio territoriale di trasporto sanitario di emergenza e urgenza» toscano deve erogare le prestazioni che richiedono l'uso dell'ambulanza o

⁵³ Art. 76-*quinqüies*. Il regolamento è stato emanato con DPGR 4 gennaio 2012, n. 1/R, in BURT 4.1.2012 n.1.

⁵⁴ Disciplinato dal capo II *bis* della legge, inserito dalla novella del 2010.

⁵⁵ Costituito dalle centrali operative territoriali che operano presso le Aziende usl (art. 76-*ter*, l.r. n. 40/2005).

il servizio di trasporto dei malati

l'impiego di personale adeguatamente formato o che necessitano di continuità delle cure⁵⁶. La sua configurazione, pertanto, non sembra discostarsi in modo significativo dalle indicazioni fornite dalla giurisprudenza europea.

Anche in Toscana, quindi, il trasporto «ordinario» – quello che non riguarda malati o che, pur riguardandoli, è programmato, e quindi privo di urgenza – resta fuori dalla disciplina che coinvolge in modo diretto e prioritario le organizzazioni di volontariato. L'affidamento dei servizi inerenti a tali ulteriori tipologie di prestazioni dovrà conseguentemente essere sottoposto alle regole della direttiva sugli appalti, che richiede l'espletamento di gare aperte.

Dalla esposizione sintetica delle norme introdotte dalla legge toscana sul trasporto di emergenza appare chiaro come la soluzione prescelta per salvaguardare il rapporto privilegiato con le organizzazioni di volontariato che prestano i servizi di trasporto sanitario (di urgenza) si fondi essenzialmente sul riconoscimento delle caratteristiche di rilevanza sociale della loro attività. Da tale presupposto scaturisce la scelta di includerle anche da un punto di vista organizzativo, al pari dei soggetti pubblici, nell'ambito della struttura amministrativa prevista per l'erogazione dei servizi stessi. Quanto alle modalità di tale coinvolgimento organizzativo, la legge prevede la creazione di un elenco⁵⁷, in cui vengono inserite «d'ufficio» tutte le organizzazioni di volontariato già precedentemente autorizzate a svolgere servizi di trasporto sanitario⁵⁸, previo loro assenso. L'elenco viene aggiornato annualmente. Un regolamento individua i requisiti richiesti alle associazioni, nonché le modalità di aggiornamento dell'elenco.

La programmazione e l'organizzazione dei servizi erogati dal sistema territoriale di soccorso sono effettuate dalle Aziende sanitarie locali, mediante atti di pianificazione annuale. L'indirizzo, il coordinamento e la verifica delle attività sono assicurate invece da una Conferenza regionale permanente, a cui partecipano anche i legali rappresentanti dei due organismi maggiormente rappresentativi delle associazioni di volontariato, sulla base di criteri di rappresentanza numerica delle associazioni che svolgono attività di trasporto sanitario territoriale.

Inoltre la legge attribuisce rilevanti funzioni, in ordine al coordinamento fra programmazione e gestione, ai Comitati di coordinamento costi-

⁵⁶ Art. 76-*quater*.

⁵⁷ Disciplinato dall'art. 76-*quinquies* della legge.

⁵⁸ Ai sensi della l.r. 22 maggio 2001, n. 25, che disciplina le autorizzazioni e la vigilanza sull'attività di trasporto sanitario.

tuiti presso ogni azienda Usl. Anche in tali organi sono presenti membri designati dagli organismi regionali maggiormente rappresentativi delle organizzazioni di volontariato iscritte al registro, secondo meccanismi di rappresentanza delle associazioni presenti sul territorio.

Da una prima valutazione dell'impianto organizzativo del sistema scelto dalla Regione Toscana emergono luci ed ombre.

La prima considerazione, decisamente positiva, riguarda la chiarezza con cui la legge delinea la scelta politica della Regione di costruire di un sistema di tipo solidaristico, che valorizza esplicitamente il ruolo sociale delle organizzazioni di volontariato, in ragione del loro radicamento operativo e culturale nel territorio toscano. Tale opzione dovrebbe poterne garantire anche la conformità agli orientamenti del Giudice Europeo, poiché sembra improntata al rispetto delle statuizioni contenute nella sentenza *Sodemare* del 1997⁵⁹, con cui la Corte di Giustizia aveva dichiarato legittima una legge regionale lombarda che prevedeva la stipula di convenzioni per la gestione di residenze sanitarie assistenziali con i soli soggetti senza scopo di lucro. La Corte in quella occasione aveva affermato come tale scelta non fosse in contrasto con i principi del diritto comunitario, in quanto appariva coerente con la intera disciplina del sistema assistenziale per gli anziani dettata dal legislatore regionale, fondata su un impianto dichiaratamente e complessivamente solidaristico. La soluzione adottata dalla legge della Regione Toscana attraverso l'inserimento delle organizzazioni di volontariato (al pari della Croce Rossa) all'interno del sistema pubblico di erogazione dei servizi di trasporto di emergenza e urgenza sembra, quindi, decisamente voler ricercare una modalità di costruzione del modello di organizzazione dei servizi da erogare, che sia conforme alle indicazioni che si possono ricavare dalla sentenza citata.

Ma se l'opzione prescelta dalla Regione Toscana sotto il profilo indicato è decisamente da apprezzare, perché rappresenta un punto di equilibrio che cerca di conciliare il mantenimento del modello sociale da tempo sperimentato nel proprio territorio, con il rispetto dei vincoli posti dall'ordinamento comunitario, cionondimeno essa risulta per qualche altro profilo meno convincente.

L'inserimento delle organizzazioni di volontariato in un sistema organizzativo articolato e complesso, infatti, rischia di ingabbiarle in un apparato burocratico di tipo amministrativo, che potrebbe avere l'effetto di appiattirle o di assimilarle in modo troppo forte agli apparati pubblici di erogazione dei

⁵⁹ Citata alla precedente nota 40.

il servizio di trasporto dei malati

servizi, mettendo a dura prova la tenuta della loro peculiare identità di soggetti privati, radicati nel tessuto socio-culturale del territorio regionale, che costituisce peraltro proprio la ragione del loro «valore sociale».

Inoltre i complessi meccanismi di rappresentanza previsti per garantire la presenza di esponenti del volontariato negli organi preposti alla programmazione e al coordinamento dei servizi possono porre problemi di *governance* nelle relazioni interne alle associazioni e fra le organizzazioni coinvolte. In altri termini, dalla partecipazione organica alle scelte “pubbliche” di tipo organizzativo e programmatico del servizio di trasporto sanitario possono scaturire modalità di modulazione degli interessi e dei valori di cui le organizzazioni rappresentate sono portatrici, che possono provocare disequilibri e tensioni all’interno del mondo stesso del volontariato.

Occorre peraltro soffermare brevemente l’attenzione su un ultimo aspetto della legge toscana, probabilmente il più rilevante ai nostri fini, cioè sulle modalità di pagamento alle organizzazioni di volontariato dei servizi che erogano. La questione non è di secondaria importanza proprio perché, come si è già ampiamente avuto modo di osservare, essa ha assunto fino ad ora un ruolo determinante tanto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, quanto nelle valutazioni della Commissione Europea (nonché, ormai, anche in quelle degli organi nazionali di vigilanza e dei giudici nazionali) relative alla conformità delle modalità di affidamento dei servizi di trasporto alle organizzazioni di volontariato.

La legge toscana emanata nel 2010 prevede che i servizi di trasporto di emergenza e urgenza vengano remunerati attraverso un «sistema budgetario», vale a dire mediante l’assegnazione di budget alle associazioni da parte di ciascuna azienda sanitaria. I criteri di l’assegnazione del budget alle associazioni sono definiti dal Comitato di coordinamento, mentre i criteri per la formulazione del sistema budgetario sono definiti mediante regolamento. Il sistema budgetario è strutturato in base ai diversi livelli dell’attività e del fabbisogno sanitario e tiene conto delle caratteristiche della popolazione assistita e dell’ambito territoriale di riferimento.

Sono previste modalità di rendicontazione, ma in base alla formulazione della norma che le disciplina⁶⁰ esse sembrano riguardare soltanto l’attuazione del budget assegnato, cioè i risultati raggiunti e le risorse utilizzate. Non vi è traccia invece, nella legge, della previsione di meccanismi di rendicontazione delle spese effettivamente sostenute, la cui presenza, come è ormai chiaro, costituisce l’unico criterio che può tenere al riparo dai dubbi

⁶⁰ Art. 76-*nonies*, l.r. n. 40/2005.

di incompatibilità con la direttiva comunitaria 18/2004 l'erogazione di servizi affidati in modo diretto alle organizzazioni di volontariato.

A questo riguardo, peraltro, vale la pena di ricordare che le modalità di retribuzione delle prestazioni erogate dalle organizzazioni di volontariato hanno costituito oggetto di valutazione da parte della Corte di Giustizia anche nell'ambito della vicenda *Sodemare*. In quel caso, tuttavia, il fatto che il pagamento delle prestazioni rese dalle associazioni non profit per la gestione delle residenze sanitarie assistenziali consistesse nel solo rimborso delle spese effettivamente sostenute, costituiva un elemento inequivocabile e non contestato. Tale aspetto ha permesso alla Corte di suffragare la tesi che la legge regionale lombarda oggetto di giudizio delineasse effettivamente un sistema di assistenza di tipo solidaristico e sociale, e non un sistema dotato di rilevanza economica; proprio tale argomentazione ha consentito di affermare la legittimità della «sottrazione» alle regole della concorrenza delle convenzioni stipulate dalle amministrazioni locali con le organizzazioni di volontariato (senza ricorrere ad alcuna gara per la loro selezione).

Se, quindi, il legislatore toscano ha inteso davvero informare la normativa dettata in materia di trasporto sanitario di emergenza/urgenza al rispetto dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Sodemare*, sarebbe stato opportuno che vi si attenesse *in toto*, vale a dire anche per ciò che riguarda le modalità di rimborso delle prestazioni fornite dagli enti non profit.

Il regolamento che contiene le norme relative alla definizione del sistema budgetario, previsto dalla legge regionale del 2010, è stato emanato all'inizio del 2012⁶¹. Dal testo approvato non si evince in modo chiaro quale sarà il sistema di rendicontazione richiesto alle organizzazioni di volontariato inserite nel sistema territoriale di soccorso. Le norme fanno riferimento ad un «flusso informativo» che i soggetti del sistema territoriale devono provvedere ad alimentare, tale da «garantire alle Aziende la tenuta di un sistema di contabilità analitica e di controllo di gestione al fine di monitorare costantemente il livello di attuazione del budget e valutare l'esigenza di azioni correttive».

C'è da auspicare che, in concreto, il sistema di rendicontazione venga successivamente definito più puntualmente e consenta di documentare in modo certo ed inequivocabile come alle organizzazioni di volontariato sia corrisposto soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute per l'erogazione delle prestazioni di trasporto di emergenza. Altrimenti la Re-

⁶¹ DPGR 4 gennaio 2012, n. 1/R, in BURT 4.1.2012 n. 1.

il servizio di trasporto dei malati

gione Toscana correrà nuovamente il rischio di essere sottoposta a critiche circa il mancato rispetto delle norme dell'ordinamento europeo.

5. Conclusioni

Si può provare a trarre qualche considerazione conclusiva dall'analisi precedentemente condotta.

Si è avuto modo di vedere quali e quanti profili problematici siano emersi nel rapporto fra ordinamento europeo ed ordinamenti nazionali in relazione all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario, di emergenza e non.

Il punto di attrito più rilevante fra ordinamento europeo e ordinamento italiano è stato determinato certamente dalla diversa considerazione che essi hanno circa il ruolo svolto dalle organizzazioni di volontariato nell'ambito dei sistemi di erogazione dei servizi socio-sanitari. Ancorché le attività delle organizzazioni non profit siano orientate verso finalità di tipo solidaristico, infatti, l'ordinamento europeo – a differenza da quello nazionale – non è incline a riconoscere loro alcuna posizione di privilegio rispetto agli operatori economici del settore, né a prevedere alcuna deroga che le esenti dalla applicazione delle regole fondamentali su cui si fonda il mercato europeo, quando esse svolgono attività che hanno rilevanza economica.

L'unico criterio di esclusione della rilevanza per il mercato della attività svolte dalle organizzazioni non profit risulta collegato alla totale assenza di qualunque remunerazione dei servizi, prestati quindi a fronte della corresponsione di meri rimborsi spese.

In realtà dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si può desumere come la distinzione fra attività economiche e attività prive di rilevanza economica da tempo non consenta più di considerare i servizi sociali come una "categoria" pienamente riconducibile al secondo gruppo di attività. Dal 2006 in poi anche la Commissione – suffragata dalle definizioni elaborate e dai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte nella interpretazione ed applicazione delle norme europee – ha avuto modo di affermare ripetutamente⁶² come le finalità sociali perseguite e l'orientamento verso scopi so-

⁶² Nelle Comunicazioni del 2006 e del 2007, citate alla precedente nota 25. Vale forse la pena di ricordare come le affermazioni contenute in tali documenti abbiano costituito una svolta significativa rispetto alle Comunicazioni precedenti della Commissione sui servizi di interesse generale nonché rispetto al Libro Verde sui servizi di interesse generale del 2003 (Com 2003, 270 def.) e al Libro Bianco del 2004 (Com 2004, 374 def.). Tali documenti in-

lidaristici non siano di per sé idonei a rendere i servizi sociali estranei alle dinamiche del mercato, per cui la maggior parte delle prestazioni socio-sanitarie può essere considerata attività economica, ai sensi del trattato CE sul mercato interno. Ciò comporta la applicazione anche a tali prestazioni della normativa europea dettata per la tutela della concorrenza e della libera prestazione dei servizi.

Le ipotesi di deroga al regime giuridico dettato dalle norme del trattato e dalle direttive europee sono conseguentemente eccezionali. Essenzialmente esse possono ricorrere solo quando l'applicazione della normativa posta a tutela della concorrenza osta al raggiungimento della specifica missione affidata al servizio⁶³, oppure quando la legislazione interna di uno Stato preveda per la realizzazione di un fine sociale un sistema di tipo solidaristico, che di fatto si ponga in termini alternativi alle dinamiche di mercato⁶⁴. In entrambi i casi, i motivi e gli obiettivi che inducono a tenere i servizi sociali fuori dal sistema del mercato europeo e delle sue regole devono risultare chiari e ragionevoli, proporzionati al risultato da ottenere.

In tale contesto, come si era anticipato nella premessa, i servizi di trasporto sanitario hanno costituito un terreno importante di confronto fra alcuni Stati membri e l'Unione Europea, proprio perché la miscela talvolta indivisibile di contenuti sociali e contenuti economici che li caratterizza impone di cercare un punto di equilibrio fra la tutela del mercato e il rispetto del valore sociale delle prestazioni di cui essi si compongono. Si tratta infatti di attività che, ancorché economicamente rilevanti, incidono tuttavia in modo diretto su diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla salute (quando non quello alla vita stessa, se si pensa ai servizi del trasporto di emergenza) e che, inoltre, per le loro stesse modalità di erogazione, chiamano in causa in modo diretto la dignità della persona umana.

La vicenda dei servizi di trasporto in ambulanza, quindi, ancorché specifica, offre lo spunto per alcune riflessioni, che possono fornire indicazioni di tipo più generale in relazione alle prospettive dei servizi sociali nell'ordinamento europeo e in specie delle modalità del loro affidamento.

fatti escludevano la rilevanza del diritto comunitario per i servizi sociali. Sulla concezione europea dei servizi sociali precedente al 2006 si veda E. Menichetti, *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in A. Albanese, C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, p. 109 ss.

⁶³ In base al principio affermato nell'art. 106 TFUE (ex art. 86) ed applicato, ad esempio, dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Ambulanz*, esaminata in precedenza.

⁶⁴ Come nel caso esaminato dalla sentenza *Sodemare*.

il servizio di trasporto dei malati

In primo luogo è bene peraltro sottolineare che l'U.E. non appare affatto insensibile alle esigenze poste dallo sviluppo di un modello sociale europeo orientato alla coesione sociale e alla solidarietà, principio, quest'ultimo, propugnato dalla Carta di Nizza e ormai parte integrante del trattato.

Inoltre – come è emerso dall'analisi condotta precedentemente – gli organi europei sono certamente molto consapevoli dell'importanza del valore sociale dei servizi alla persona erogati all'interno degli Stati membri.

Quanto al primo aspetto, infatti, già a partire dalla definizione della Strategia di Lisbona⁶⁵ è maturata ed è divenuta sempre più esplicita la consapevolezza che lo sviluppo della coesione sociale, del welfare e della solidarietà siano condizioni indispensabili per la realizzazione di politiche comuni europee in ogni ambito di intervento. Tale consapevolezza è stata ulteriormente accentuata, nei tempi più recenti, dalla crisi economica che ha investito duramente molti Stati membri, esasperando le dinamiche di esclusione sociale. Il tema della coesione sociale sembra anzi sempre più proporsi come uno degli aspetti rilevanti per la stessa sopravvivenza del progetto comune europeo, più ancora che per il suo sviluppo⁶⁶.

Altrettanto chiara appare inoltre la coscienza da parte degli organi dell'Unione Europea dei problemi sollevati dalla applicazione ai servizi sociali delle regole del diritto europeo degli appalti⁶⁷. La proposta di direttiva elaborata dalla Commissione, alla fine del 2011, per rivedere ed ammodernare la disciplina degli appalti pubblici⁶⁸ afferma espressamente che «*il normale regime degli appalti non è adeguato ai servizi sociali, che necessitano di un insieme di norme specifiche*». La proposta, per specificare il concetto enunciato, richiama esplicitamente i servizi sociali, sanitari e scolastici, rilevando come essi siano «*generalmente forniti in un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato*

⁶⁵ Del marzo 2000.

⁶⁶ La rilevanza attribuita alla dimensione sociale, l'idea che essa debba essere presa in considerazione anche nella regolamentazione delle attività più decisamente economiche e andare ben oltre l'ambito dei servizi sociali in senso stretto, è sempre più evidente nei documenti europei. È infatti sempre maggiore l'attenzione prestata alla sostenibilità ambientale delle scelte economiche da operare, alla priorità da dare ai profili di sicurezza e garanzia delle condizioni di lavoro e a molti altri profili dotati di impatto sociale. Si veda ad esempio, al riguardo, la «Guida agli acquisti sociali: la considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici», pubblicata dalla Commissione nel 2010.

⁶⁷ Sui problemi sorti dalla applicazione del diritto europeo ai servizi sociali si veda ora F. Costamagna, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

⁶⁸ 20.12.2011, COM(2011) 896 definitivo.

membro all'altro, a causa delle diverse tradizioni amministrative, organizzative e culturali»⁶⁹.

Ma la scelta dell'ordinamento europeo di promuovere e di sviluppare la garanzia delle finalità sociali e la solidarietà all'interno dell'Unione, nonché la consapevolezza della inadeguatezza della applicazione ai servizi sociali, in quanto servizi alla persona, della disciplina dettata per gli appalti di servizi – nata per i servizi economici standardizzati – non portano tuttavia a riproporre il ritorno all'idea che le prestazioni sociali vadano escluse dall'ambito di applicazione della normativa europea dettata a favore della concorrenza e della libera circolazione dei servizi.

Come si è già detto, infatti, la logica, ancora cara a molti Stati membri, secondo cui la regolamentazione delle attività con cui viene data attuazione alle politiche sociali – e fra queste quindi anche i servizi socio-sanitari – debba essere riservata alle scelte nazionali, in attuazione dei diversi modelli di Stato sociale delineati dalle rispettive Costituzioni⁷⁰, sembra aver lasciato ormai definitivamente il posto nell'ordinamento europeo ad una qualificazione pressoché totale dei servizi sociali come attività economiche, rilevanti per il mercato.

La consapevolezza delle peculiarità dei servizi sociali, piuttosto, nella prospettiva delineata dalla proposta di ammodernamento della direttiva appalti, sembra precludere ad una differenziazione di regimi, realizzata attraverso una articolazione delle procedure di affidamento che possa permettere di salvaguardare o, ancor meglio, di promuovere, insieme al rispetto dei principi posti a tutela della concorrenza, anche il perseguimento delle finalità e degli obiettivi sociali, consustanziali ai servizi alla persona.

La soluzione avanzata dalla proposta di direttiva, in realtà, era stata già da tempo implicitamente adombrata dalla Commissione, che – come abbiamo visto in precedenza – con un approccio pragmatico, attraverso i documenti finalizzati all'orientamento delle prassi e dei comportamenti degli operatori degli Stati membri – ha cercato di fornire alle amministrazioni pubbliche che devono affidare servizi sociali suggerimenti e chiarimenti, volti a rendere compatibili i vincoli della normativa europea con gli obiettivi e con la specifica missione di interesse pubblico propria di tale tipo di prestazioni.

Le indicazioni elaborate dagli uffici della Commissione hanno cercato, infatti, di evidenziare gli spazi di flessibilità già presenti nelle procedure det-

⁶⁹ Pag. 11 della Proposta.

⁷⁰ Sul rapporto fra modelli sociali nazionali e modello sociale europeo si veda C. Pinnelli, *Modello sociale europeo*, cit., 252.

il servizio di trasporto dei malati

tate dalla direttiva appalti, di valorizzare gli ambiti di scelta e di valutazione che consentano alle amministrazioni di adeguare i meccanismi concorrenziali alle esigenze del contesto, alle tradizioni amministrative e culturali, che oggi vengono esplicitamente richiamate dalla proposta di modifica della direttiva sugli appalti come elementi peculiari dei servizi sociali.

In definitiva, la valorizzazione delle finalità sociali, la garanzia dei diritti della persona, la promozione e il sostegno della solidarietà sembrano doversi sempre più inserire all'interno delle regole del mercato, per indirizzarne gli obiettivi e le scelte, attraverso un bilanciamento tra concorrenza e valore sociale, che l'ordinamento europeo vuole comunque sempre informato ai principi di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità.

La vicenda dei servizi di trasporto sanitario, su cui ci siamo precedentemente soffermati, sembra emblematica della tendenza appena descritta. Essa, tuttavia, al tempo stesso testimonia della incertezza e della difficoltà di un percorso che, per ora almeno, sembra procedere in modo quasi sperimentale.

Ne fornisce una prova l'atteggiamento alquanto ambivalente che sembra aver caratterizzato il modo di procedere dei due organi europei prevalentemente coinvolti nel confronto/conflitto fra stati membri e Unione in relazione a tale tipologia di servizi socio-sanitari, vale a dire la Commissione e la Corte di Giustizia.

La Commissione, tanto solerte nell'individuare casi di scostamento dall'applicazione delle norme sull'affidamento degli appalti di trasporto sanitario e nell'attivare procedure di infrazione, quanto consapevole dei problemi applicativi di quelle norme ai servizi sociali, da indicare e suggerire, come si è appena visto, spazi interpretativi e modi di adattamento delle norme della direttiva alle esigenze concrete dei servizi alla persona; la Corte di Giustizia, tanto chiara e rigorosa nel ribadire nelle sue pronunce il principio della sottoposizione dei servizi di trasporto sanitario alle regole della concorrenza e alle norme della direttiva appalti, quanto attenta, nei dispositivi delle sentenze e nel decidere *case by case*, a non sconvolgere in modo repentino equilibri consolidati all'interno degli ordinamenti nazionali, fondati proprio su quel «contesto culturale, sociale ed amministrativo» che la proposta di direttiva pone ora alla base dell'esigenza di una regolamentazione specifica⁷¹.

⁷¹ Il riferimento è all'esito di sentenze come *Ambulanz*, in cui la Corte, pur ribadendo il principio della sottoposizione delle attività di trasporto e dei soggetti non profit alle regole del mercato, ha applicato l'art. 86 del trattato, escludendo che in quel caso concreto ci fosse un mercato da salvaguardare; o ancora alla sentenza Commissione/Regione Toscana, in cui

I problemi emersi e le soluzioni offerte in relazione all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario possono servire quindi a riflettere in modo concreto sulle prospettive e sulle difficoltà del percorso di definizione del modello sociale europeo, un percorso le cui modalità, i cui contenuti ed i cui rapporti con i modelli sociali nazionali appaiono ancora molto incerti.

Abstract

The essay deals with healthcare transport services provided by nonprofit organizations, often awarded in many EU member States without a call for tenders and without the publication of prior notice in the EU Official Journal. This practice has sparked many disputes on the role played by nonprofit organizations in a market economy and has also raised the question on whether public procurement rules should be applied to healthcare services. Consequently the European Court of Justice has been increasingly called to decide on cases concerning the award of transport healthcare services to nonprofit organizations.

Moreover, recently the Commission has launched infringement procedures against Italy, referring to contracts awarded by Italian regional administrations, and this has created profound instability in relations between nonprofit organizations and local authorities and affected deeply their welfare systems, based more on solidarity than on competition.

The essay examines the above mentioned decisions of the ECJ, as well as some recent Italian regions laws. It attempts to ascertain how the peculiarities of the Italian welfare model may be preserved, without infringing upon European law.

alla analitica verifica della sussistenza dell'infrazione derivante dalla mancata applicazione della direttiva appalti ha fatto seguito l'assoluzione dell'Italia per la mancanza della prova che il valore degli appalti fosse sopra soglia.

ARTICOLI

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

SERVICIO PÚBLICO Y DERECHO COMUNITARIO

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Servicio público y derecho administrativo constitucional. – 3. El servicio público en la historia. – 4. Servicio público y derecho comunitario europeo.

1. Introducción

El servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para Duguit y su escuela de Burdeos, precisamente del *Servicio Público*, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento. Quizás, por eso, Otto Mayer sentenciaría aquello tan manido y reiterado, del «el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece».

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de

la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, tarea que es la propia de un análisis de esta naturaleza, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado – Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de Forsthoff todo lo invade y todo lo controla «desde la cuna hasta la tumba». Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático al Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del *status quo*.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar veremos como el servicio público en sentido técnico – jurídico apenas cuenta y, no se si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general, o los servicios de interés económico general y, por ende, se produce una vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre y solitario desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los

derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con el, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado – Sociedad, pierde su sentido jurídico – administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

2. Servicio publico y derecho administrativo constitucional

En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra soporte en lo que Jose Luís Meilan Gil denomina desde hace bastante tiempo Derecho Administrativo Constitucional.

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo Derecho Administrativo? En mi opinión, la Constitución española de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno Derecho Administrativo.

El artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los Poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, en remover los obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho en nuestro tiempo, que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia donde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 24.1 proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto público no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy breve glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero:

«La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración pues la utilización del término «sirve» alimenta esta explicación sin mayores dificultades. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración pública es una persona jurídico - pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajase en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar..., pero la realidad es que se quiso deliberadamente configurar la Administración pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se

trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: «servicio objetivo al interés general», que, aplicado al Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 se refiere a la Administración pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado, como de la Administración autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración pública actúa con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Ordinariamente, será el Derecho Administrativo su matriz normativa de referencia pero, en ocasiones, el aparato público actuará sujeto al Derecho Privado. Ahora bien, en estos casos en que su Derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo faltaría, que se quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución aparentemente contradictorios y, sin embargo, complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128.

El artículo 38 dispone:

«Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»

Por su parte, el artículo 128 establece:

«1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado social y democrático de Derecho, por lo que los Poderes públicos tienen la tarea garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva de determinados servicios denominados esenciales. Evidentemente, esta posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaja en el marco constitucional como fórmula ordinaria de prestación de los servicios públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy sigan teniendo vigencia los motivos de la *publicatio*, en la versión de solidaridad social (Duguit) o procura existencial (Forsthoff), sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la *publicatio* – salvo excepciones – sino la técnica autorizadora – *ordenatio* – cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la Administración pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se puede olvidar, se derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad – interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para

el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o nó, existe un gradual proceso de despublicación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del Mercado Único se llama libre competencia y que, por ello, la Administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la Administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. No, pero tampoco es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía Hegel.

3. El derecho administrativo en la historia

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido hoy de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos- sólo faltaría- no son conscientes de que precisamente a través de la emergencia de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el servicio de interés económico general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y un protagonismo inusitado, tal y como intentaré demostrar al exponer brevemente la situación del régimen jurídico de las telecomunicaciones en Europa, y especialmente en mi país: España.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico – administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba Jhering, la mejor regulación de la gestión del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo, en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general, luego examinaré el supuesto de la telecomunicaciones, la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y dónde mejor se contempla esa nueva función del Estado garante.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del servicio público, que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huída del Derecho Administrativo, me atrevo, con modestia, a afirmar que hoy asistimos a una vuelta al Derecho Administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho Administrativo hemos comentado tantas veces que nuestra disciplina se caracteriza por hundir sus raíces en las movedizas arenas de la realidad, que sabemos, y somos testigos cualificados, que los diferentes sentidos e interpretaciones que acompañan a los conceptos de nuestra disciplina son deudores precisamente del cambiante marco constitucional en el que discurren. Quizás, por ello, el proceso de liberalización y desregulación que hoy nos toca vivir es una oportunidad para seguir defendiendo el Derecho Administrativo como ese Derecho del poder para la libertad, de manera que la función de garantía de esa libertad, en el marco del Estado social, es su principal señal de identidad.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo un me parece que injusto proceso al servicio público tal y como señala Regourd. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual, Dios me libre, a la tradición del Derecho Administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería Duguit, sí que el servicio público era la pérdida angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego, algunos, como Alessi, señalaron que había tantas nociones del servicio público como autores se han acercado a su conceptualización. Vedel llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa precisamente por su imposibilidad de definición. Waline nos alertó sobre la condición de “etiqueta” del servicio público. En fin, que no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación. Y, además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia, especialmente lo que hoy denominaríamos grandes inversiones públicas. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, Hauriou, quien nos dejaría, para mí, la

mejor definición del servicio público: «servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública». Era el momento de aquella fenomenal polémica sobre la esencia del Derecho Administrativo entre los grandes: Jéze, seguidor de Duguit, de los de Burdeos – el servicio público – y Vedel, a la zaga de la Escuela de Toulouse – el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes.

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del servicio público implica desde el principio la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del Derecho Administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de servicios públicos municipales. En 1929, la gran depresión trae consigo la quiebra de los grandes concesionarios, por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la II Gran Configuración, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor Tomás – Ramón Fernández: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización es la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Es, se dice, el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo – la competencia es la clave del desarrollo económico (Eucken) –, de Viena – principio de no intervención pública (Hayek), de Chicago – guerra a los monopolios (Friedman) –, o de *Public Choice* – la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (Buchanan).

Ciertamente, si alguien puede parar el fundamentalismo económico en la vida social, es un Derecho Administrativo para el que la clave, en materia de servicios públicos – en sentido amplio – es prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Este es el *punctum dolens* de nuestra reflexión: lo decisivo no es quien preste el servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto se comprenderá la aseveración de Pierre Devolvé cuando afirma categóricamente que el servicio público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio

económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno Derecho Administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la *publicatio* que antaño justificaba la existencia del servicio público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales. Y, por otro, no podemos negar guste o nó, que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales.

4. Servicio público y derecho administrativo comunitario

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mor de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, *despublicatio*, no son más que términos jurídico – económicos o económico – jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Finalmente, quiero señalar que el jurista no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la Política Económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué?. Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de

la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con *publicatio* y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas *public utilities* garantizadas por la regulación – sin más – de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbró el metaconcepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia»¹.

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo «interés general». Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como «objetivos fundamentales de la Comunidad».

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

«... a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por

¹ Ver además, artículos 31 y 295 del Tratado.

ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo «la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares».

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí dónde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Como analizaremos a continuación, estas obligaciones nacen en el marco del Derecho Europeo de las Telecomunicaciones. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Por ejemplo, en atención a que los servicios de telecomunicación cumplen una función muy relevante en la sociedad de la información, la Comisión Europea dictó una Comunicación en 1999 al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «el servicio universal de las telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado».

Pero ya que hemos entrado en un servicio económico de interés general concreto, me voy a permitir aplicar a este sector, la doctrina que con carácter general hemos planteado hasta el momento.

La reciente Ley española 32/2003, de 3 de noviembre (BOE número 264 de 4 de noviembre de 2003), lleva como rúbrica «General de Telecomunicaciones» y sustituye a la Ley 11/1998, de 24 de abril, del mismo

nombre. Como es sabido, trae causa de la necesidad de incorporar al Derecho Español un conjunto de Directivas comunitarias que se han elaborado recientemente con el objeto de consolidar, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones alcanzado en los Estados miembros.

En esencia, las Directivas Comunitarias dictadas en 2002 se refieren al marco regulador de las comunicaciones electrónicas y a las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Especialmente interesante es la 2002/22 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Cuestión, la del servicio universal, que ha supuesto, nada más y nada menos, una fuerte sacudida a los intentos, a veces vacilantes y, en todo caso dubitativos, que ha producido la desregulación de un sector tradicionalmente sujeto a monopolio. El desconcierto es tal que los enterradores del concepto clásico del servicio público han empezado a sospechar que la vuelta de este concepto tiene mucho que ver con el llamado servicio universal y, sobre todo, con las denominadas obligaciones de servicio público. Sin embargo, la realidad es que ahora el Estado interviene en la vida económica desde enfoques abiertos, no unilaterales. El servicio público, pues, queda para los supuestos, que pueden darse en circunstancias especiales, de reserva, exclusividad y titularidad de la actividad de que se trate.

Las instituciones, conceptos y categorías de Derecho Administrativo, lo sabemos bien, están en una relación estrecha, estrechísima, con la realidad que les ha tocado en suerte. Es más, soy de los que pienso que no debemos escandalizarnos, ni metodológica ni científicamente, por el hecho de que las principales manifestaciones del Derecho Administrativo se presenten de forma diversa según las circunstancias sociales, políticas y económicas de tiempo y de lugar. En efecto, es lógico que así sea porque tras los diversos avatares por los que ha pasado esta disciplina es lo cierto que somos testigos cualificados de la mudanza de sus instituciones, sin que, por ello, haya desaparecido el Derecho Administrativo.

Pues bien, en esta tarea me parece que es conveniente recordar que el Derecho Administrativo puede definirse como el Derecho del Poder para la libertad o, si se quiere, el Derecho que regula los intereses generales que sirve con objetividad la Administración Pública. En este sentido, todas las categorías, instituciones y conceptos centrales del Derecho Administrativo deben orientarse al interés general. Es decir, deben estar abiertos a hacer posible y visible ese metaconcepto del interés general que, en un Estado social y democrático de Derecho, está vinculado a la tarea promocional y garante de

los Poderes públicos orientada al libre y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos. Así la sanidad, la educación o la vivienda, deben gestionarse de manera que la ciudadanía pueda disponer de un acceso general a estos bienes. Lo público deber estar abierto a la ciudadanía y las necesidades públicas deben manejarse de manera que, efectivamente, la Administración pública tienda al bienestar general de todos.

En nuestro país, la simple lectura, por ejemplo, de los artículos 9.2, 10.1, 31.2, o 103.1 de nuestra Constitución, como he expuesto anteriormente, nos invita a estudiar el Derecho Administrativo en el marco constitucional y, por ello, a tener muy presente los parámetros y vectores constitucionales. De ahí que, hoy por hoy, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho en el que los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central, el ejercicio de los poderes y funciones públicas debe operarse teniendo presente la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran, es un objetivo constitucional; que los fundamentos del orden político y la paz social residen en el libre desarrollo de las personas y en los derechos que les son inherentes; que el gasto público debe gestionarse con criterios de economía, o que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. En definitiva, la Administración pública, al gestionar lo público, no se puede olvidar del bienestar de todos, eso sí, haciendo del bienestar un concepto dinámico, no estático, al servicio de las personas.

En este contexto, resulta en mi opinión imprescindible, también para el estudio del Derecho Administrativo, situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible. Porque el interés general debe interpretarse fuera del pensamiento único: Tanto del que intenta aislar al interés general en el santuario del tecnosistema, como del que intenta a toda costa desmantelar lo público para entregarlo *in toto* al sector privado. Sobre todo, porque, insisto, lo público, en un Estado social y democrático de Derecho, debe definirse de manera abierta entre el Poder y los agentes sociales ya que se terminó una forma de entender la Administración y el poder de naturaleza autoritaria y vertical.

Llegados a este punto, en sede de servicio público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas

servicio publico y derecho comunitario

hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos:

- a) Servicio de interés general
- b) Servicio de interés económico general
- c) Servicio público
- d) Obligación de servicio público
- e) Empresa Pública.

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde se refiere a otro concepto de gran transcendencia, cual es el concepto de servicio universal y sorprende que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. En el Derecho Español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Ello es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte, y, por otra, que determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar

un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de servicio público, siendo el servicio universal, me parece la más destacada.

En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y servicio público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando lo suyo la clásica noción de servicio público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el “nuevo servicio público” sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”. Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de servicio público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido)² que pasan de ser servicios públicos *stricto sensu* o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta, es que, en efecto,

² C. Martínez García, *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*, Madrid, 2002, 209.

se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado Rapp, «no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado»³. Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de servicio público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público – continuidad, regularidad – y del mundo del mercado – no monopolio – en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La ley de 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transmitido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para

³ Tomado de C. Martínez García, *op. cit.*, 211.

evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco que elementos de la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, la ley de 2003 «recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal». En concreto, en el artículo 22, se incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, «el acceso funcional a internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios».

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fijo y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial, que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos nuevas obligaciones para los operadores que – artículo 23 – designe el Ministerio para atender el servicio universal.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quién hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad ... son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la Administración pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

Abstract

The article focuses on the concept of public service. Based on the assumption that public service is the cornerstone of contemporary Administrative Law, the author describes the evolution of this concept among the most prominent legal scholars in this area by emphasizing the underlying dichotomy with the theoretics of public liberties and fundamental rights. Such a relationship is therefore analyzed in light of legal principles of constitutional law, and recent developments in Welfare systems both at the theoretical and institutional context. They show a misleading conception of public service as a purpose in itself rather than being seen as a mean to pursue specific constitutional values, which reflects the static distinction between “services of general interest” and “services of economic general interest” in EU Administrative Law. In this regard, the author argues that current conceptual frameworks revealed unsatisfactory regarding the need to achieve dynamic social performances, and thus calls for restructuring the very notion of public service.

ENRICO CARLONI

LA TRASPARENZA (TOTALE)
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI COME SERVIZIO

SOMMARIO: 1. Premessa: il “paradigma” trasparenza. – 2. Modelli della trasparenza amministrativa. – 3. La trasparenza come accessibilità totale attraverso la rete Internet: quali contenuti. – 4. I caratteri del nuovo modello di trasparenza. – 5. La trasparenza *on line* e le sue multi-finalità. – 6. In particolare: la trasparenza con finalità di servizio. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: il “paradigma” trasparenza

Un termine ampiamente usato, se non abusato, quello di trasparenza, così come usata, ed abusata, appare, oggi, la metafora della casa di vetro che ha accompagnato, per oltre un secolo¹, il dibattito sulla necessaria conoscibilità dell'azione pubblica ed i connessi tentativi di riforma.

Mario Monti, nel formare il proprio governo, oppone intenti di “trasparenza assoluta” a chi lo accusa di potenziali conflitti di interesse, suoi e di altri membri del suo esecutivo²: continua, in sostanza, a rinnovarsi la centralità di un concetto che, in anni recenti, è stato enfatizzato contenere sperperi ed inefficienze, limitare la corruzione, dare effettiva tutela a diritti, assicurare il miglioramento e la qualità dei servizi, e così via.

A dar retta ai proclami, alle dichiarazioni programmatiche ed alle interviste rese dai protagonisti della vita pubblica italiana (e non solo italiana), non vi sarebbero dubbi di sorta sull'inevitabile affermazione di un rinnovato rapporto tra “potere” e cittadini, caratterizzato dal diritto di questi ul-

¹ Prendendo a punto di riferimento l'auspicio di F.Turati (in *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962): «dove un superiore pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro».

² Da il *Corriere della sera*, 29 novembre 2011. Si noti, peraltro, che “trasparenza” è anche una delle parole chiave nella campagna elettorale e quindi nei proponenti di riforma dei primi sindaci espressione del Movimento 5 Stelle.

timi a conoscere se non tutto, certo gran parte del funzionamento delle istituzioni pubbliche³.

Una trasparenza, in ogni caso, che non ha sempre visto un'adeguata corrispondenza tra affermazioni e prassi⁴, ma che nondimeno è sempre più spesso vista dal legislatore come un coltellino svizzero: uno strumento buono per ogni esigenza.

La trasparenza costituisce, in sostanza, un nuovo paradigma⁵, il baricentro intorno al quale ruota un nuovo modello di amministrazione⁶, un'amministrazione per la quale la conoscibilità non è solo (e tanto) condizione di *accountability* e controllo democratico, ma è un complessivo "modo di essere" che rende possibile la stessa azione amministrativa: un'azione che si basa sempre più sulla condivisione di conoscenza attraverso la rete.⁷ Ci troviamo di fronte a trasformazioni nelle quali l'innovazione amministrativa si accompagna dunque alle innovazioni tecnologiche attuabili mediante i nuovi strumenti digitali, e nelle quali i processi materiali, le pratiche amministrative, sono assecondati e spesso imposti dalle leggi sull'amministrazione, che promettono una rinnovata centralità del cittadino, un'amministrazione partecipata e trasparente, che apre sempre più le proprie informazioni alla pubblicità ed alla condivisione attraverso il web.

³ In termini teorici un riferimento obbligato resta, al riguardo, N. Bobbio, *Il potere invisibile*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984; più recentemente, e per una complessiva ricostruzione del dibattito filosofico e politologico, V. Sorrentino, *Il potere invisibile*, Bari, Dedalo, 2011.

⁴ Ad esempio, sempre il *Corriere della sera*, del 16 febbraio 2012, titola, riscontrando la difficile effettiva attuazione di standard "minimi" di trasparenza, rispetto a quanto presente nello scenario comparato, sulla *Faticosa trasparenza dei redditi dei Ministri* (a firma di G.A. Stella).

⁵ Parla espressamente di "un nuovo paradigma", ad esempio, G. Arena, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 39.

⁶ Nonché il "barometro" dell'effettiva realizzazione di uno Stato democratico, per K.P. Sommersmann, *La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho*, in R.G. Machado (a cura di), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 9. Sul rapporto tra trasparenza e "modelli di amministrazione", cfr. G. Arena, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, cit., spec. 40 ss.

⁷ Sulla complessiva lettura del procedimento come processo in primo luogo informativo (come "sistema de comunicaciòn"), cfr. J. Barnès Vázquez, *Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno, algunas consecuencias sobre la transparencia*, in R.G. Machado (a cura di), *Derecho administrativo de la informaciòn* cit, spec. 60-61.

2. Modelli della trasparenza amministrativa

Nell'arco di poco più di un quinquennio, con un'accelerazione nel biennio 2009–2010, nel sistema amministrativo italiano si è andato ridefinendo il significato da attribuire alla “trasparenza amministrativa” e, soprattutto, si è assistito ad un cambiamento di prospettive, modelli, rispetto agli strumenti chiamati ad assicurarla.

La chiusura⁸, in funzione di tutela pre (o para) processuale del singolo, del diritto di accesso⁹, operata dalla l. n. 15/2005 a coronamento di un percorso¹⁰ avviatosi sin dall'approvazione della legge sul procedimento, ha segnato lo sganciamento della trasparenza amministrativa dal diritto di accesso¹¹, sino ad allora inteso quale principale meccanismo chiamato ad assicurare la conoscibilità dell'azione dei pubblici poteri.

L'aver “oscurato i vetri” della “casa” pubblica¹², o, fuor di metafora, la perdita di relazione tra il modello di accesso-senza-trasparenza¹³ italiana e

⁸ Cfr. es. A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 669.

⁹ Per lo stato del rapporto tra trasparenza ed accesso prima delle riforme del 2005, cfr. i diversi contributi in G. Arena, (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991 (ed in particolare Id., *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, ivi, 15 ss.); Id., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, Ist. Enc. It., 1995, 1; A. Romano Tassone, *Considerazioni in tema di diritto di accesso*, in *Scritti Silvestri*, Milano, Giuffrè, 1992; C. Marzuoli, *Diritto d'accesso e segreto di ufficio*, in M. Cammelli, M.P. Guerra (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1997, 257 ss.; L.A. Mazzaroli, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, Cedam, 1998; C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, Utet, 2000, 1 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, 1 ss.; A. Simonati, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, Univ. degli studi, 2002.

¹⁰ Per una ricostruzione di questo percorso, normativo e giurisprudenziale, ci sia consentito rinviare a E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 573 ss.; cfr. A. Corpaci, *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 185 ss.

¹¹ Per G. Arena, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, cit., 31, l'accesso «pensato in origine come un nuovo diritto non solo egoistico, come diritto cioè ad essere informati non solo nel proprio interesse, ma nel più generale interesse alla trasparenza dell'azione amministrativa, ha finito così con il diventare nel corso degli anni semplicemente un'arma in più per gli amministrati da usare contro l'amministrazione».

¹² Riprendendo l'efficace immagine proposta da A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, cit.

¹³ In questo senso ci sia consentito rinviare ad E. Carloni, *La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss.

quello del *freedom of information* (di cui lo scenario comparato ci mostra, al contrario, la circolazione globale¹⁴), hanno apparentemente aumentato la distanza tra la trasparenza come principio¹⁵ e la concreta capacità del sistema pubblico di realizzarla, stante il quadro legale di riferimento. Come talora accade, però, nella crisi di uno strumento, e di un modello, v'è anche l'emergere nuove e diverse prospettive, ed in questo caso è proprio nella crisi del rapporto tra accesso e trasparenza che assistiamo al radicarsi di nuove forme per il perseguimento di quell'esigenza di conoscibilità dell'organizzazione, dell'attività, del funzionamento delle istituzioni pubbliche che è un dato ineludibile negli Stati democratici contemporanei e nei loro sistemi amministrativi.¹⁶

Come evidenzia la stessa Civit¹⁷, si viene così definendo un'idea di trasparenza che riflette «una nozione diversa da quella contenuta negli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241»: un'idea di trasparenza come «accessibilità totale»¹⁸ che presuppone l'accesso da parte dell'intera collettività «a tutte le informazioni pubbliche, secondo il paradigma della libertà di informazione dell'*open government*»¹⁹.

¹⁴ J.M. Ackerman, I.E. Sandoval Ballesteros, *The Global Explosion of Freedom of Information Acts*, in *Admin. Law Review*, 2006, 58 ss.

¹⁵ Si v. l'art. 1, c. 1 («l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza»), ma anche l'art. 22, c. 2 («l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»).

¹⁶ Sulla circolazione del modello del *freedom of information*, e sul *right to know* come diritto fondamentale, si v. es. l'ampia ricognizione comparata in OECD, *The right to open public administrations in Europe: emerging legal standards*, a cura di M. Savino, *Sigma Paper*, n. 46, 2010.

¹⁷ Civit, come è noto, è l'acronimo della Commissione («*independente*») per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, prevista dall'art. 13, c. 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

¹⁸ L'art. 11, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, definisce la trasparenza come «accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».

¹⁹ Si v. il pt. 1 della delibera Civit n. 105 del 2010, *Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità* (previste dall'art. 13, c. 6, lett. e), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150).

3. La trasparenza come accessibilità totale attraverso la rete Internet: quali contenuti

Questa “nuove forma” di trasparenza si colloca all’intersezione tra riforme amministrative ed innovazioni tecnologiche²⁰, cogliendo quel nesso tra evoluzione della tecnologia e cambiamento amministrativo che già Massimo Severo Giannini²¹ aveva segnalato oltre trent’anni addietro. La trasparenza diviene, allora, in primo luogo conoscibilità, da parte di chiunque²², di una serie di informazioni (pre)determinate, attraverso la rete Internet.²³

Da una trasparenza assicurata attraverso l’accesso di cittadini interessati, direttamente coinvolti in un rapporto con il potere²⁴ e che nella conoscenza

²⁰ Merita attenzione il fatto che, nello stesso periodo, in vari paesi, quali Francia (si v. L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, 2006), Spagna (cfr. J. Valero Torrijos, *Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos*, in E. Gamero Casado, J. Valero Torrijos (a cura di), *La Ley de Administración electrónica*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007) e Stati Uniti (cfr. A. Frost, *Restoring faith in government: transparency reform in the United States and the European Union*, in *European Public Law*, 2003, 9) sono state previste regolazioni volte a disciplinare la diffusione di informazioni attraverso strumenti elettronici. In merito, si v. es. B. Ponti (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, Maggioli, 2008 (che offre una panoramica ampia di questi processi, che tiene conto anche delle esperienze britannica e tedesca, oltre che di quelle italiana, spagnola e francese, cui già si è fatto cenno), ed ivi, in particolare, i contributi di P. Sucevic, P. Birkinshaw, M. Eifert, A. Cerrillo Martinez, E. Menichetti.

²¹ Con un’affermazione che si tende a ricollegare al dibattito intorno al rapporto sui problemi dell’amministrazione dello Stato, del 1979: in questo senso A. Natalini, *L’età delle riforme amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2006.

²² Sull’importanza di meccanismi di conoscenza riconosciuti a chiunque, cfr. C. Marzuoli, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 45 ss.; C. Cudia, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all’informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 99 ss.

²³ In termini generali, su questo modello che a livello dottrinale viene definito anche come trasparenza *ex ante* (A. Cerrillo i Martinez, *E-Infornación: hacia una nueva regulación del acceso a la información*, in *Revista Internet, Derecho y Política*, 2005, 14) o trasparenza *on line*, che presuppone la continua diffusione attraverso mezzi elettronici di informazioni relative all’organizzazione ed all’attività della pubblica amministrazione: cfr. E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza*, cit., *passim*; D. Heald, *Varieties of Transparency*, in C. Hood, D. Heald (a cura di), *Transparency. The key to better governance?*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 32); F. Merloni, *Introduzione all’eGovernment*, Torino, Giappichelli, 2005, 127 ss.).

²⁴ La migliore dottrina da tempo ha evidenziato da tempo che, al contrario, nell’ottica della trasparenza amministrativa risultano decisive proprio quelle dinamiche informative che, essendo riconducibili a chiunque, rendono possibile processi conoscitivi sottratti «a logiche di mediazione e di scambio»: A. Orsi Battaglini, *L’astratta e infeconda idea. Disavventure dell’individuo nella cultura giupubblicistica*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1367.

di determinati documenti trovano occasione di tutela delle proprie posizioni protette, da un accesso espressamente non utilizzabile per un controllo generalizzato sull'operato delle amministrazioni²⁵, ad una conoscenza dichiaratamente aperta a chiunque, proprio per garantire, attraverso questa, «forme di controllo diffuso»²⁶: dall'accesso alla pubblicità (*on line*), ecco, in sintesi estrema, l'evolversi della trasparenza e dei suoi strumenti che trova la sua più chiara affermazione nella l. n. 15/2009 e nel successivo d.lgs. n. 150 dello stesso anno.

Uno strumento antico (la pubblicità) riadattato in nuove forme, con una generalizzazione e standardizzazione delle forme di conoscibilità: da molteplici e tradizionali forme di pubblicità (pubblicazioni in gazzette ufficiali, bollettini, affissioni, in albi pretori e con manifesti) ad una forma unitaria e nuova (la pubblicazione nel sito internet dell'amministrazione). Si tratta di un modello le cui tracce possono rinvenirsi nella l. n. 150/2000²⁷, che si sviluppa attraverso una serie di previsioni puntali e, quindi, arriva a strutturarsi e consolidarsi nella disciplina dell'amministrazione digitale del 2005²⁸.

Dal 2005 in poi, in un crescendo, in ogni legge o manovra finanziaria²⁹, decreti *omnibus*, possiamo riscontrare nuove previsioni di “elementi

²⁵ Il riferimento è, qui, alla previsione dell'art. 24, c. 3, l. n. 241/1990.

²⁶ La stessa delibera Civit n. 105 del 2010, rimarca, anche sulla scorta di indicazioni maturate a livello dottrinale [si v. in particolare F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit.], la significativa «differenza di *ratio* e di conseguente regolamentazione, tra disciplina della trasparenza e disciplina sull'accesso: si v. in questo senso soprattutto la disposizione di cui all'art. 24, c. 3, l. n. 241 del 1990, secondo cui “non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni», laddove, come si è detto, ai sensi dell'art. 11, c. 1, d.lgs. n. 150/2009, la trasparenza è finalizzata proprio a forme diffuse di controllo sociale dell'operato delle pubbliche amministrazioni e delinea, quindi, un diverso regime di accessibilità alle informazioni.

²⁷ Sulla l. n. 150/2000, salutata a suo tempo come punto di arrivo dell'affermazione della centralità delle funzioni di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni, si v. i diversi contributi in *La funzione pubblica di comunicazione*, a cura di G. Arena, Rimini, Maggioli, 2002.

²⁸ V. E. Menichetti, *Accessibilità e tutela della riservatezza*, in *Il regime dei dati pubblici*, a cura di B. Ponti, Rimini, Maggioli, 2008, 181; cfr. Id., *Capo V, Sezione I – Dati delle pubbliche amministrazioni*, in E. Carloni (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2005, 315. Su questo modello informativo, cfr. già F. Venturini, *I. Conoscibilità, disponibilità e ruolo di Internet*, in P. Cavaleri, F. Venturini (a cura di), *Documenti e dati pubblici sul web. Guida all'informazione di fonte pubblica in rete*, Bologna, Il Mulino, 2004, 23 ss.

²⁹ Si v. la legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006, art. 1, c. 593), che prevede la pubblicità delle retribuzioni per i dirigenti e i titolari di incarichi pubblici, tramite i siti web

la trasparenza delle pubbliche amministrazioni

conoscitivi” dei quali il legislatore richiede la disseminazione attraverso la rete: una stratificazione della quale il governo, con il ministro Brunetta, in prima battuta ha tenuto conto, attraverso la c.d. “Operazione trasparenza”, e che lo ha portato poi, in un secondo tempo, ad “istituzionalizzare” questo nuovo modello di relazione tra amministrazioni e cittadini, attraverso le riforme legislative del 2009. Centrale risulta, ora, nell’affermazione ed emersione del nuovo modello, il combinato delle previsioni contenute nella l. n. 15/2009 e nel decreto legislativo n. 150 dello stesso anno.

Questo modello è andato definendo i suoi caratteri, in termini qualitativi, attraverso la combinazione della normativa in materia di amministrazione digitale e di quella che, più recentemente, ha inteso riformare l’amministrazione pubblica ponendo con forza il tema della trasparenza (come fine in sé, e come strumento) al centro del dibattito pubblico e della legislazione. Il Codice dell’amministrazione digitale costituisce, in un certo senso, la base di partenza di un nuovo modello di trasparenza³⁰, che si sviluppa prima secondo una logica incrementale e acquista, quindi, una compiuta fisionomia nelle riforme del 2009: ne risulta, in sostanza, un nuovo “luogo” di pubblicità e conoscibilità, il sito istituzionale dell’amministrazione³¹, che si compone di almeno tre aree, che possiamo tenere distinte quantomeno a fini descrittivi³², di contenuti informativi. Di queste, una è espressamente (e specificamente) orientato alla trasparenza così come intesa nella l. n. 15 e nel d.lgs. 150/2009 (la sezione “trasparenza”, appunto), un’altra a dare informazioni sull’organizzazione, sui procedimenti ed i servizi e quindi a dare attuazione alle previsioni ed i principi del Codice dell’amministrazione digitale (a partire dal principio di “disponibilità”, ivi previsto)³³, un’altra a realizzare la pubblicità legale di atti, dunque a fini di efficacia ed

delle amministrazioni, o la legge finanziaria per il 2008 (l. n. 244/2007, c. 44), relativamente a contratti e consulenze, dei quali si dispone in particolare la pubblicazione sul sito web dell’amministrazione.

³⁰ Sul punto, cfr. E. Menichetti, Capo V, Sezione I - *Dati delle pubbliche amministrazioni*, cit., 2005.

³¹ Come affermato ad esempio nelle *Linee guida per i siti web delle pubbliche amministrazioni del 2011* (ai sensi dell’art. 4 della Direttiva n. 8/2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione), «la trasparenza intesa come “accessibilità totale” trova naturale attuazione, nell’era digitale, attraverso la pubblicazione sui siti web istituzionali delle amministrazioni pubbliche delle informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione».

³² Per una illustrazione analitica dei contenuti attualmente previsti, si v. le *Linee guida sui siti web delle pubbliche amministrazioni* (sezione 4.2.1 e Tabella 5, nonché si v. l’Appendice).

³³ In merito al quale ci sia consentito rinviare ad E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa* cit., *passim*.

entrata in vigore, secondo quanto previsto in particolare dalla l. n. 69/2009³⁴.

Questa tassonomia, utile a fini ricostruttivi e spesso permeabile, non modifica peraltro la compattezza del nuovo modello, il quale, si noti, sembra essere ancora lontano dall'aver esaurito la propria forza espansiva: basta far riferimento, in questo senso, al disegno di legge "anticorruzione"³⁵, che vede proprio nella trasparenza "totale" una delle principali misure per la garanzia della legalità ed il contrasto dei reati contro l'amministrazione.

4. I caratteri del nuovo modello di trasparenza

Si definisce, attraverso questo percorso e queste previsioni, un modello di conoscibilità che ha una propria autonomia logica, ma che costituisce, non di meno, un elemento centrale nel disegno delle riforme Brunetta: un modello, dunque, che assume una serie di caratteri che discendono ora dalle caratteristiche proprie del web (a partire dall'accessibilità generalizzata) ora dal complessivo progetto riformatore nel quale si colloca l'idea di accessibilità totale (a partire dalla forte dimensione organizzativa).

Il disegno che ne emerge è innovativo e non privo di complessità ma anche di coerenza interna, e merita di essere analizzato e scomposto, e questo seppure a costo di alcune semplificazioni. In sintesi, ne risulta un impianto che possiamo schematizzare nei suoi dieci caratteri, i quali definiscono il nuovo modello di trasparenza e ne segnano la discontinuità rispetto ad altre esperienze.

Il primo carattere, esplicitato a partire dalla l. n. 15/2009, è dato appunto dal riconoscimento di una forma di "accessibilità generalizzata", attraverso la rete internet³⁶: ci troviamo di fronte ad una forma di conoscibi-

³⁴ Questa "tripartizione" è ben esplicitata, ad esempio, dalle citate *Linee guida per i siti web delle pubbliche amministrazioni*. Come noto, ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. n. 69/2009, «gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati». Si noti, peraltro, che già l'art. 54 del Codice dell'amministrazione digitale individuava, però, tra i contenuti obbligatori dei siti i documenti dei quali già l'art. 26, l. n. 241/1990 prevedeva la pubblicità (a sua volta, peraltro, rinviando alle specifiche regole relative ai diversi atti).

³⁵ Il riferimento è al d.d.l. di iniziativa governativa, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (AC 4434).

³⁶ Si v. l'art. 4, c. 7, l. n. 15/2009; ma si cfr., al riguardo, già le "definizioni" (a partire da quella di "dato pubblico") contenute nel Codice dell'amministrazione digitale.

la trasparenza delle pubbliche amministrazioni

lità che è riconosciuta (per definizione ed in virtù dello strumento utilizzato) a *chiunque*. La discontinuità tra questo strumento di conoscenza ed il diritto di accesso è particolarmente evidente, mentre lo stesso non avviene nell'esperienza americana, dove le “*electronic reading rooms*” (sezioni dei siti che contengono i documenti ritenuti dall'amministrazione di interesse generale, o maggiormente richiesti) possono essere viste come uno sviluppo dell'impianto e della logica del *Freedom of Information Act*.³⁷

L'accesso (ed è questo il secondo carattere) è ad una serie di contenuti, ampi, fruibili direttamente e senza mediazioni. Questo ha due effetti: da un lato, il superamento di quel (tradizionale) *request-and-wait-for-a-response-approach* che è visto come il “tallone d'Achille” delle dinamiche conoscitive³⁸, dall'altro, il venir meno di ostacoli fisici e giuridici, e dello stesso ruolo di *gatekeeper*, di vaglio, di filtro, di controllo dell'amministrazione (rispetto all'identità del richiedente, all'interesse, alla motivazione).

Un altro carattere del modello è dato dal fatto che ci troviamo di fronte ad elementi conoscitivi (peraltro spesso a contenuto organizzativo), dichiaratamente rivolti a consentire un controllo diffuso e generalizzato sulle amministrazioni³⁹, e che dovremmo presumere dunque anche idonei (vale a dire, qualitativamente e quantitativamente adeguati) a questo fine. Tra intenzioni ed idoneità c'è corrispondenza per quanto attiene agli aspetti rilevanti ai fini della valutazione delle *performances*, mentre la corrispondenza è meno pacifica (ed anzi spesso fatta di luci ed ombre) in relazione ad altri aspetti rilevanti nella prospettiva del controllo diffuso, democratico, sul funzionamento delle amministrazioni. In questo modello, in effetti, ci troviamo di fronte alla accessibilità di una massa significativa di informazioni, che però sono (necessariamente) preventivamente individuate: al crescere della quantità, l'effetto a macchie di leopardo di questo disegno conoscitivo si riduce, ma restano zone (non pubblicate e quindi) non esposte *au grand jour*.

Un altro elemento significativo è il carattere non-*octroyée*⁴⁰ (da parte

³⁷ Su questo sistema, frutto delle innovazioni introdotte con l'eFOIA, cfr. già G. Palombelli, *L'informazione pubblica come risorsa*, in *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Merloni, Rimini, Maggioli, 2002.

³⁸ M. Herz, *Law lags behind: FOIA and affirmative disclosure of information*, in *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, 2009, 585 ss. e che, peraltro, si ritiene reso obsoleto da Internet (cfr. D.C. Vladeck, *Information access-surveying the current legal landscape of federal right-to-know laws*, in *Texas Law Review*, 2008, spec. 1792-1793).

³⁹ Si v. A. Pioggia, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, cit., 693 ss.

⁴⁰ Si cfr. F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, cit., 647 ss.

dell'amministrazione) di questa forma di conoscibilità: sono, queste, informazioni la cui conoscibilità è indicata come doverosa dal legislatore, cosicché la scelta, rispetto alla loro diffusione, è sottratta all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione.⁴¹ Questo aspetto appare rilevante nella prospettiva di un'effettiva garanzia di adeguati standard di conoscibilità e trasparenza, dal momento che, diversamente, sarebbe lo stesso "controllato" ad avere nella propria disponibilità l'individuazione dell'area soggetta a controllo. Il legislatore, in sostanza, è andato definendo un insieme "minimo" (un livello essenziale del diritto a conoscere) di contenuti informativi che l'amministrazione è tenuta a fornire in rete, secondo un approccio che trova la sua principale affermazione nell'art. 54 del Codice dell'amministrazione digitale e che riflette, in questo campo, il modello di regolazione "per livelli essenziali" previsto dall'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.

Si tratta, però anche, di informazioni rispetto alle quali si è posta con forza la questione della standardizzazione delle modalità di disseminazione, il che si è tradotto nell'articolazione di una serie di principi relativi al "contenitore-sito-web" e quindi nella definizione di una serie di indicazioni tecniche, contenute in particolare nelle Linee guida per i sit web delle pubbliche amministrazioni e nella delibera n. 105/2010 della Civit.⁴² Si arriva dunque, attraverso questi provvedimenti, a predeterminare le caratteristiche del "luogo" di pubblicazione e le modalità anche tecniche di pubblicazione⁴³: si giunge, dunque, a definire in modo spesso dettagliato una serie di aspetti relativi al "come" e non solo al "cosa" rendere conoscibile.

La standardizzazione, richiesta per il "contenitore-sito" è prevista non di meno per gli stessi contenuti informativi: da questa affermazione, che trova sempre nel codice dell'amministrazione digitale i suoi riferimenti fondamentali, all'emergere di uno specifico rilievo del problema della qualità

⁴¹ Con il superamento, dunque, di modelli di trasparenza *octroyee*, quantomeno entro un nucleo minimo di informazioni necessarie.

⁴² Si cfr. però anche le *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato anche da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web* (Deliberazione 2 marzo 2011) del Garante della privacy.

⁴³ Si v. ora in particolare anche le *Linee guida sui siti web delle pubbliche amministrazioni*: destinatari delle Linee guida sono tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, nel rispetto della loro autonomia organizzativa e comunque nel rispetto del riparto di competenza di cui all'art. 117 Cost., ovvero a tutte le amministrazioni dello Stato, ivi comprese (tra le altre) le istituzioni universitarie. Per molte informazioni si prevede, in particolare, la pubblicazione all'interno della Sezione *Trasparenza, valutazione e merito* del sito. Si v. es. le indicazioni in materia di accessibilità e soprattutto di usabilità contenuti nelle Linee guida sui siti web (Principi di usabilità per i siti web delle PA, 85).

la trasparenza delle pubbliche amministrazioni

delle informazioni diffuse attraverso la rete, il passo è breve. È, quella della standardizzazione su livelli di qualità adeguata, una delle sfide fondamentali della *dissemination* in rete di informazioni pubbliche, come emerge con chiarezza anche dallo scenario comparato⁴⁴: questo si traduce, in particolare, in specifiche esigenze di, affidabilità⁴⁵, chiarezza⁴⁶, correttezza ed esattezza⁴⁷, dei dati conoscitivi diffusi attraverso i siti web delle amministrazioni pubbliche.

Un'altra caratteristica di questo modello è il differente rapporto con la tutela della riservatezza rispetto a quanto previsto in materia di diritto di accesso⁴⁸, e questo secondo schemi, peraltro, che sono propri delle tradizionali forme di pubblicità e nei quali, in particolare, vengono meno i meccanismi di procedimentalizzazione e bilanciamento alla luce dei caratteri soggettivi del richiedente⁴⁹. Un modello che si caratterizza, dunque, per un rapporto che è di norma "risolto" *ex ante*, attraverso la predeterminazione normativa dei contenuti da veicolare nel sito (ancorché riferiti a dati personali). In questo quadro, in particolare, trova legittimazione la diffusione in rete di «tutti i dati personali attinenti allo svolgimento della prestazione di chi sia addetto a una funzione pubblica»⁵⁰: questo, però, sempre nel rispetto di un

⁴⁴ Sul tema della qualità delle informazioni, ci sia consentito rinviare più ampiamente ad E. Carloni, *La qualità delle informazioni pubbliche. Il modello italiano nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 67 ss.

⁴⁵ Così, ai sensi dell'art. 54, c. 4, del Cad: «le pubbliche amministrazioni garantiscono che le informazioni contenute sui siti siano conformi e corrispondenti alle informazioni contenute nei provvedimenti amministrativi originali dei quali si fornisce comunicazione tramite il sito».

⁴⁶ Si v. l'art. 53, c.1, del Cad: «le pubbliche amministrazioni centrali realizzano siti istituzionali su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità. Sono in particolare resi facilmente reperibili e consultabili i dati di cui all' articolo 54».

⁴⁷ Così es. art. 51, c. 2-bis, del codice dell'amministrazione digitale: «Le amministrazioni hanno l'obbligo di aggiornare tempestivamente i dati nei propri archivi, non appena vengano a conoscenza dell'inesattezza degli stessi»).

⁴⁸ Spunti critici sul rapporto tra le nuove forme di trasparenza e la tutela della riservatezza, da ultimo, in F. Pizzetti, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in *La riforma del lavoro pubblico*, a cura di F. Pizzetti, A. Rughetti, Roma, EDK editore, 2010, 29 ss.

⁴⁹ Principi che, nel tradizionale modello dell'accesso ai documenti, sono chiaramente esplicitati nell'art. 24, l. n. 241/1990.

⁵⁰ I quali dati «devono essere resi accessibili in attuazione della disciplina legislativa della trasparenza che, a sua volta, costituisce espressione di quei valori di buon andamento e imparzialità delle pubbliche amministrazioni, che trovano un tradizionale riconoscimento negli articoli 97, 98 nonché 3 della Costituzione»: così la delibera Civit n. 105/2010.

principio di proporzionalità, oltre che di pertinenza e non eccedenza dei dati⁵¹.

Un ulteriore elemento che contraddistingue questo approccio alla trasparenza, è la previsione di apposite “politiche” e meccanismi procedurali, rivolti alla messa a regime di questi standard conoscitivi alla loro implementazione ed alla verifica della loro effettività: il riferimento è, al riguardo, ai piani «per la trasparenza»⁵², che vedono il coinvolgimento di una pluralità di soggetti, interni ed esterni all’amministrazione.

Il “sistema-trasparenza” si sviluppa, quindi, attraverso la predisposizione di serie di presidi organizzativi volti a garantire l’effettività di queste misure di conoscenza e, sia pure in termini relativi ed ancora non pienamente appaganti, anche l’indipendenza di questi processi: la Civit⁵³ e gli organismi indipendenti di valutazione.

A completare il quadro, la legge ed i successivi provvedimenti, individuano specifiche responsabilità, prevalentemente in capo ai dirigenti, e specifiche professionalità⁵⁴, chiamate ad attuare il nuovo modello di trasparenza *web-oriented* della pubblica amministrazione.

⁵¹ Un rapporto strutturalmente diverso con la privacy, come evidenziato ad esempio nella delibera Civit n. 105/2010. In merito, si v. anche le citate *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato anche da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*.

⁵² Il programma triennale viene realizzato in ottemperanza all’art. 11, d.lgs. n. 150/2009, sulla base delle linee guida della Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l’Integrità delle amministrazioni pubbliche (Delibera CIVIT n. 105/2010). Anche le “giornate sulla trasparenza” si inseriscono nei percorsi di implementazione del modello. In materia, si v. E. D’Alterio, *Il programma triennale per la trasparenza e l’integrità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 440 ss.

⁵³ Per quanto questa conclusione appaia tutt’altro che pacifica, parere n. 870 del 22 marzo 2010 il Consiglio di Stato ha optato chiaramente per l’inserimento della Civit nel novero delle autorità indipendenti (in quanto in possesso di «tratti caratteristici sufficienti e idonei a ricondurre la stessa alla categoria»).

⁵⁴ Per una efficace illustrazione delle nuove professionalità richieste, si v. le *Linee guida per i siti web delle pubbliche amministrazioni* del 2010, che dedica specifica attenzione ai ruoli coinvolti nello sviluppo e nella gestione dei siti web della pa: alle “tradizionali” figure del responsabile dei sistemi informativi (previsto già dal d.lgs. n. 39/1993), del capo ufficio stampa e del responsabile dell’URP (per i quali si v. in particolare la l. n. 150/2000), emergono più recentemente la figura del responsabile del procedimento di pubblicazione dei contenuti sul sito (prevista dalla citata direttiva n. 8/2009), e del responsabile dell’accessibilità informatica (prevista dal d.P.R. 1° marzo 2005, n. 75).

5. La trasparenza *on line* e le sue multi-finalità

La rete, o più correttamente il “sito internet”, è dunque il nuovo grande contenitore di elementi conoscitivi, la nuova “piazza” in cui tutto è pubblico perché conoscibile da chiunque⁵⁵ abbia voglia di affacciarsi: un contenitore sempre più ricco di contenuti, generali (in quanto dovuti da ogni amministrazione) e speciali (legati allo specifico regime di taluni settori di intervento, od a regole rivolte a specifiche amministrazioni). Il fatto è che la *ratio* sottesa alla previsione, normativa, di talune informazioni come doverosamente diffuse in rete e, quindi, soggette alle regole “di trasparenza” previste nel quadro della riforma operata dalla l. n. 15 e dal d.lgs. n. 150/2009, è variabile, e di questa variabilità si tende a perdere consapevolezza, col che si finisce per attribuire una valenza di (vera) trasparenza a tutto questo complesso di informazioni.

Il che è solo in parte corretto, dal momento che molte informazioni trovano la ragione della loro diffusione in esigenze diverse (di servizio, ad esempio, o di contenimento di spesa) rispetto a quelle collegate ad istanze di controllo democratico sull'uso del potere e delle risorse pubbliche. Si tratta di una questione che rimanda, come visto, alle diverse matrici normative del “paniere” informativo che le amministrazioni devono attualmente rendere pubblico attraverso il proprio sito *web*. Vero è, peraltro, che una certa pluri-finalità delle informazioni è nella natura di questi fenomeni conoscitivi, se è vero che l'informazione pubblica non esaurisce le sue potenzialità solo nei processi che strumentalmente sono stati la ragione della sua raccolta o veicolazione, come ben mostrano il fenomeno del “riutilizzo”⁵⁶ ed ancor più chiaramente, oggi, le esperienze (e le prospettive) dell'*open data government*.⁵⁷

Sinteticamente, può in ogni caso essere utile evidenziare svariate finalità (via via) sottese alle previsioni normative che sono andate componendo questo patrimonio conoscitivo pubblico reso disponibile in rete a chiunque: esigenza di fornire informazioni adeguate per la migliore erogazione del

⁵⁵ Uno spazio «accessibile a tutti, nello stesso senso in cui parliamo di pubbliche piazze», J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, ed. it., Roma-Bari, Laterza, 2005, 4.

⁵⁶ Sul riutilizzo dei dati pubblici, v. per tutti B. Ponti, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in Id. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici*, cit., 215 ss.

⁵⁷ In merito, sin d'ora, si v. M. Fioretti, *Open Data, Open Society*, 2010, 50 ss., in www.dime.eu.org/node/907; B. Ponti, *Open Data and Transparency: a Paradigm Shift*, in *Informatica e diritto*, 2011, 305 ss.

servizio reso ai cittadini ed all'utenza⁵⁸, informazioni utili all'esercizio da parte dei cittadini dei propri diritti⁵⁹, informazioni volte a consentire la confrontabilità e quindi la scelta tra fornitori di servizi (pubblici ma) in competizione⁶⁰, controllo di spesa⁶¹, contenimento di fenomeni di inefficienza⁶² o cattiva funzionalità⁶³, *accountability* nei confronti della comunità di riferi-

⁵⁸ Ad esempio, l'elenco completo delle caselle di posta elettronica istituzionali attive, specificando se si tratta di una casella di posta elettronica certificata (art. 54, c. 1, lett. *d*), d.lgs. n. 82/2005), ma anche l'elenco delle tipologie di procedimento svolte da ciascun ufficio di livello dirigenziale non generale, il termine per la conclusione di ciascun procedimento ed ogni altro termine procedimentale, il nome del responsabile del procedimento e l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale (art. 54, c. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 82/2005).

⁵⁹ V. es. la pubblicazione della carta della qualità dei servizi alla cui emanazione sia tenuto il soggetto erogatore dei servizi. In base all'art. 57 del Cad, le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare *online* l'elenco dei documenti richiesti per procedimento (moduli e formulari validi) e non possono richiedere l'uso di moduli o formulari che non siano stati pubblicati sul web. La mancata pubblicazione è rilevante ai fini della misurazione e valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili.

⁶⁰ È il caso di molte delle informazioni rientranti nei "requisiti di trasparenza" delle università. In una prospettiva generale, si noti che la previsione di maggiori oneri informativi è spesso un corollario della deregolamentazione e, quindi, dell'apertura alla differenziazione, sia nel campo della commercializzazione dei servizi che dei prodotti.

⁶¹ Si noti che, nelle manovre finanziarie, la previsione di obblighi di trasparenza appare spesso alternativa (ed intermedia) rispetto alla scelta di vietare determinate tipologie di spesa.

⁶² Si pensi, ad esempio, alla pubblicazione dei dati relativi al grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità, sia per i dirigenti sia per i dipendenti (art. 11, c. 8, lett. *d*), d.lgs. n. 150/2009), che è intesa contrastare alcune prassi diffuse nelle amministrazioni pubbliche, od ai tassi di assenza e di maggiore presenza del personale distinti per uffici di livello dirigenziale (art. 21, l. n. 69/2009), nonché il ruolo dei dipendenti pubblici (art. 55, c. 5, d.P.R. n. 3/1957).

⁶³ È il caso, ad esempio, dell'indicatore dei tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture (indicatore di tempestività dei pagamenti), nonché tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi con riferimento all'esercizio finanziario precedente (art. 23, c. 5, l. n. 69 del 2009). Più recentemente, la l. n. 106 del 12 luglio 2011 (di conversione del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, il c.d. "decreto sviluppo") fornisce ulteriori indicazioni e indica misure di semplificazione a "costo zero", anche con riferimento alla trasparenza e alla certezza degli adempimenti burocratico-amministrativi on line gravanti sulle pubbliche amministrazioni. In particolare, all'art. 6 il "decreto sviluppo" impone alle amministrazioni l'obbligo di pubblicare sui propri siti istituzionali, per ciascuna procedura, l'elenco degli adempimenti e la documentazione necessaria. In caso di inadempienza, la PA non può rifiutare l'istanza del cittadino o dell'impresa e può solo richiedere l'integrazione della documentazione. Rilevante, in questo quadro, è inoltre l'introduzione dell'obbligo per le amministrazioni di pubblicare sui loro siti istituzionali l'elenco degli oneri introdotti o eliminati per ogni singolo atto amministrativo.

la trasparenza delle pubbliche amministrazioni

mento⁶⁴, pubblicità legale e perfezione dell'efficacia di atti⁶⁵ ed infine (*last but not least*) controllo e garanzia dell'integrità.

Il nesso tra trasparenza ed integrità, che appare a prima vista prevalente a prestare attenzione ad una serie di elementi formali e testuali, è a ben vedere solo debolmente presente nella regolazione positiva delle nuove forme di conoscibilità pubblica: si tratta di un rapporto che, in ogni caso, merita una specifica attenzione.

La trasparenza è, infatti, strumentale all'integrità ed alla legalità⁶⁶: un rapporto privilegiato, a dar retta al ricorrente abbinamento dei termini (nel "piano triennale", nella stessa denominazione della Civit, *Commissione "independente" per la valutazione, l'integrità e la trasparenza*). Una relazione, questa, che viene rimarcata dalla Civit, nella delibera n. 105 del 2010, «con riferimento alla legalità e alla cultura dell'integrità, la pubblicazione di determinate informazioni pubbliche risulta strumentale alla prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni», per quanto appaia poco chiaro quali siano le informazioni (tra quelle attualmente previste come a diffusione necessaria) che, attraverso la loro disponibilità in rete, specificamente consentono di perseguire questo obiettivo di garantire la corrispondenza dei comportamenti dei funzionari pubblici al dovere costituzionale, sancito in particolare dall'art. 54, di servire la nazione «con disciplina ed onore»⁶⁷. La pubblicazione in rete del codice di comportamento e del programma triennale per la trasparenza e l'integrità possono solo debolmente rispondere a questa esigenza.

In ogni caso, la "via della trasparenza" al contrasto della corruzione è ben presente al legislatore, se è vero che nel d.d.l. in materia⁶⁸ è prestata

⁶⁴ Altre volte, peraltro, la diffusione di talune informazioni risponde solo latamente a queste esigenze: si pensi agli incarichi retribuiti e non retribuiti conferiti a dipendenti pubblici e ad altri soggetti (art. 11, c. 8, lett. i), d.lgs. n. 150/2009 e art. n. 53, d.lgs. n. 165/2001).

⁶⁵ Da ultimo, l'art. 32, l. 69/2009 introduce il tema della pubblicazione sui siti istituzionali di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale, come assolvimento dell'obbligo di pubblicazione.

⁶⁶ Si v., in questo senso, la Convenzione Onu contro la corruzione del 31 ottobre 2003, ratificata dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116, che in numerosi articoli (es.: 7, 8, 9, 10 e 13) richiama espressamente la trasparenza.

⁶⁷ Ai sensi della delibera Civit n. 105 del 2010, «gli obblighi di trasparenza risultano correlati a un siffatto novero di principi e regole nella misura in cui il loro adempimento è volto alla rilevazione di ipotesi di *maladministration* e alla loro consequenziale eliminazione».

⁶⁸ Si v. in particolare l'art. 2 del citato disegno di legge recante *disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, così come approvato dal Senato.

grande attenzione alla conoscibilità dell'attività amministrativa, attraverso un articolo che prevede che «la pubblicazione, sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione», con particolare riferimento ai procedimenti concorsuali, di scelta dei contraenti, di autorizzazione e concessione, di sovvenzione. Una previsione questa, si noti, che ove approvata porterebbe con sé un evidente cortocircuito tra il nuovo modello di trasparenza e quello incardinato nell'istituto del diritto di accesso⁶⁹.

6. In particolare: la trasparenza con finalità di servizio

Tra le finalità della trasparenza, appare evidente un forte rilievo, se non una prevalenza, della dimensione “di servizio”: la trasparenza svolge, qui, una funzione analoga a quella della comunicazione di servizio che «mira ad informare gli utenti sulle modalità di funzionamento degli uffici, sulla normativa applicata, le prestazioni offerte»⁷⁰. Una attività “di servizio”, «non soltanto perché queste informazioni costituiscono un servizio per gli utenti, ma anche perché in un'amministrazione moderna esse formano ormai parte integrante del servizio»⁷¹.

Nel complesso, entro un'accezione ampia di “servizio”⁷² (a ricomprendere, secondo un modello che era già esplicitato nella l. n. 150/2000, nel Codice dell'amministrazione digitale, ogni attività “di prestazione”, a partire proprio da quelle di tipo burocratico rese ai cittadini da parte delle amministrazioni pubbliche), la trasparenza è uno dei cardini di un impianto riformatore che è dichiaratamente rivolto al miglioramento degli standard e delle performance pubbliche, e questo «stante lo stretto collegamento [...]

⁶⁹ Basti pensare al fatto che lo stesso atto sarebbe da un lato difficilmente conoscibile se non da un soggetto portatore di un interesse diretto, concreto ed attuale, collegato al documento (come previsto dagli artt. 22 ss. della legge sul procedimento), e dall'altro conoscibile da chiunque attraverso la pubblicazione in rete, con la chiara conseguenza di rendere residuale-marginale, se non obsoleto, l'istituto dell'accesso.

⁷⁰ G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, in Id. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002, 61.

⁷¹ Così, nel definire la «comunicazione di servizio» come tipologia della comunicazione pubblica, sempre G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, cit., 61.

⁷² Per la delibera Civit n. 3 del 2012, *Linee guida per il miglioramento degli strumenti per la qualità dei servizi pubblici*, ogni amministrazione è tenuta ad individuare un elenco dei «servizi forniti dall'amministrazione direttamente al cittadino».

la trasparenza delle pubbliche amministrazioni

tra trasparenza, *performance* e qualità per il miglioramento continuo dei servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni»⁷³.

In particolare, secondo la recente delibera della Civit, la trasparenza è una delle dimensioni di “qualità” dei servizi. Si tratta di una dimensione che “corrisponde alla semplicità per l’utente (e, più in generale, per tutti gli *stakeholder*) di reperire, acquisire e comprendere le informazioni necessarie per poter usufruire al meglio del servizio di proprio interesse”.⁷⁴ Uno strumento, la trasparenza, che si affianca (e rafforza) quelle carte dei servizi⁷⁵ che, nel loro ambito di applicazione, restano individuate come il principale meccanismo di garanzia della qualità delle prestazioni assicurate da soggetti pubblici.

Anche su questo fronte, dunque, le recenti riforme ed i provvedimenti della Civit sono orientati al rafforzamento di un modello di trasparenza in funzione di servizio (e funzionale alla qualità dei servizi): in particolare, già con la delibera n. 88 del 2010, la Civit aveva fornito indicazioni riguardo all’utilizzo dei meccanismi di trasparenza attraverso i siti web al fine di assicurare la qualità dei servizi, con specifica attenzione alle attività di comunicazione degli standard qualitativi, nella prospettiva di garantire la massima accessibilità, dare pubblicità ai dati attraverso il sito e attivare le azioni idonee a garantire la trasparenza, anche relativamente alle azioni di miglioramento del livello di qualità dei servizi.

La “trasparenza”, attraverso la diffusione di informazioni in rete, diventa dunque il modello di sviluppo privilegiato della comunicazione di servizio, vale a dire di quelle attività di informazione attraverso le quali l’amministrazione mira a «favorire l’accesso ai servizi pubblici, promuovendone la conoscenza»⁷⁶: si tratta di una funzione istituzionale delle amministrazioni,

⁷³ In questi termini, appunto, la recente delibera Civit n. 3 del 2012.

⁷⁴ E, prosegue la delibera, «queste caratteristiche sono influenzate dal formato e dai mezzi di diffusione dell’informazione rilasciata nonché dalla disponibilità di meta-informazioni a suo corredo (per esempio: indicazione dei responsabili, delle modalità di diffusione delle informazioni e della frequenza degli aggiornamenti, pubblicazione dei dati relativi al rispetto degli standard, alle modalità per presentare reclamo e per accedere a eventuali forme di indennizzo, agli strumenti di dialogo con i cittadini, alle modalità di effettuazione dei monitoraggi del servizio e dei risultati conseguiti)».

⁷⁵ Così sempre la citata delibera Civit n. 3 del 2010.

⁷⁶ Così la l. n. 150/2000, sulle attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni, art. 1, c. 5, lett. e). In questo senso, si v. anche l’art. 8, c. 2, che in particolare affida agli uffici per le relazioni con il pubblico i compiti di «agevolare l’utilizzazione dei servizi offerti ai cittadini, anche attraverso l’illustrazione delle disposizioni normative e amministrative, e l’informazione sulle strutture e sui compiti delle amministrazioni mede-

già esplicitata dalla l. n. 150/2000, che peraltro si completa con una serie di regimi speciali, riferiti ai diversi “servizi” settoriali resi o garantiti da soggetti pubblici.

In quest’ultima prospettiva, uno specifico interesse rivestono quelle regole che, attraverso la trasparenza, intendono in qualche modo simulare, o favorire, una competizione orientata alla qualità dei servizi pubblici. Un caso esemplare è, al riguardo, quello delle università, dove attraverso numerosi provvedimenti sono stati fissati standard molto dettagliati⁷⁷ per quanto attiene alla diffusione di informazioni attraverso i siti web delle istituzioni accademiche⁷⁸.

7. Considerazioni conclusive

La trasparenza (in senso proprio) non è, dunque, che una delle finalità della regole sulla diffusione di informazioni *on line* da parte di amministrazioni pubbliche: quale che sia stata l’obiettivo che ha orientato il legislatore

sime» (lett. b) e di «attuare, mediante l’ascolto dei cittadini e la comunicazione interna, i processi di verifica della qualità dei servizi e di gradimento degli stessi da parte degli utenti» (lett. d).

⁷⁷ In particolare, il d.m. 31 ottobre 2007, n. 544, sui «requisiti di trasparenza», prevede che «le Università rendono disponibili un insieme di informazioni [...] per una esaustiva conoscenza da parte degli studenti e di tutti i soggetti interessati delle caratteristiche dei corsi di studio attivati». Si tratta di una serie di informazioni (come sviluppate nel decreto direttoriale 10 giugno 2008, n. 61) utili per inquadrare adeguatamente le attività formative offerte dagli atenei, quali programma degli insegnamenti, *curricula* dei docenti, organizzazione della didattica, dati statistici sulle valutazioni, orari di ricevimento, calendari di esame, e così via.

⁷⁸ Funzioni di controllo *ex post* risultano, peraltro, affidati allo stesso Ministero (cfr. pt. 4 del decreto direttoriale 10 giugno 2008, n. 61). Se già in precedenti provvedimenti del Ministero era stato chiarito che tra i requisiti necessari per l’attivazione dei corsi di studio, sono compresi «le regole di trasparenza e le condizioni necessarie per una corretta comunicazione rivolta agli studenti e a tutti i soggetti interessati relativamente alle caratteristiche dei corsi di studio attivati», con questi atti si definisce una dimensione di trasparenza più ampia, che si rivolge agli atenei ed alle singole facoltà (ed ora, quindi, ai dipartimenti), che ricomprende sia informazioni già prodotte che altre da produrre, sia documenti che dati “grezzi” ed elaborati. Anche in questo caso, come è oramai quasi implicito, lo strumento di conoscibilità è la pubblicazione nel sito dell’amministrazione, ed anche in questo caso il sistema è assistito da meccanismi procedurali di “messa a regime” e da presidi organizzativi, individuati in particolare nei Nuclei di valutazione (che assumono ora anche le funzioni di Organismi indipendenti di valutazione secondo l’impianto della riforma Brunetta) che “procedono alla verifica della qualità delle informazioni” rese disponibili in rete. V. il pt. 3 del decreto direttoriale 10 giugno 2008, n. 61.

la trasparenza delle pubbliche amministrazioni

nella previsione di determinati obblighi informativi, però, il patrimonio di dati che si costruisce attraverso queste norme acquisisce una sua autonomia ed una propria capacità di produrre conoscenza, che è eccedente rispetto ai singoli elementi che lo compongono.

Di più, non c'è solo una crescita più che proporzionale di valore conoscitivo (che discende dall'accrescersi ed inspessirsi delle relazioni tra i diversi elementi cognitivi resi disponibili), ma assistiamo, nel modello dell'accessibilità o trasparenza "totale", all'aprirsi di percorsi conoscitivi inattesi. Se è già da tempo percepito come l'informazione abbia una capacità di produrre conoscenza che va al di là della singola dinamica che ha portato alla sua elaborazione, la rete Internet è in grado di favorire l'attivazione di percorsi conoscitivi che vanno al di là delle intenzioni dei "mittenti" dei diversi elementi informativi.

Merton⁷⁹ definiva con serendipità la sensazione che si prova quando si scopre una cosa inattesa e impreveduta mentre se ne sta cercando un'altra: riprendendo quest'immagine, c'è della serendipità che attende le informazioni diffuse in rete dalle amministrazioni pubbliche, a fare affidamento sulle prospettive dell'*open data government*⁸⁰. Una *openness* che si serve, e si sviluppa, proprio grazie al progressivo ampliamento degli obblighi di conoscibilità previsti dalla legge attraverso le nuove forme di trasparenza come accessibilità totale.⁸¹

O meglio, l'*open data* consente di prefigurare percorsi cognitivi che possono condurre ad estrapolare da informazioni diffuse con una certa finalità, elementi utili in una diversa prospettiva. In questo senso, si espande, almeno in potenza, la capacità esplicativa dei singoli dati ed i risultati conoscitivi che possono derivarne non sono predefinibili a priori: le potenzialità conoscitive discendono dalla capacità di soggetti esterni all'amministrazione di ricercare, scavando attraverso procedure automatizzate di elaborazione ed organizzazione dei dati, una verità che «aspetta, per sbocciare, la riunione dei suoi elementi»⁸².

⁷⁹ R.K. Merton, E.G. Barber, *Viaggi e avventure della Serendipity*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁸⁰ Questo modello, che si è sviluppato a partire dall'*Open Government Initiative*, nell'esperienza americana si basa in particolare sulla messa a disposizione *on line* del patrimonio conoscitivo del *Federal register* (si v. www.data.gov.us), e si è articolato attraverso una politica esplicitata nella direttiva presidenziale dell'8 dicembre 2009 (*Memorandum for the heads of executive departments and agencies*, in www.whitehouse.gov/Open). Sul tema, più ampiamente, si v. B. Ponti, *Open Data and Transparency: A Paradigm Shift*, cit., 307 ss.

⁸¹ Sul punto, cfr. F. Marzano, *La trasparenza della pubblica amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, in *Informatica e diritto*, 2011, 387 ss.

⁸² J.-F. Marmontel, *Encyclopedie*, alla voce *Critica*.

Abstract

Technological innovation and administrative reforms have contributed over the last decade to the construction of a new model of transparency. A model that works through the online publication of data, beyond the traditional approach to transparency through right of access to documents. Digital Administration Code and reform “Brunetta”, in particular, constitute the normative basis of this system (problematic but internally consistent) that must be analyzed in its characteristics. The “total transparency” is also known for the multiple purposes (for real transparency, service, cost containment, and so on) that accompanied the legislation in predicting the various obligations of disclosure. The paper examines these issues with the aim of representing, in a succinct but comprehensive way, the new model of transparency, even taking into account the prospects of open government data.

DANIELA SORVILLO

IL PRINCIPIO DEL “GIUSTO PROCEDIMENTO”
NELLA RISOLUZIONE EXTRAGIUDIZIALE
DELLE CONTROVERSIE:
IL CASO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profili d’indagine. – 3. La regolamentazione nazionale. – 4. La risoluzione delle controversie innanzi all’Agcom. – 4.1. Principali aspetti procedurali. – 4.2. Dall’obbligatorietà della conciliazione alla tutela cautelare. – 4.3. La risoluzione extragiudiziale delle controversie e il “giusto procedimento” – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni e l’incremento della concorrenza al suo interno hanno comportato una più ampia disponibilità dei servizi di comunicazione elettronica e, con essa, la conseguente necessità di un’efficace tutela degli utenti, sia nel momento della scelta dei servizi sia in quello successivo della loro fruizione¹. Tale esigenza, mutata anche

* Le considerazioni svolte nel presente contributo sono esposte a titolo personale e non impegnano in alcun modo l’ente di appartenenza dell’Autore.

¹ Sin dalla fine degli anni ottanta, la liberalizzazione delle telecomunicazioni (ed, in generale, dei servizi pubblici) è apparsa come una priorità per la Comunità europea, nella prospettiva del completamento del mercato interno. Essa ha avuto inizio nel 1988 con l’apertura alla concorrenza dei mercati di terminali di telecomunicazioni e poi, nel 1990, con la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione, ad eccezione della telefonia vocale; il 1° gennaio 1998, la totale liberalizzazione del mercato europeo delle telecomunicazioni è infine diventata una realtà. Al fine di accompagnare l’apertura del settore alla concorrenza, la Commissione europea ha avviato, nel 1999, un vasto cantiere di rifusione del quadro regolamentare europeo delle telecomunicazioni. L’obiettivo generale consisteva nel migliorare l’accesso alla società dell’informazione istituendo un equilibrio tra la regolamentazione del settore e le disposizioni di concorrenza europea. L’esigenza, poi, di creare delle Autorità Indipendenti, incaricate di “sorvegliare” il mercato, discende da una crisi dello Stato sociale e dal fallimento del massiccio intervento dello Stato nell’economia. Si è manifestata, quindi, la necessità di ridurre drasticamente la presenza pubblica nell’economia con l’introduzione di

in ragione del progressivo sviluppo tecnologico, ha trovato costante collocazione all'interno di un quadro normativo articolato, che nasce dalla generale legislazione comunitaria e sfocia nella dettagliata regolamentazione di settore².

La direttiva 2002/22/CE³ ha descritto una serie di istituti che, sia *ex ante* che *ex post*, tutelano i diritti del consumatore⁴; tra questi, ha introdotto nuove procedure di risoluzione delle controversie che riducono il costo e la durata del processo decisionale⁵, promuovendo una celere gestione dei contenziosi instaurati dagli utenti nei confronti degli operatori.

Su analoghe premesse, ma differenti motivazioni, poggia l'ulteriore

un modello neo-liberista, caratterizzato da un processo di privatizzazione dei settori economici (*rectius*, nel settore dei servizi pubblici).

Sul processo di liberalizzazione, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2004; G. della Cananea, *The Regulation of public services in Italy*, in *International Review of Administrative Sciences*, n. 1, 2002, 81-102; M. Clarich, G.F. Cartei (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004.

² I diritti – d'iniziativa economica, di concorrenza, dei consumatori – sono al centro della cornice giuridica edificata dalle istituzioni europee. Nelle clausole generali dei trattati, nella consolidata interpretazione che ad esse è stata ascritta dalla Corte di giustizia, nei regolamenti e nelle direttive approvati dai *policy-makers* quei diritti sono stati rinsaldati, circondati di garanzie volte ad assicurarne l'effettività. Nuove norme sono state introdotte, al fine di promuovere diversi comportamenti da parte degli operatori pubblici e privati, rispettosi delle logiche del mercato.

³ Con le direttive del 2002 il legislatore comunitario, in un contesto di mercato liberalizzato, ha inteso adeguare la normativa vigente (cd direttive di prima generazione) all'evoluzione tecnologica. La Review 1999 infatti, per rispondere ad una esigenza di armonizzazione normativa e semplificazione testuale, è sfociata nell'adozione delle direttive n. 2002/21/CE (Quadro), 2002/19/CE (Accesso), 2002/20/CE (Autorizzazioni) e 2002/22/CE (Servizio Universale). Per una prima lettura del quadro delle direttive cd. di "terza generazione", B. Argiolas, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, 191 ss. Per una dettagliata ricostruzione dell'evoluzione normativa F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle telecomunicazioni*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁴ Sulla tutela del consumatore, A. Pace, *I diritti del consumatore: una nuova generazione dei diritti?*, su www.costituzionalismo.it, 19 maggio 2010; R. Danovi, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 326 ss.

⁵ Il quattordicesimo "considerato" della Raccomandazione 2001/310/CE, richiamando espressamente l'art. 6 CEDU, chiarisce che «Conformemente all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo l'accesso ai tribunali è un diritto fondamentale. Poiché la normativa comunitaria garantisce la libera circolazione dei beni e dei servizi nel mercato comune, da tali libertà deriva che gli operatori, compresi i consumatori, devono essere in grado, per risolvere le eventuali controversie risultanti dalle loro attività economiche, di adire il tribunale di uno Stato membro allo stesso modo dei cittadini di tale Stato. Non è possibile designare procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumi in sostituzione delle procedure giudiziarie. Quindi l'uso di tali procedure non deve privare i consumatori del loro diritto di adire i tribunali a meno che essi non si dicano espressamente d'accordo con piena cognizione di causa e soltanto dopo che la controversia sia stata materializzata».

il caso delle comunicazioni elettroniche

scelta di affidare alle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR) la soluzione di contenziosi tra due o più imprese che operano nel mercato delle TLC. Le previsioni contenute nella direttiva Quadro⁶, infatti, offrono agli operatori telefonici una sede “extra giudiziaria” contraddistinta da una particolare competenza tecnica per ottenere, in tempi brevi, una decisione risolutiva del conflitto che assicuri, al contempo, la stabilità del mercato e la concorrenzialità tra le imprese.

L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)⁷, in quanto *Authority* di settore, è il “foro”⁸ designato dal legislatore italiano per la risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche.

2. Profili d’indagine

Il principio del contraddittorio è una norma fondamentale del processo che trova espresso riconoscimento nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo (art. 6) e nell’art. 111 Cost., oltre che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo. L’applicabilità della norma, formalmente di diritto processuale, è stata poi estesa fino a comprendere il diritto amministrativo sostanziale, a partire dai procedimenti sanzionatori e, in generale, di limitazione dell’autonomia privata⁹.

⁶ Direttiva 2002/21/CE che conferma la scelta già presente nelle precedenti direttive comunitarie: artt. 9, c. 5, 11 e 17 della direttiva n. 97/33/CE.

⁷ Per una visione generale sul ruolo dei soggetti regolatori, S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di M. D’Alberti e G. Tesauro, Bologna, il Mulino, 2000; F. Merusi e M. Passaro, *Le Autorità Indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2003.

⁸ Non sussiste una generale corrispondenza tra la costituzione di un’Autorità amministrativa indipendente rispetto al potere economico e politico e la spettanza della funzione giustiziale da espletare secondo forme contenziose. Quest’ultima, infatti, costituisce un tratto di specie, limitato cioè ad alcune autorità. In questo senso, G. della Cananea, *Forme alternative di risoluzione delle controversie*, in Quaderni della Spisa, M.P. Chiti e F. Mastragostino (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 65–66; M.P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in M. P. Chiti, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, CLUEB, Bologna, 2003, 124.

⁹ Così, S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 14; G. della Cananea, *I principi del diritto amministrativo europeo*, di G. della Cananea e C. Franchini, Torino, Giappichelli, 2010.

Secondo F. Merusi *L’essenza della democrazia è il processo, è la garanzia della parità delle armi per gli attori coinvolti nel contraddittorio* in *Democrazia e Autorità Indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, il Mulino, 2000.

Ci si è chiesti, allora, se le garanzie del contraddittorio¹⁰ trovano applicazione anche nel procedimento instaurato presso l'Agcom ed in quale misura la risoluzione stragiudiziale delle controversie risponde, nei suoi caratteri essenziali, al giusto processo.

Ma andiamo con ordine. La giurisdizione "contenziosa" si caratterizza dalla contrapposizione tra due o più soggetti e dalla presenza del giudice che, costituito secondo i criteri di terzietà, neutralità ed indipendenza, ha la funzione di *juris dicere*, di applicare la legge al caso concreto. Nel conflitto tra le parti in causa risiede il principio del contraddittorio, uno dei capisaldi della tutela giurisdizionale, comune ad ogni processo; anzi, ad ogni processo contenzioso.

A partire dall'art. 24 Cost.¹¹, tuttavia, l'ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione alle quali la Carta fondamentale riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli artt. 97¹² e 111. Nel sistema costituzionale v'è il potere esecutivo e quello giudiziario ma non è contemplata una figura di "paragiurisdizionalità"¹³.

Sta di fatto che l'Agcom esercita poteri decisori in materia di diritti soggettivi e, nell'interesse pubblico generale, si ispira ai principi di promo-

¹⁰ La valorizzazione del contraddittorio e delle garanzie partecipative nei procedimenti svolti dalle Autorità indipendenti è avvenuta dapprima da parte della dottrina, ad esempio M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti*, tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato, 9 maggio 2003, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it. Successivamente, anche la giurisprudenza ha posto l'accento sull'importanza delle garanzie partecipative nella formazione degli atti regolatori delle autorità. Si veda, Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

¹¹ E per ciò che attiene in maniera specifica la giurisdizione civile dall'art. 2907 c.c.

¹² Sull'importanza di istituzioni «neutrali» destinate a fungere da «custodi della democrazia e della Costituzione», A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, 200 e ss., che ravvisa nell'imparzialità dell'azione amministrativa uno dei presidi della democrazia; sottolinea l'esigenza di estendere al massimo grado la regola dell'esame delle aspirazioni concorrenti in contraddittorio e realizzare meccanismi di controllo politico il più possibile neutrali.

Per il rilievo che l'ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione e che nel sistema costituzionale non vi è spazio per una figura di paragiurisdizionalità a sé stante, Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, 2680 ss.

¹³ Per una lettura generale, Autori vari, *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti* – Giornale di studio sulla giustizia amministrativa dedicata ad Eugenio Cannada-Bartoli, Milano, Giuffrè, 2003.

A. De Chiara, *Spunti di riflessione sull'interesse pubblico e le situazioni soggettive di utenti, gestori ed Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (nella risoluzione paragiurisdizionale o in forma semicontenziosa delle controversie)*, in giustamm.it, 3/2009.

il caso delle comunicazioni elettroniche

zione della concorrenza, di sviluppo del mercato interno, di tutela dei cittadini e dei consumatori dell'Unione Europea¹⁴. Al contempo, però, l'Autorità è ben lontana dall'essere la nuova sede del potere giudiziario poiché rimane sempre una pubblica amministrazione e non un giudice inquadrabile all'interno della magistratura istituita e regolata secondo le norme dell'ordinamento giudiziario (art. 102 Cost.).

Qual è, allora, il punto di raccordo? È l'attribuzione del potere ad un'amministrazione "indipendente", dotata di un'organizzazione che tende a compensare le garanzie che tipicamente assistono il giudice nell'esercizio delle sue funzioni: terzietà e regole del processo. Il fondamento del procedimento di risoluzione delle controversie va ricercato, al di là di una semplice apertura alla partecipazione degli interessati, nel principio del contraddittorio¹⁵, fulcro di un potere definito alternativo al concetto di giurisdizione e antitetico ai criteri generali in cui opera la pubblica amministrazione. A ciò si aggiunge il connotato intrinseco dell'Agcom, che opera in una posizione di neutralità e di equidistanza tra le parti tale da rendere il procedimento comparabile a quello giurisdizionale.

Nonostante le chiare previsioni costituzionali, la tutela del contraddittorio e la neutralità del soggetto decidente rappresentano il raccordo tra amministrazione e giurisdizione. In questo senso, il concetto di "paragiurisdizionalità", anche se resta privo di un autonomo significato giuridico, consente di cogliere la peculiarità del fenomeno. Al contempo, l'indipendenza¹⁶ dell'Autorità, sebbene lontana dalla terzietà del giudice¹⁷, conferisce un significato giustiziale all'attività amministrativa, svolta secondo le regole del "giusto procedimento". È una dimensione "ibrida" per la composizione

¹⁴ A. Leone, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, Giuffrè, 2010, 278 e ss.

¹⁵ Si veda, Tar Lazio, sez. III-ter, sentenza n. 14517/2006; Cass., sentenza 20 maggio 2002, n. 7341. In dottrina, M. Clarich, *L'attività delle Autorità in forma semi-contenziosa*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I Garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 151 ss., che fornisce una collocazione della procedura nella più ampia categoria di "attività amministrativa di tipo contenzioso".

¹⁶ Sul concetto di indipendenza e neutralità delle autorità indipendenti C. Franchini, *Le Autorità Indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, cit., che propone una ricostruzione storica del concetto di indipendenza; M. Passaro, *Le Amministrazioni Indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁷ L'indipendenza del giudice si traduce in una soggezione esclusiva alla legge che collide, di per sé, con il perseguimento di un interesse pubblico. Nell'esercizio della funzione giurisdizionale rileva la definizione delle situazioni giuridiche delle parti coinvolte senza ulteriori valutazioni di tipo discrezionale.

delle liti, potenzialmente idonea ad incidere sulla separazione del potere esecutivo rispetto a quello giudiziario e sulla tradizionale concezione dei pubblici poteri¹⁸. Si introduce una nuova forma di giudizio che differisce anche dai ricorsi amministrativi perché la controversia non coinvolge l'amministrazione come parte, ma piuttosto come "arbitro"¹⁹. L'oggetto del contendere, infatti, non sono i provvedimenti della stessa Autorità, bensì i rapporti tra soggetti privati che contrastano con le norme alla cui tutela è preposta l'amministrazione indipendente.

In questa sede si propone un'analisi comparativa delle procedure contenziose devolute all'Agcom per capire se, ed entro quali limiti, viene garantito quel principio che l'ordinamento costituzionale statunitense chiama del *due process of law*.

Premesso, infatti, che i due procedimenti presentano caratteristiche differenti sotto il profilo soggettivo, oggettivo e degli interessi da tutelare, può dirsi esistente un *corpus* di principi inderogabili idonei ad assicurare l'effettività della giustizia che l'Autorità offre agli utenti ed alle singole imprese? Se sì, la garanzia di una tutela effettiva dei diritti in sede amministrativa può tradursi in una giustizia alternativa a quella offerta dal giudice?

3. La regolamentazione nazionale

La Commissione europea ha dettato i principi generali²⁰ applicabili agli organismi preposti alla risoluzione stragiudiziale delle controversie in

¹⁸ In generale, G. Scarselli, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità Garanti - Giurisdizione e Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2000. Per una ricostruzione recente, M. Simoncini, *Amministrazione giustiziale e autorità amministrative indipendenti: profili comparati di tutela*, in *Revista Elettronica de Direito*, 2009, n. 15, 126.

¹⁹ È una procedura che differisce anche dall'arbitrato privato: il soggetto giudicante ha natura pubblica ed è preesistente rispetto alla libera decisione delle parti di ricorrervi; nel giudizio il diritto applicato può essere quello pubblico o provato a seconda della materia del contendere (manca, dunque, la base contrattuale che caratterizza il sistema di arbitrato).

²⁰ Raccomandazioni n. 257 del 30 marzo 1998 e n. 310 del 4 aprile 2001, nelle quali si afferma la strumentalità dei metodi alternativi non soltanto rispetto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma anche in relazione alla fiducia da parte dei consumatori nel funzionamento complessivo del mercato unico. I metodi alternativi dunque come strumenti in grado di aumentare il coinvolgimento del singolo cittadino nel processo di sviluppo ed integrazione del diritto europeo.

I principi generali dettati in ambito europeo sono stati recepiti dagli articoli 140 e 141 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo).

il caso delle comunicazioni elettroniche

materia di consumo: l'imparzialità e l'indipendenza dell'organo che presiede, la capacità e la competenza professionale del soggetto terzo, l'assenza di situazioni, anche potenziali, di conflitti d'interesse. La trasparenza mediante un accesso facilitato alle informazioni, l'efficacia della procedura, tendenzialmente gratuita e per la quale non sussiste l'obbligo di assistenza legale. La garanzia del contraddittorio tra le parti e l'adozione di una decisione risolutiva del conflitto, idonea ad assicurare al consumatore una tutela equiparabile a quella offerta dal giudice ordinario. Il legislatore italiano²¹, come si è già osservato, ha attribuito il potere di risolvere i conflitti tra utenti ed operatori telefonici all'Autorità: il Garante, tra il dispiegarsi della funzione giurisdizionale e quella propriamente amministrativa, non sarà portatore di alcun interesse²² se non quello di comporre o agevolare la definizione della controversia, in posizione di piena indipendenza rispetto agli interessi dei soggetti privati²³.

Con una differente prerogativa si collocano i procedimenti contenziosi che coinvolgono i soli gestori. La specialità di tale strumento risiede nella doppia valenza che assume il provvedimento finale dell'Autorità: da un lato dirimere il conflitto definendo, nel merito, l'oggetto del contendere; dall'altro impattare sul mercato di riferimento assumendo una connotazione puramente regolamentare²⁴. Basti pensare, ad esempio, alle questioni in materia di accesso ed interconnessione, uso delle frequenze, utilizzo delle infrastrutture. In questi ambiti, ancor più che nelle controversie che investono i

²¹ La norma-madre è l'art. 2, c. 24, l. n. 481/1995, superata dalla successiva l. n. 249/1997 il cui art. 1, c. 6, lett. a), ha attribuito alla Commissione per le Infrastrutture e Reti (CIR) dell'Agcom il potere di dirimere le controversie; il successivo comma 11, ha poi conferito all'Autorità il potere di disciplinare, con propri provvedimenti, le modalità procedurali per la risoluzione non giurisdizionale dei contenziosi.

²² L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità Indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., 55.

²³ L'attività dell'Agcom è contenziosa nel duplice senso che è in grado di assicurare il contraddittorio e di risolvere un conflitto, anche potenziale, in materia di abuso di posizione dominante, di intese restrittive della libertà di concorrenza e di operazioni di concentrazione. Secondo l'impostazione tradizionale invece, seppure l'Agcm svolge attività di sola *adjudication*, si resta comunque al di fuori della risoluzione di un conflitto, potendosi attivare anche d'ufficio. In questa prospettiva M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, 96; A. Pajno, *L'esercizio di attività amministrative in forma contenziosa*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 107 ss.

²⁴ L'art. 23, c. 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche (d'ora in poi CCE) precisa che l'Autorità, nella risoluzione delle controversie (tra operatori) persegue gli obiettivi di cui all'art. 13.

singoli utenti, vi è una ineluttabile commistione tra l'interesse particolare delle parti alla risoluzione della controversia e quello generale alla tutela della concorrenza.

L'Agcom, con la delibera n. 182/02/CONS, ha emanato il primo Regolamento concernente la risoluzione extragiudiziale delle controversie²⁵ insorte tra operatori ed utenti. L'intera normativa è poi confluita nella successiva delibera n. 173/07/CONS, ulteriormente integrata nel 2008 e nel 2009²⁶. Solo nel 2008, invece, è stato adottato, con la delibera n. 352/08/CONS, il Regolamento per la definizione delle controversie tra operatori che, abrogando la normativa previgente²⁷, ha adeguato l'attività contenziosa agli sviluppi legislativi (direttive del 2002 ed art. 23 CCE)²⁸.

Sullo sfondo vi è un complesso generale di norme, organicamente racchiuse nel Codice²⁹, che si limitano ad una ricognizione dei principi generali, senza intaccare, nella sostanza, l'assetto della disciplina esistente.

²⁵ Le ADR nascono e si diffondono rapidamente negli ordinamenti di common law a partire dagli anni settanta. In un primo momento la dottrina anglo-americana ha concentrato la propria attenzione sull'individuazione di un insieme del tutto eterogeneo di rimedi che consentissero al cittadino la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive senza il coinvolgimento della giurisdizione. Successivamente l'attenzione si sposta sulla possibilità di valorizzare gli istituti tipici della cd. *informal justice*, accomunati dall'essere "altro" rispetto ai procedimenti giurisdizionali.

²⁶ Delibere n. 95/08/CONS, n. 502/08/CONS e n. 479/09/CONS. L'incremento esponenziale delle istanze di definizione, la rilevanza assunta dall'istituto delle *Alternative Dispute Resolutions* (ADR) nel mondo giuridico "classico" unitamente alla maggiore visibilità che la stessa Agcom ha acquisito nella tutela del consumatore, hanno reso necessaria una review conforme all'art. 84 CCE.

²⁷ Delibera n. 148/01/CONS.

²⁸ Con l'art. 23 CCE è stata dettata una disciplina significativamente diversa da quella della l. n. 249/1997 e dal d.P.R. n. 318/1997 oltre che dal d.m. 23 aprile 1998 (attuato con il Regolamento adottato con la delibera n. 148/01/CONS) ed è stata messa in discussione la validità del sistema delle risoluzioni delle controversie tra imprese. Per una lettura generale, M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternative delle controversie*, Bologna, Bononia University Press, 2007, 252. Si veda anche G. della Cananea, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 612. Per uno studio approfondito sull'art. 23 CCE, P. Messina, *Il sistema di risoluzione delle controversie tra imprese in materia di comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2009, n. 1.

²⁹ D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, che ha recepito nell'ordinamento italiano le direttive CE del 2002.

4. La risoluzione delle controversie innanzi all'Agcom

L'analisi sarà articolata in tre parti: la prima riguarderà i più significativi profili procedurali, la seconda i profili di illegittimità, la terza le garanzie del giusto procedimento nella risoluzione extragiudiziale delle controversie.

4.1. *Principali aspetti procedurali*

L'amministrazione ha stabilito due distinti iter procedimentali che, in virtù delle parti interessate e dell'oggetto del contendere, non sempre presentano tratti comuni.

Si tratta, anzitutto, di procedimenti avviati su istanza di parte.

In un caso l'utente (persona fisica o giuridica), qualora ravvisi, nel corso del rapporto negoziale con l'operatore, la violazione di norme sul servizio universale o la lesione di un diritto attribuitogli dalla legge e dal contratto³⁰, può adire il giudice ordinario o affidarsi all'amministrazione terza ed imparziale. Per l'una e l'altra ipotesi il legislatore ha previsto, come condizione necessaria di procedibilità, l'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione³¹. Tale azione costituisce il punto di partenza in assenza del quale qualsiasi strada, successivamente intrapresa dal privato, risulterà preclusa. I termini per proporre il ricorso restano sospesi fin quando non sia avviata la fase conciliativa ma, decorsi trenta giorni dalla presentazione dell'istanza l'interessato, indipendentemente dalla conclusione o dall'esito della procedura, potrà citare in giudizio l'operatore. Viceversa, la disputa potrà essere sottoposta alla cognizione dell'Autorità solo quando il consumatore compri l'esito negativo della conciliazione e che non siano decorsi più di sei mesi dal verbale di mancato accordo³².

³⁰ Si riferisce a diritti individuati dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi (art. 2, delibera n. 173/07/CONS).

³¹ Tale procedura si svolge presso il Comitato regionale per le comunicazioni (Corecom), competente per territorio e munito di delega a svolgere la funzione conciliativa. Ove manchi la delega può essere instaurata innanzi gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, individuati dall'art. 141, c. 2 e 3, del codice del consumo sulla base dei principi e dei requisiti fissati dalla legislazione comunitaria. Altresì l'utente ha la facoltà di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché operino a titolo gratuito e rispettino i principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione 2001/310/CE.

³² L'esito negativo della conciliazione discenderà dalla tipica ipotesi in cui le parti in-

Da tutt'altro presupposto scaturisce il contenzioso tra operatori: il gestore può avviare il procedimento se ritiene violata una norma del Codice o di ogni altra fonte, anche negoziale, che ne garantisce l'esecuzione³³, mentre restano esclusi dalla cognizione dell'amministrazione gli obblighi ed i diritti nascenti dai soli rapporti contrattuali *inter partes*³⁴. Come per gli utenti, il regolatore ha previsto una fase conciliativa ma, a differenza di questi, non è obbligatoria ed è esperibile in qualsiasi fase del procedimento. La conciliazione non è per l'operatore-istante condizione di procedibilità.

La scelta di rendere la conciliazione obbligatoria in un caso, facoltativa nell'altro, consente di evidenziare un primo tratto distintivo tra le due procedure.

L'inevitabile asimmetria informativa che esiste tra il fornitore del servizio e l'utente acuisce l'esigenza di dare soluzione celere ad eventuali controversie; per queste si sceglie una via che sia rapida ed efficace, che semplifichi la risoluzione delle liti, che migliori la comunicazione tra le imprese e i consumatori, che valorizzi gli interessi delle parti e non soltanto le rispettive aspettative. L'interesse dell'utente non è la decisione dell'Autorità ma conciliare, essere ristorato, in tempi brevi e senza oneri, per l'inadempienza contrattuale (o extracontrattuale) patita. La natura negoziale dell'atto conclusivo, poi, permette alle parti di andare oltre la *res litigiosa*: le stesse, nel rispetto della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato³⁵, possono disporre che l'accordo riguardi anche vicende originariamente non comprese nella lite³⁶.

teressate, al termine del contraddittorio instaurato in udienza, prendono atto dell'impossibilità di addivenire ad un accordo; altresì, sarà redatto il verbale di mancato accordo qualora una delle parti, *in primis* l'operatore, comunica la propria indisponibilità a presenziare. La mancata partecipazione all'udienza equivale alla volontà di non conciliare.

³³ Ne consegue che qualora la controversia ha ad oggetto la violazione di accordi negoziali adottati in esecuzione degli obblighi regolamentari, la decisione finale dell'Autorità non potrà che dispiegare i suoi effetti anche sulla disciplina pattizia. In generale, V.G. Pesce, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori, e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in M. Clarich, G.F. Cartei, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, cit.; F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, Giappichelli, 2007.

³⁴ Art. 2, delibera n. 352/08/CONS.

³⁵ Le parti dispongono della *res litigiosa* anche nei limiti già evocati dall'art. 1322 c.c., dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

I. Pagni, *Le controversie tra gli operatori di comunicazioni elettroniche e gli utenti*, in *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2009, 149-178.

³⁶ Ad esempio, nel periodo maggio 2009/aprile 2010 l'Agcom ha avviato 1733 proce-

il caso delle comunicazioni elettroniche

Viceversa, in una controversia tra imprese l'amministrazione esercita un'attività di controllo sulla concorrenza; in sede di conflitto l'Agcom resta "arbitro pubblico del libero mercato" che può ripristinare, anche nell'interesse degli altri operatori, il rispetto del Codice quando risulti violato. Per l'Autorità "risolvere" la controversia non è esclusivamente interpretare la norma di legge da applicare al caso concreto quanto, piuttosto, determinare l'oggetto e le concrete modalità di imputazione degli obblighi derivanti dal Codice, valutarne le relative procedure di adempimento. Essa non giudica ma regola: nella risoluzione del contenzioso può esercitare il proprio potere regolatorio nelle forme della razionalità tecnico-economica dei criteri di disciplina del mercato. In questo senso l'Agcom ha una "sovranità" sconosciuta al giudice: la funzione contenziosa, pensata per la risoluzione di controversie tra operatori del mercato, sfocia nella produzione di norme al pari della funzione propriamente regolatoria³⁷.

È percepibile, già in questa fase della trattazione, come il carattere di alternatività di ciascuna procedura non si esaurisce in una azione esclusiva nella difesa dei diritti: superata l'idea di una coincidenza tra tutela delle situazioni giuridiche e giurisdizione, si favorisce l'introduzione di forme di garanzia diverse³⁸ in grado di condurre ad un esito proporzionato alle caratteristiche del conflitto, conforme alle reciproche aspirazioni delle parti, senza tuttavia precludere la via processuale³⁹. Anche la natura delle parti

dimenti di definizione di cui 1659 risultano conclusi con un accordo transattivo intervenuto tra le parti in sede di udienza, con conseguente rinuncia dell'istante al prosieguo dell'iter procedimentale (Relazione annuale Agcom, anno 2010, disponibile sul sito www.agcom.it).

³⁷ Per una lettura specifica sull'esercizio del potere regolamentare in materia di comunicazioni elettroniche, L. Saltari, *Accesso e Interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, Ipsoa, 2008. L'Autore, accanto ai profili applicativi, chiarisce quali sono i tratti peculiari del procedimento e del processo amministrativo relativi alla regolazione delle reti.

G. della Cananea, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2005, 601-618. G. della Cananea, *Le comunicazioni elettroniche: convergenza dei mercati, divergenza delle regole*, in *La tripla convergenza*, a cura di A. Castaldo, S. Da Empoli, A. Nicita, Roma, Carocci, 2008. L'autore precisa che «gli obiettivi che l'Autorità deve conseguire nel dirimere le dispute tra le imprese coincidono con quelli dell'attività di regolazione».

M. Clarich, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo*, in *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, cit., 91-100. Nello stesso testo, M. Orlandi, *Appunti sulla regolazione contenziosa*, 129-147.

³⁸ M.P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 8.

³⁹ M. Giovannini, cit., 47.

(consumatore-impresa) e degli interessi in contenzioso attribuiscono un diverso spessore al concetto di “alternatività”. L’utente propende per la sede alternativa in virtù delle caratteristiche della procedura (celerità, tendenziale gratuità, non assistenza legale, possibilità di interloquire con il gestore) che meglio sposano le esigenze di tutela e di ristoro vantate dal consumatore medio in un rapporto di utenza. L’operatore, invece, confida in un contesto in cui la cognizione dell’Autorità può andare oltre quella del giudice ordinario che si limiterebbe, all’esito di un processo, a stabilire quale sia la disciplina applicabile alla fattispecie concreta⁴⁰. Il giudice, cioè, non si sostituisce all’amministrazione nell’esercizio di poteri regolamentari⁴¹, non potendo assumere le vesti di arbitro del mercato quando adotta la decisione finale.

4.2. Profili di illegittimità: dall’obbligatorietà della conciliazione alla tutela cautelare

A) «Il diritto ad una “tutela giurisdizionale effettiva” non è una prerogativa assoluta ma può, al contrario, soggiacere a restrizioni purché corrispondano ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato tale da ledere la sostanza stessa dei diritti»⁴²⁻⁴³.

⁴⁰ L’intervento dell’Autorità è volto a regolare, dietro specifica istanza di alcuni operatori, un profilo di mercato sottoposto alla sua vigilanza. Si spiega così l’adozione della forma di delibera quale atto conclusivo della controversia tra operatori di mercato: la conclusione del procedimento è affidata ad un atto amministrativo, formalmente identico a quello direttamente utilizzato nell’esercizio di funzioni regolamentari.

⁴¹ Si veda, a titolo esemplificativo, la delibera n. 16/06/CIR. Di certo sono interdetti al giudice ordinario ed all’arbitro l’esercizio delle competenze dell’Autorità in materia di accesso ed interconnessione di cui all’art. 42, c. 2 e 3, del CCE.

⁴² Con l’emanazione del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, di attuazione della delega contemplata all’art. 60, l. 18 giugno 2009, n. 69, «in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali», i termini mediazione e conciliazione entrano a pieno titolo nel nostro sistema a designare «l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa». Il decreto legislativo ha inteso introdurre una disciplina organica della mediazione nelle controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili (come indicato nella legge delega che, a sua volta, rinvia alle indicazioni contenute nella direttiva n. 2008/52/CE); in particolare, nelle materie espressamente elencate dal legislatore (es. condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie ecc) le parti hanno l’obbligo di tentare la conciliazione, senza trascurare che la tutela dei diritti, quando non vi sia spazio per la soluzione negoziale, sia in ogni caso garantita nelle forme dell’art. 24 Cost. La predetta disposizione legislativa, che fa salve le altre norme che prevedono tentativi obbligatori di concilia-

il caso delle comunicazioni elettroniche

Questa è la conclusione sposata dalla Corte Costituzionale italiana⁴⁴ e dalla Corte di Giustizia europea⁴⁵, entrambe chiamate a pronunciarsi sull'istituto della conciliazione nell'ambito delle comunicazioni elettroniche. La prima è stata investita della questione di legittimità dell'art. 1, c. 11, l. 31 luglio 1997, n. 249, rispetto agli artt. 3, 24 e 25 Cost. La seconda, adita in via pregiudiziale, si è pronunciata sulla compatibilità della conciliazione obbligatoria rispetto al dettato dell'art. 34, direttiva 2002/22/CE. La normativa europea, infatti, ha posto il solo obbligo per gli Stati membri di definire procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose che consentano una risoluzione equa e tempestiva delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori, senza pregiudicare la tutela giurisdizionale. Null'altro è specificato sulle modalità e sulle caratteristiche di ciascuna procedura, neppure sulla possibilità di introdurre una fase di conciliazione obbligatoria, propedeutica anche al ricorso ordinario. È stato, quindi, chiesto al giudice comunitario se la scelta del legislatore italiano di subordinare l'azione processuale al tentativo di conciliazione possa ritenersi lesiva dei principi di equivalenza ed effettività, massima espressione del diritto alla tutela giurisdizionale. La Corte di Giustizia si è pronunciata in favore dell'obbligatorietà con una duplice argomentazione. Da un lato, i diritti in materia di co-

zione nei settori non contemplati dal decreto (come la materia delle comunicazioni elettroniche) è attualmente al vaglio del giudice costituzionale. Con ordinanza del Tar Lazio (n. 3202 del 12 aprile 2011), infatti, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, c. 1, e dell'art. 16, c. 1, d.lgs. n. 28/2010. Il giudice del rinvio, a tal proposito, ha prospettato la violazione degli artt. 24 e 77 Cost. nella parte in cui la normativa ha previsto l'introduzione di una conciliazione obbligatoria quale condizione di procedibilità della domanda e che l'eventuale improcedibilità può essere eccepita dal convenuto o sollevata dal giudice d'ufficio.

Per uno spunto di riflessione, I. Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giustiziale dei diritti*, in *Le Società*, n. 5/2010, 619 ss. Nello stesso numero G. Arnone, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, 626 ss., e P. Porreca, *La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*, 631 ss.

G. Serges, *La mediazione civile e la Costituzione. Riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione I, n. 3202 del 2011, in federalismi.it*, n. 15/2011.

⁴³ Si veda CGUE, 15 giugno 2006, causa C 28/05, *Dokter e altri*, *Racc.* I-5431, punto 75, e giurisprudenza ivi citata, nonché CEDU, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Regno Unito*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI, 33.

⁴⁴ C. Cost. n. 403/2007, nel giudizio promosso con ordinanza del 22 settembre 2006 dal Tribunale di Pisa.

⁴⁵ CGUE, 18 marzo 2010, cause riunite nn. 317/08, 318/08, 319/08, 320/08 (domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Giudice di pace di Ischia).

municazioni elettroniche, sia essi di matrice comunitaria che nazionale, trovano indistinta tutela nel sistema della conciliazione. Dall'altro, il carattere dell'obbligatorietà non preclude né affievolisce la tutela del singolo: l'esito della procedura non è vincolante per le parti e non comporta, di regola, un ritardo sostanziale nella proposizione del ricorso giurisdizionale. Il giudice, infatti, può essere adito decorsi trenta giorni dall'istanza di conciliazione a prescindere dall'esito o dalla conclusione della stessa; il termine di prescrizione dei diritti è sospeso per tutta la fase conciliativa che, in ogni caso, non comporta alcun dispendio economico per l'utente⁴⁶.

Anche la Corte Costituzionale italiana, in più occasioni, si è pronunciata in senso favorevole. Ad esempio, con l'ordinanza n. 125/2006 ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità sollevata dal giudice di pace di Capaccio, che aveva inteso l'obbligatorietà della conciliazione come una preclusione all'azione giurisdizionale idonea a determinare una disuguaglianza tra i cittadini nella tutela dei propri diritti. Secondo l'interpretazione della Corte, con la conciliazione obbligatoria non si ha alcuna limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti, non viene ostacolata la tutela dei diritti e degli interessi legittimi né è imposto al soggetto leso un organismo giudicante diverso dal giudice naturale precostituito per legge (artt. 3, 24 e 25 Cost.). L'istituto è da intendersi, anche nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, come mera condizione di procedibilità dell'azione, analogamente definita dall'art. 412-bis c.p.c. per le controversie sottoposte al rito del lavoro⁴⁷.

⁴⁶ Come risulta da una giurisprudenza consolidata, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti, spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività). V. CGUE, 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 46 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁷ Per una parte della dottrina, i dubbi emersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 5, c. 1, del d.lgs. n. 28/2010, nella misura in cui ha reso obbligatorio il tentativo di conciliazione (in ambito civile e commerciale) devono essere affrontati attraverso una lettura combinata della giurisprudenza costituzionale e delle fonti, normative e giudiziali, comunitarie che hanno interessato la materia delle telecomunicazioni. Così I. Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali*, cit.; l'Autore ripercorre sia l'orientamento della Corte Costituzionale che della Corte di Giustizia. La prima, infatti, ha sinora sempre riconosciuto che le ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione non sono, di per sé, lesive del diritto di difesa in giudizio (art. 24 Cost.). La seconda, con riferimento al procedimento obbligatorio di conciliazione previsto dal diritto italiano in materia di telecomunicazioni, ha negato che il differimento per un breve lasso di tempo equivalga ad una negazione del diritto di accesso

il caso delle comunicazioni elettroniche

Nel corso di un diverso giudizio la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 403/2007, si è pronunciata sull'ulteriore eccezione di legittimità dell'art. 1, c. 11, l. 249/1997, nella parte in cui ha escluso la possibilità di proporre ricorso in sede giurisdizionale, anche di natura cautelare, fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione. Per il giudice delle leggi la tutela cautelare, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività di quella giurisdizionale nell'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale ed è tale in qualsiasi sistema processuale, indipendentemente da una previsione normativa espressa⁴⁸. La sua funzione di garanzia ha una portata generale valevole per qualsiasi procedura, anche per quelle che prescrivono il tentativo obbligatorio di conciliazione. Da un lato, ha proseguito la Corte, la scelta di tentare la composizione bonaria della lite, per soddisfare le situazioni sostanziali, appare coerente rispetto al diritto di azione di cui all'art. 24 Cost. Dall'altro, però, tale interesse svanisce dinanzi all'azione cautelare, in virtù delle particolari esigenze di tutela ad essa sottese. Il tentativo di conciliazione è legittimamente applicabile al ricorso ex art. 700 c.p.c., purché «il mancato espletamento di tale tentativo non preclude la concessione di provvedimenti cautelari».

Il legislatore prima, l'ANR (Agcom) dopo e la giurisprudenza infine, confermano la funzione di garanzia che l'istituto della conciliazione assolve nei confronti del consumatore, parte debole sia in ambito contrattuale che in fase di contenzioso. L'obbligatorietà la rende sede "naturale" per la risoluzione del conflitto assicurando standard minimi di tutela; al contempo crea un contesto ove il singolo utente può avvalersi di strumenti di giustizia semplificati ma, proprio per questo, idonei a tutelare il diritto leso, spesso corrispondente ad un modico valore economico. La decisione rimessa all'Autorità rappresenta l'*extrema ratio*, ossia quando il contrasto tra le parti, ormai patologico, non può essere superato dal dialogo.

al sistema giudiziario. Al contrario, ha affermato che le disposizioni italiane «hanno ad oggetto una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali e perseguono legittimi obiettivi di interesse generale». Su tale impostazione, l'Autore arriva a sostenere che le citate sentenze (nazionali e comunitarie) in materia di TLC sembrano offrire un buon viatico per riconoscere la conformità della mediazione obbligatoria ex d.lgs. n. 28/2010 ai principi costituzionali-comunitari.

In questo senso anche G. Finocchiaro, *Un'interpretazione dei giudici di Lussemburgo in linea con i parametri costituzionali*, in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 14, 27 e 30. Per una visione a sostegno della illegittimità costituzionale, si veda G. Serges, *La mediazione civile e la Costituzione*, cit.

⁴⁸ CGCE, 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*.

Nel conflitto tra gestori, come accennato in precedenza, la conciliazione resta invece facoltativa, rimessa alla scelta delle parti. Non rappresenta un'autonoma e propedeutica fase procedimentale anche se le società contrapposte possono ravvisare le condizioni ed i presupposti per risolvere bonariamente la controversia. Gli operatori, a differenza degli utenti, non necessitano di una sede in cui dialogare e far incontrare le rispettive esigenze⁴⁹, quanto piuttosto di un "foro" con competenze tecniche in grado di riscontrare eventuali violazioni, ripristinare le dinamiche concorrenziali e definire il contenzioso con un provvedimento che, più di una sentenza, è in grado di incidere sul mercato di riferimento oltre che sulle posizioni giuridiche delle singole parti⁵⁰.

B) Con la citata sentenza n. 403/2007 la Corte Costituzionale ha anche chiarito quali sono le differenze tra un'ordinanza cautelare del giudice ed i provvedimenti temporanei adottati dall'Autorità⁵¹. Il Regolamento *ex delibera* n. 173/07/CONS, infatti, riconosce all'utente la possibilità di chiedere all'amministrazione l'adozione di un provvedimento che imponga al gestore «il ripristino del servizio ovvero di cessare forme di abuso o scorretto funzionamento dello stesso»⁵². All'esito di un'istruttoria sommaria l'Autorità, se ne ravvisa i presupposti, emana un atto motivato i cui effetti

⁴⁹ Dialogo costantemente garantito mediante altri strumenti di partecipazione procedimentale, primi tra tutti la consultazione pubblica (art. 11 CCE).

⁵⁰ Ad esempio, in una controversia che vedeva contrapposte Eutelia S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. l'Autorità è stata adita per accertare la legittimità della condotta di Telecom, che aveva sospeso il pagamento dei corrispettivi dovuti ad Eutelia (circa tre milioni di euro) e maturati in base al contratto di interconnessione stipulato tra le parti. Nel corso del procedimento, Telecom ha imputato alla controparte un uso improprio delle numerazioni geografiche assegnate dal Ministero – e concesse in uso ad alcuni centri servizi – per generare, illecitamente, del traffico anomalo. Eutelia, cioè, «avrebbe stravolto la natura del contratto di interconnessione inversa facendo dell'offerta *wholesale* di servizi di terminazione (servizio regolamentato) una attività economica a se stante e non più funzionale alla erogazione di servizi di comunicazione vocale tra clienti attestati su reti diverse». Con il provvedimento n. 17/11/CIR l'Autorità ha definito la controversia: da un lato, ha riconosciuto come «anomalo» solo una parte del traffico generato dalle numerazioni di Eutelia, condannando la società Telecom Italia a corrispondere il 60% degli importi dovuti in base al contratto di interconnessione. Dall'altro però, al fine di garantire l'integrità della rete – qualificata dall'art. 4 del Codice come «uno degli obiettivi generali perseguiti dalla disciplina in materia di comunicazioni elettroniche» –, ha ordinato alla parte istante di monitorare i *resellers* adottando «ogni misura consentita, al fine di ripristinare il corretto utilizzo della numerazione, inclusa l'eventuale comunicazione della condotta rilevata alle autorità competenti».

⁵¹ Artt. 5 e 21 del Regolamento *ex delibera* n. 173/07/CONS.

⁵² Art. 5 del Regolamento *ex delibera* n. 173/07/CONS.

il caso delle comunicazioni elettroniche

restano limitati alla sola durata della procedura conciliativa o di definizione. Per le ipotesi in cui l'operatore, destinatario dell'ordine, non ottemperi entro i tempi regolamentari, la l. n. 249/1997 dispone l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria⁵³ che, per quanto affittiva nei confronti del gestore, è inidonea a salvaguardare l'esigenza di tutela manifestata dall'utente. Nel momento in cui l'amministrazione accerta l'inottemperanza al provvedimento temporaneo ed ingiunge alla società telefonica il pagamento di una somma, di fatto può non ancora aver soddisfatto l'interesse del singolo.

Questa carenza, come ha chiarito la Corte, può essere superata solo dal provvedimento cautelare del giudice, posto che gli atti dell'Agcom sono misure adottate da un'autorità non giurisdizionale, prive dei caratteri di esecutività e coercibilità con conseguente inidoneità a soddisfare, con immediatezza ed effettività, le esigenze di natura cautelare. Il contenzioso amministrativo non garantisce alla parte lesa una tutela "piena", nel senso che la stessa è resa effettiva solo se adito il giudice ordinario.

La procedura tra operatori, invece, è costruita sulla falsariga del processo, scandita da più udienze e dal potere dell'Autorità di adottare, su istanza di parte, delle misure cautelari. I presupposti dell'azione per la tutela preventiva sono similmente riconducibili a quelli richiesti in un ordinario giudizio: la società attrice deve supportare la propria richiesta, se non con prova piena, quantomeno con elementi oggettivi identificativi del *periculum*, del rischio di un «pregiudizio economico di eccezionale gravità»⁵⁴, processualmente conosciuto come danno grave ed irreparabile. Il *fumus* risiede, invece, nella possibilità di emettere un provvedimento che, all'esito di un'approfondita ed autonoma istruttoria, soddisfi immediatamente il diritto oggetto di tutela pur non anticipando il contenuto della decisione finale di merito⁵⁵. La misura cautelare viene adottata in contraddittorio tra le parti ed

⁵³ L'inottemperanza ai provvedimenti temporanei è perseguibile ai sensi dell'art. 1, c. 31, l. n. 249/1997 che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria tra un minimo editale di euro 10.329,00 ad un massimo di euro 258.228,00.

⁵⁴ Art. 4, delibera n. 352/08/CONS.

⁵⁵ A titolo esemplificativo, nella controversia Telecom Italia S.p.A. c. Fastweb S.p.A. in materia di procedure per il passaggio degli utenti finali da un operatore di telefonia fissa all'altro, l'Autorità ha ravvisato il *periculum* ed il *fumus* ed ha accolto la richiesta cautelare formulata dall'istante (delibera n. 96/10/CIR). Con il provvedimento cautelare è stato posto il divieto a carico della società Fastweb di utilizzare impropriamente le causali di scarto previste dall'Accordo Quadro al fine di bloccare la procedura di migrazione in caso di ripensamento del cliente. L'Autorità, in altre parole, ha ordinato all'operatore di interrompere tutte le attività di promozione commerciale con finalità di retention; tale pratica, infatti, oltre ad

è assunta dall'organo collegiale «anche tenendo conto degli interessi dei consumatori»: da un lato, quindi, si garantisce alla società resistente di contraddedurre all'istanza cautelare, dall'altro l'Autorità è posta nella condizione di essere il garante delle regole e preservare gli utenti dagli effetti derivanti dalla violazione del Codice. Emerge, ancora una volta, la valenza regolamentare della procedura contenziosa.

4.3. La risoluzione extragiudiziale delle controversie e il "giusto procedimento"

Lo studio sul grado di "processualizzazione" dei procedimenti instaurati innanzi all'Agcom non può prescindere dalla verifica di come la tutela del contraddittorio e l'obbligo di motivazione trovino collocazione all'interno dell'iter decisionale seguito dall'Autorità⁵⁶. Naturalmente non bisogna ricercare nel procedimento una duplicazione del processo: la struttura più snella delle *Authorities* rispetto all'impianto giurisdizionale comporta, inevitabilmente, un'attuazione più elastica dei principi in esame. Occorrerà, piuttosto, rintracciare la sussistenza o meno di alcuni requisiti fondamentali, indispensabili per escludere l'arbitrarietà della decisione finale.

A) Con il deposito dell'istanza di definizione⁵⁷ il Direttore (ovvero il funzionario delegato) ne verifica l'ammissibilità e provvede, entro dieci giorni, alla comunicazione dell'avvio del procedimento, nel rispetto dei criteri enunciati dagli artt. 7 e 8, l. 241/1990. Con la notifica di tale atto, l'amministrazione garantisce l'instaurazione del contraddittorio, consente alle parti di partecipare al procedimento ed esercitare il diritto di difesa. Ai soggetti interessati, infatti, è riconosciuta la facoltà di presentare memorie e depositare documenti, di produrre integrazioni e repliche alle deduzioni avversarie.

arrecare un danno alla Telecom Italia – parte istante nel contenzioso, è idonea a falsare la concorrenza tra le imprese e la libertà di scelta degli utenti. L'attività è proseguita con l'esame dei profili di merito, tra cui la proposta da parte dell'Autorità di intraprendere un percorso negoziale. Le società hanno successivamente raggiunto un accordo e, secondo quanto previsto dall'art. 9 del regolamento, il procedimento si è concluso con la sottoscrizione di un verbale di avvenuta conciliazione. Sul medesimo tema, si veda anche la delibera n. 124/10/CIR (Telecom Italia S.p.A. c. TeteTu S.p.A.). Entrambe le delibere citate sono disponibili sul sito www.agcom.it.

⁵⁶ Sul significato che ha il riconoscimento del diritto al contraddittorio e alla difesa per le parti private nel procedimento dinanzi alle Autorità, Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

⁵⁷ Art. 14, c. 1, delibera n. 173/07/CONS.

il caso delle comunicazioni elettroniche

L'iter procedimentale è particolarmente semplice ma, non per questo, è sminuito il carattere giustiziale che gli si attribuisce. L'utente fruisce di termini notevolmente ridotti rispetto ad un ordinario giudizio e non soggiace a restrizioni formali nella presentazione dell'istanza introduttiva⁵⁸; non sussistono vincoli nello scambio di informazioni ed è favorito il deposito telematico dei documenti per semplificarne l'acquisizione da parte della resistente. La conoscibilità, resa economica, immediata ed informale, si sposa con l'esigenza dell'amministrazione di concludere il procedimento entro un termine ragionevole.

Più formale e processuale, invece, risulta essere la fase di iniziativa e di avvio del contenzioso tra operatori. La società istante, a differenza del singolo utente, soggiace a requisiti di ammissibilità e di procedibilità che meglio echeggiano il deposito di un ricorso giurisdizionale; alle richieste formulate nell'atto introduttivo l'operatore deve allegare tutta la documentazione idonea a sostenere la fondatezza della domanda, è tenuto a circoscrivere il periodo interessato dalla violazione imputata alla controparte, deve specificare le disposizioni regolamentari che si ritengono eluse purché pertinenti all'oggetto della causa.

Già nella fase introduttiva il regolatore ha voluto stabilire un equilibrio tra le posizioni delle parti in conflitto; rispetto al gestore telefonico, il consumatore non è mediamente dotato degli strumenti per assolvere ad oneri formali, più o meno rigidi, che una procedura di stampo processuale possa richiedere. Per questo l'utente può stare personalmente in "giudizio", né è tenuto ad allegare alcuna documentazione probatoria se non dimostrare il rapporto di utenza.

Anche la fase istruttoria si presta ad essere particolarmente semplificata. È essenzialmente documentale e tendenzialmente vincolata alla produzione della società telefonica. In applicazione, infatti, dell'ordinario criterio di ripartizione dell'onere probatorio⁵⁹ ex art. 1218 c.c. l'utente (ovvero il credi-

⁵⁸ Art. 7, Regolamento.

⁵⁹ Le Sezioni Unite della Corte Cassazione, nella sentenza del 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di riparto dell'onere probatorio, stabilirono che nel caso in cui sia dedotto l'inesatto adempimento di un'obbligazione, il creditore della prestazione, oltre a provare la fonte del rapporto, può limitarsi alla semplice deduzione dell'inesattezza dell'adempimento, mentre l'onere di provare il contrario grava sul debitore. Con la pronuncia come sopra richiamata la Corte, risolvendo un contrasto da tempo insorto nella giurisprudenza di legittimità, in ordine al riparto dell'onere probatorio in tema di inadempimento delle obbligazioni, hanno affermato i principi a termini dei quali «il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla

tore della prestazione) dovrà solo provare l'esistenza del rapporto contrattuale; resta in capo al debitore/gestore l'onere di fornire evidenza dell'adempimento per dimostrare l'infondatezza delle pretese vantate dal cliente nell'atto introduttivo. L'operatore ha la possibilità di produrre molteplici elementi di prova, più o meno rilevanti, che restano soggetti alla valutazione discrezionale rimessa all'amministrazione⁶⁰.

L'audizione delle parti rappresenta, però, l'unico momento in cui il contraddittorio tra l'operatore e l'utente è pienamente realizzato; la stessa Agcom ha la possibilità di interrogare le parti e chiarire ogni elemento di fatto, utile per la ricostruzione della vicenda controversa, o di diritto per la sua definizione. Si tratta di un fondamentale momento endo-procedimentale che, tuttavia, differisce dall'udienza di conciliazione che ha luogo innanzi ai Corecom. In prima istanza, infatti, l'incontro delle parti rappresenta l'essenza del momento conciliativo; è, cioè, l'unica circostanza in cui gli in-

mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa... ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. ... Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori..., ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento». Dunque, allorquando siano provati la fonte dell'obbligazione ed il fatto storico dell'avvenuto adempimento e si controverta soltanto in ordine all'esattezza di quest'ultimo, spetterà al debitore della prestazione, quale che ne sia la posizione processuale, provare l'esattezza dell'adempimento, al fine dell'accoglimento della propria domanda o eccezione.

Tale principio è stato poi ribadito anche in successive pronunce quale, ad esempio, Corte di Cass., sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936.

⁶⁰ Può produrre copia della proposta di abbonamento sottoscritta dal cliente, copia della registrazione del *verbal ordering*, copia di fatture e dettagli del traffico, schermate di sistema interno aziendale dalle quali è possibile desumere la cronologia dettagliata di ogni singola utenza. Ad esempio, nella controversia definita con la delibera n. 5/11/CIR, la parte istante lamentava la disattivazione del servizio di telefonia mobile disposta dal gestore H3G S.p.A., in assenza di preavviso e giustificato motivo. Nel corso della procedura, la società ha sostenuto la legittimità della propria condotta dimostrando che «la sospensione, a seguito della segnalazione pervenuta da parte di altro operatore, è stata disposta dal reparto frodi, dopo aver accertato un uso anomalo del servizio». La documentazione probatoria fornita dalla società H3G S.p.A. (*rectius*, il dettaglio del traffico e la copia della segnalazione ricevuta dall'altro operatore) è stata valutata positivamente dall'Autorità che, all'esito dell'istruttoria, ha disposto il rigetto dell'istanza (disponibile su www.agcom.it).

il caso delle comunicazioni elettroniche

interessati possono esternare le rispettive esigenze, dinanzi ad un soggetto terzo, privo di qualsiasi potere decisionale, con l'unico intento di addivenire ad un accordo. In fase decisionale, invece, l'audizione è discrezionalmente convocata dal responsabile del procedimento⁶¹: similmente alla disciplina contenuta negli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, l'udienza avanti l'Autorità è un momento per acquisire elementi istruttori, è uno stadio di mera cognizione, ulteriore ed eventuale, rispetto alla documentazione già prodotta dalle parti⁶².

Rispetto ad una istruttoria snella ma garantista, in cui si fa prevalere, in mancanza di prova contraria, la buona fede dell'utente, nel contenzioso tra gestori sono attribuiti all'Autorità maggiori poteri istruttori. L'Agcom, per colmare lacune probatorie, può disporre d'ufficio «l'acquisizione di documenti o altri elementi anche presso terzi nonché indagini conoscitive»⁶³, ma il potere inquisitorio, per quanto incisivo, non è mai sostitutivo dell'onere della prova che incombe sulla parte istante; quest'ultima, cioè, non può instaurare un contenzioso sulla base di giudizi puramente esplorativi⁶⁴.

Interessante è anche il tipo di valutazione che l'amministrazione effettua in ambito di accesso ai documenti, chiamata a ponderare gli interessi di riservatezza e proporzionare la scelta finale in ragione dell'effettiva rilevanza delle informazioni da acquisire. Infatti, a differenza del contenzioso che investe il singolo utente in cui all'istanza dell'interessato segue generalmente

⁶¹ Ad esempio, con il provvedimento n. 41/11/CIR l'Autorità ha accolto tutte le richieste di indennizzo formulate dall'utente poiché «in ordine ai fatti denunciati, Telecom Italia S.p.A. non ha prodotto alcun elemento probatorio esimente la propria responsabilità; in particolare né in seguito alla convocazione, né in sede di udienza ha fornito alcuna perizia tecnica atta a dimostrare il corretto funzionamento del servizio di fonia, ovvero la prova di eventi giustificativi, quali la forza maggiore o la responsabilità di terzi, come cause di esonero da responsabilità per inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 c.c.».

Dopo la novella del 2009 l'udienza non è più una fase endo-procedimentale necessaria: salvo le ipotesi in cui sia espressamente richiesta da una delle parti, la sua convocazione è rimessa alla scelta discrezionale dell'amministrazione e per soli fini istruttori. La partecipazione, in ogni caso, resta una mera facoltà del soggetto convocato (art. 16, c. 4, delibera n. 173/07/CONS): la mancata costituzione, infatti, non sarà interpretata come accettazione della posizione della controparte né rinuncia all'istanza.

⁶² La scelta di rendere il contraddittorio prevalentemente scritto non discende dalla natura delle situazioni giuridiche oggetto della controversia, trattandosi di diritti soggettivi, quanto dalla conformazione del procedimento che, di fatto, propone forme di partecipazione riconducibili, più che al processo amministrativo, al modello del ricorso amministrativo e dell'arbitrato. Così, M. Simoncini, cit., 159.

⁶³ Art. 10, c. 2 e 3, delibera n. 352/08/CONS.

⁶⁴ A. Leone, *op. ult. cit.*, 294 ss.

un accesso informale agli atti di controparte, in una controversia tra società la tutela della riservatezza è maggiormente avvertita. La documentazione prodotta dal gestore potrebbe contenere delle informazioni riservate o segreti commerciali, con la conseguenza di arrecare un danno all'impresa se rese conoscibili. Al contempo, il diniego d'accesso potrebbe comportare un nocumento alla società resistente nell'elaborazione della propria difesa.

Di fronte all'esigenza di tutelare due interessi contrapposti ma costituzionalmente garantiti, il principio di proporzionalità⁶⁵ impone un'attenta ponderazione da parte dell'amministrazione e può giustificare l'inaccessibilità se la lesione del diritto di riservatezza sia manifestatamente sproporzionata rispetto all'oggetto del contendere. L'amministrazione, quindi, propende per un'applicazione rigida del principio, che non si riscontra neanche nell'orientamento della giurisprudenza amministrativa. Il Tar Lazio, ad esempio, chiamato a pronunciarsi sul diniego d'accesso opposto dall'Autorità in relazione a dati contabili messi a disposizione del CTU nel corso di un contenzioso tra operatori, ha censurato la scelta dell'amministrazione ritenendo che «l'accesso si pone a garanzia del principio di par condicio tra le parti che si relazionano all'Autorità nello stesso procedimento paragiurisdizionale, regolato dal principio del contraddittorio e di identità di obblighi e diritti tra le parti del giudizio. Solo a queste condizioni si può concludere che l'articolo 23 del Codice, nel conferire poteri giustiziali per la risoluzione di controversie tra operatori, è conforme all'articolo 24 della Costituzione»⁶⁶.

La garanzia del contraddittorio è, poi, assicurata dalla possibilità, per ciascuna parte in causa, di chiedere l'estensione del procedimento nei confronti di un terzo operatore. La chiamata del terzo viene disposta dal responsabile quando la sua posizione sia oggettivamente connessa alla controversia già pendente e, per questo, diventa opportuno integrare il contraddittorio. La norma regolamentare null'altro precisa, se non la necessità di notificare una nuova convocazione che rimette in termini le parti e consente al terzo chiamato di articolare le proprie difese nonché di fornire all'Autorità ulteriore documentazione probatoria.

L'istituto dell'integrazione del contraddittorio trova spazio anche nell'ambito del contenzioso utente-operatore. Il Regolamento, tuttavia, chiarisce che la partecipazione di soggetti terzi al procedimento ha una valenza

⁶⁵ A. Sandulli, *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Volume V, Milano, 2007, 4648; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998.

⁶⁶ Tar Lazio, sentenza n. 14517/2006, cit.

il caso delle comunicazioni elettroniche

meramente istruttoria⁶⁷. Ciò comporta che tutte le dichiarazioni rese dal terzo possono essere utilizzate dall'amministrazione solo per accertare, nei confronti della società convenuta, la sussistenza o meno della violazione contestata; il provvedimento finale, cioè, non produrrà alcun effetto nei confronti dell'intervenuto. Questo limite trova la sua naturale giustificazione nell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione: la procedibilità, e dunque la possibilità per l'Autorità di definire il contenzioso, è assicurata dalla circostanza che le parti hanno già concluso, con esito negativo, la propedeutica fase conciliativa. Ne consegue che anche all'operatore terzo, intervenuto nella successiva fase contenziosa per mere esigenze istruttorie, dovrà garantirsi lo stesso iter procedimentale. In una logica di *favor utentis*, invece, questa eventualità può rappresentare un limite per il consumatore che incorre nel rischio di veder rigettare la propria istanza.

B) Il procedimento di definizione si conclude con una decisione amministrativa⁶⁸ non con una sentenza; è questo l'elemento più importante che distingue e circoscrive il carattere di alternatività della tutela che si realizza innanzi all'Autorità. È indiscusso che il provvedimento emanato dall'amministrazione rispetto a quello del giudice abbia un minore impatto sia nell'ordinamento generale che nello stato dei rapporti giuridici tra le parti, oltre che nel grado di certezza (e pienezza) della garanzia che viene offerta. Il legislatore ha favorito lo sviluppo di nuove sedi per la composizione delle liti ampliando, di fatto, le *chance* di protezione dei diritti dei cittadini; ma affinché la tutela alternativa resti nei limiti della costituzionalità deve essere sempre garantito il ricorso giurisdizionale.

L'Autorità emana un provvedimento la cui motivazione, ancorché strumento di garanzia nell'esercizio della funzione di *adjudication*, resta espressione dell'interesse pubblico alla "buona amministrazione" e della trasparenza dell'azione amministrativa ed, attraverso di essa, il giudice adito⁶⁹ effettuerà un controllo *ex post* sul procedimento svolto dall'Autorità⁷⁰. L'attività giustiziale rimane assoggettata al sindacato del giudice analogamente a quella regolamentare né si attribuisce all'amministrazione il potere di im-

⁶⁷ Art. 18, c. 1, Regolamento *ex delibera* n. 173/07/CONS.

⁶⁸ Sul provvedimento di definizione, S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 302; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002.

⁶⁹ D. Borsellino, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2007. VII colloquio italo-spagnolo, *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, ed in particolare sugli atti delle autorità indipendenti*, Milano, Giuffrè, 2009.

⁷⁰ Rinvenibili sul sito istituzionale www.agcom.it.

porre coattivamente alle parti la decisione finale⁷¹. Basti pensare che il legislatore ha qualificato come titolo esecutivo⁷² il solo verbale di conciliazione, non anche l'atto finale di definizione del contenzioso. A ciò si aggiunga che a differenza del giudice, la cui indipendenza si traduce in una soggezione esclusiva alla legge, l'Autorità è strutturalmente preposta alla cura di specifici interessi pubblici e, solo per la tutela di quest'ultimi, le viene attribuita la competenza per la risoluzione dei conflitti. Si tratta di una distinzione fondamentale, decisiva per la collocazione dell'Autorità nel settore dell'amministrazione e non tra le file del potere giudiziario.

Con la procedura extragiudiziale, pertanto, non si esaurisce la fase contenziosa: da un lato, il provvedimento di definizione dell'Agcom può essere impugnato innanzi al Tar Lazio e annullato se ritenuto illogico ed irragionevole⁷³. Dall'altro, può essere proposta l'azione di risarcimento presso il giudice ordinario, unico legittimato a quantificare e liquidare il danno anche quando l'accertamento della responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) è avvenuta in sede amministrativa⁷⁴.

Cosa resta, a questo punto, del carattere di alternatività?

L'Agcom diventa un filtro per la giustizia ordinaria, screma le questioni e offre una tutela più rapida agli utenti, ma la giustizia piena ed effettiva rimane connessa alla sede giurisdizionale. Il contenzioso amministrativo è propedeutico a quello giurisdizionale, è uno strumento posto in rapporto di «antecedenza necessaria»⁷⁵ che può evitare al privato di adire il giudice, ma non è l'alter ego della giustizia ordinaria⁷⁶.

⁷¹ Residua in capo all'Autorità solo un potere sanzionatorio da esercitare quando l'operatore, destinatario degli obblighi imposti in sede decisionale, resti inadempiente (art. 98, c. 11, CCE).

⁷² L'art. 474, c. 2, n. 1, c.p.c., stabilisce che sono titoli esecutivi «le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva».

⁷³ Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, il provvedimento di definizione della controversia può essere impugnato dinanzi al Tar Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

⁷⁴ Sia la quantificazione che la liquidazione del danno (economico e morale) esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie «ove riscontri la fondatezza dell'istanza... può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità», come previsto espressamente dall'art. 19, c. 4, Regolamento *ex delibera n. 173/07/CONS*.

⁷⁵ G. della Cananea, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, cit., 605.

⁷⁶ Il carattere di alternatività è più marcato nelle previsioni di tutela dinanzi al Garante

il caso delle comunicazioni elettroniche

Per i gestori, invece, l'Agcom rappresenta una sede autonoma⁷⁷ per la tutela dei diritti. L'amministrazione, infatti, è in grado di soddisfare le pretese creditorie avanzate dall'impresa la cui istanza sia stata ritenuta fondata; al contempo, traduce i singoli procedimenti in formule normative e garantistiche, attraverso la motivazione delle decisioni finali, un'interpretazione autentica delle regole già esistenti. Tutta l'attività svolta dall'Autorità però, sia essa contenziosa che regolamentare, può essere sindacata ed annullata, dal giudice⁷⁸. Il ruolo dell'Agcom, perciò, non è quello d'un giudice. Essere neutrali davanti agli interessi particolari non equivale, nel suo caso, ad essere in posizione d'indifferenza perché ciascuno di questi interessi condiziona l'attività fondamentale della regolazione; anche nel dirimere le liti, l'Autorità non può prescindere⁷⁹.

5. Conclusioni

Lo studio della funzione giustiziale svolta dall'Agcom se, da un lato, ha messo in risalto l'affinità esistente tra attività amministrativa e quella giustiziale, dall'altro ne ha confermato la permanente distinzione e ci permette di fornire una risposta ai quesiti proposti all'inizio della trattazione.

per la protezione dei dati personali che stabiliscono il carattere esclusivo della scelta di ricorrere a tale Autorità, pena l'improponibilità della stessa istanza (art. 145, d.lgs. n. 165/2011). Ciò significa rendere incompatibile l'esperimento di un'azione giudiziaria con la presentazione di una medesima domanda al Garante, senza pregiudicare con ciò la successiva facoltà di richiedere un intervento del giudice in sede di opposizione al provvedimento adottato dall'*Authority* (art. 151).

⁷⁷ La natura dei poteri e delle decisioni dell'Autorità conducono ad escludere che il procedimento instaurato innanzi all'Agcom ex art. 23 CCE debba interrompersi nel caso in cui una delle parti decidesse di rivolgersi al giudice ordinario. In questo senso, F. Donati, cit. 212; P. Messina, *op. ult. cit.*, 68.

⁷⁸ Sul punto è stata fornita una diversa chiave di lettura, prospettando, attraverso una modifica al sistema, il ridimensionamento del controllo giurisdizionale sugli atti di definizione dell'Autorità da limitare, per i soli profili di legittimità, ad un unico grado di giudizio innanzi al Consiglio di Stato. Questo sarebbe possibile perché l'atto sottoposto al sindacato giurisdizionale è frutto di un potere ad elevato contenuto tecnico, diretto alla risoluzione di un conflitto in cui l'amministrazione decidente è posta in una condizione di neutralità e terzietà rispetto agli interessi in gioco, oltre ad essere potenzialmente idonea ad assicurare un elevato grado di effettività nella tutela dei diritti. Per un approfondimento della tesi si veda, G. della Cananea, *Procedure di conciliazione ed arbitrato*, cit., 286. Di diverso avviso, M. Clarich, *Autorità Independenti. Bilanci e prospettive di un modello*, cit.

⁷⁹ G. della Cananea, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, in *Ist. fed.*, 2008, 837.

Esiste un *corpus* di principi inderogabili che assicurano una giustizia effettiva?

La risposta sembra essere di segno positivo. L'attribuzione del potere di risoluzione delle controversie non può prescindere dalla previsione di garanzie per una tutela effettiva delle parti in conflitto. Se così non fosse la competenza conferita all'Agcom si svuoterebbe di qualunque significato, sarebbe irrilevante nell'economia di sistema della giustizia.

Sotto il profilo soggettivo vi è un'Autorità indipendente in posizione di neutralità rispetto agli interessi in gioco; sul profilo oggettivo si assiste ad un'articolazione del procedimento secondo logiche processuali, che mirano a plasmarlo al canone del *due process of law*. Il contraddittorio tra le parti, la tutela del diritto di difesa, l'obbligo di motivazione sono inderogabilmente garantiti dall'amministrazione a prescindere dalla natura soggettiva dell'istante, sia esso utente o gestore telefonico. Ciò che cambia è l'iter procedimentale in cui gli stessi principi trovano attuazione ma in maniera differente.

Ma resta il dubbio sul carattere di alternatività delle procedure esaminate.

In un caso, la controversia instaurata in sede Agcom è propedeutica a quella giurisdizionale: l'utente può adire l'amministrazione che offre competenza tecnica, celerità e tendenziale gratuità; caratteristiche che consentono al consumatore di stare in "giudizio" anche personalmente. Tuttavia, se la decisione dell'Autorità non è economicamente soddisfattiva ovvero illegittima, il privato può intraprendere un'azione giurisdizionale (civile e/o amministrativa).

Nell'altro caso si prospetta come autonoma: l'operatore trova nell'Agcom la sede esclusiva per la risoluzione di conflitti che hanno ad oggetto la violazione di obblighi regolamentari e fruire di una tutela che va oltre la cura dei soli diritti nascenti dal contratto con il gestore concorrente. In ogni caso rimane un'attività amministrativa esercitata in forma "rafforzata" in cui la parità tra le parti è lo strumento di "legittimazione procedurale". Il giudice, quindi, resta la sede in cui «l'applicazione del diritto è ultima»⁸⁰, nel senso che ad essa non segue alcun altro esercizio di potere da parte dello Stato.

Il quadro tracciato permette, a questo punto, di trarre alcune generali conclusioni.

L'attribuzione della funzione giustiziale ad un'Autorità "neutrale" rende l'amministrazione il nuovo centro per la mediazione degli interessi.

⁸⁰ G. Scarselli, *op. ult. cit.*, 232 e 233.

il caso delle comunicazioni elettroniche

Non vi è affatto una sostituzione della tutela amministrativa con quella giurisdizionale, che continua a rappresentare in ogni sistema la più alta forma di garanzia dei diritti dei singoli; ciò che cambia è il diverso modo di concepire l'equilibrio tra i diversi poteri statali. In quest'ottica l'Autorità non assurge a quarto potere dello Stato né detiene il potere giudiziario; essa, piuttosto, identifica un'amministrazione alla quale è affidata una forma rafforzata di tutela e vigilanza per la cura di alcuni diritti o interessi.

In mancanza, poi, di una espressa previsione costituzionale, il procedimento partecipativo garantito dall'Autorità non può essere inteso come una semplice forma di razionalizzazione delle decisioni adottate, bensì come uno strumento idoneo a sostituire la dialettica propria delle strutture rappresentative. L'Agcom, ponendosi al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e in assenza di una responsabilità nei confronti del Governo, necessita di una diversa fonte di legittimazione. Il *due process* diviene lo strumento per soddisfare questo bisogno, i principi costituiscono l'essenza dell'azione amministrativa, la parità nel contraddittorio tra le parti diviene sinonimo di democrazia. La legalità sostanziale viene, quindi, almeno in parte compensata dalla legalità procedurale⁸¹.

In tale contesto l'attività di *adjudication* (nella sua versione di risoluzione delle controversie) è la circostanza ideale in cui testare la stabilità democratica dei procedimenti davanti all'Autorità e mettere in evidenza come l'azione amministrativa tende ad assumere i tratti di quella giurisdizionale.

Realisticamente, però, le procedure di ADR presso le autorità indipendenti non hanno dato ancora i loro frutti più maturi: il giudice è ancora il "signore" del diritto mentre gli altri strumenti di tutela restano mezzi ancillari. Questa tendenza, tuttavia, non deve essere interpretata come inadeguatezza delle procedure, che riescono invece ad offrire una tutela sia agli interessi delle parti coinvolte sia a quelli generali dettati dal Codice. La "sfiducia" verso tali strumenti va imputata, invece, alla novità del fenomeno stesso ed alla sua debolezza rispetto al consolidato modello giurisdizionale. L'ordinamento tende a mantenere i tradizionali paradigmi di giustizia e le progressive contaminazioni sono ancora lontane dal trasformarne le diverse fisionomie⁸².

⁸¹ Di vera e propria "prevalenza" della legittimazione procedimentale sulla rappresentatività, in merito ai poteri finalizzati alla tutela di posizioni di garanzia tutelate direttamente a livello costituzionale, parla F. Merusi, *Democrazia ed autorità indipendenti*, cit., 27.

⁸² S. Cadeddu, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori ed utenti di servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 735-736.

Abstract

This article aims at taking stock of alternative dispute resolution (ADR) procedures carried out by the Italian regulator for the telecommunication sector. Agcom, in its capacity of independent national regulatory authority (NRA), is entrusted by European and Italian legislative norms to promote free competition and protect consumers' rights in the electronic communication markets. More specifically, the legislative framework requires NRAs – or other independent bodies – to provide availability of simple and inexpensive dispute resolution procedures. To this aim, Agcom has adopted two Regulations regarding dispute resolution between operators and users, and between operators. In both cases, because the procedure takes place before a specialised unit of Agcom it can be defined as an “alternative” dispute jurisdiction, replacing the powers of a Court.

Among legal issues arising from analysis of Agcom's ADR procedures there is whether and how Agcom ensures the claimant the same guarantees offered by the judge: that is, the principle of a right procedure.

To answer this question the author has considered two important assumptions: first, the Italian Constitution does not provide for a tertium genus between administration and jurisdiction; second, Agcom is not a body of the judiciary but is generally included among administrative agencies, however of an independent and self-regulatory character. The analysis stems therefore from these two basic assumptions, and aims at verifying their overall consistency with actual implementation of ADR before Agcom in light of relevant legal principles, namely, the right to due process.

ENRICO MARMUGI

LA DISMISSIONE DELLE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE
«NON STRETTAMENTE NECESSARIE» DEGLI ENTI LOCALI
E LE REGOLE DELL'EVIDENZA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le partecipazioni societarie «non strettamente necessarie». – 3. L'avvio della procedura di dismissione. – 4. I termini di svolgimento della procedura di cessione delle partecipazioni non consentite: problemi aperti. – 5. L'iter della procedura di dismissione in caso di società non quotate. – 5.1. La stima del valore da cedere. – 5.2. La definizione di una corretta procedura di cessione. – 6. I possibili temperamenti del principio dell'evidenza pubblica in caso di partecipazioni di non rilevante valore economico.

1. Premessa

La modalità di erogazione dei servizi alla collettività da parte degli enti locali ha subito, nel tempo, una profonda trasformazione, ispirata al progressivo superamento del ricorso all'adempimento in forma diretta degli obblighi di servizio pubblico. Il mutamento, che ha interessato sia gli strumenti, sia le forme organizzative e di *governance*, è stato caratterizzato dal crescente ricorso a modelli privatistici ed ha favorito la diffusione delle partecipazioni dell'ente locale in società di diritto privato, quale modello di gestione dei servizi pubblici e di governo di settori ritenuti strategici per lo sviluppo socio-economico del proprio territorio¹.

Ciò, peraltro, è avvenuto in corrispondenza con i processi di privatizzazione e liberalizzazione incentivati dalla legislazione comunitaria in tema

* Il presente contributo espone opinioni personali e non impegna l'ente di appartenenza dell'autore.

¹ Sul tema, si vedano G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006; F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, n. 5; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 1999; R. Proietti, *I servizi pubblici*, in Aa.Vv., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Roma, IPZS, 2006; M. Nico, *Le società partecipate dagli Enti Locali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010.

di concorrenza e con la conseguente evoluzione normativa nazionale e regionale, che ha sostanzialmente ridotto il modello della gestione dei servizi pubblici in amministrazione diretta ad una fattispecie eccezionale, cui ricorrere solo quando l'attività da svolgere è marginale e, comunque, non di rilevanza economica.

In effetti, come documentato da un'indagine della Corte dei Conti² e da numerosi altri studi e ricerche³, l'ampliamento del numero delle società partecipate dagli enti locali è stato, nel corso degli anni, consistente e progressivo.

Tuttavia, negli ultimi anni, l'incentivazione al ricorso alle partecipazioni societarie è stata sensibilmente attenuata, attraverso un'intensa produzione normativa.

Mediante quest'ultima, il legislatore ha perseguito tre finalità: a) evitare che lo strumento societario venisse utilizzato impropriamente per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica⁴ e in materia di patto di stabilità interno; b) limitare il ricorso all'attività di diritto privato da parte delle amministrazioni pubbliche in settori non sempre pertinenti alle loro finalità istituzionali⁵; c) tutelare la concorrenza ed il mercato impedendo che, attraverso la costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni in società esistenti, si potesse intervenire in settori nei quali il mercato può operare efficientemente.

In altre parole, il legislatore ha voluto eliminare quell'area di intervento pubblico che, lungi dall'essere giustificata dalla presenza di fenomeni di *market failure*, rischia soltanto di provocare distorsioni, attribuendo un indebito vantaggio concorrenziale a favore di determinati soggetti che, pur avendo natura privatistica, usufruiscono di finanziamenti pubblici.

² Cfr. Corte dei Conti, Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province – Relazione conclusiva approvata nell'adunanza del 22 giugno 2010.

³ Per un'analisi complessiva sulla presenza, nell'economia italiana, delle società partecipate dagli enti locali e sulla normativa che le regola, si veda il Rapporto di Assonime del 2008 su *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche* ed il recente dossier su *Le società a partecipazione pubblica* del Servizio Studi – Dipartimento Bilancio della Camera dei Deputati, Documentazione e ricerche, 27 maggio 2011, n. 237.

⁴ L'attuale congiuntura economica, caratterizzata da una situazione di crisi, soprattutto finanziaria, dovuta in larga misura a non più sostenibili livelli di indebitamento pubblico, rafforza la necessità di un efficace sistema di controllo e di razionalizzazione dei meccanismi di spesa. Sul sistema dei controlli v. G. Astegiano, *Il sistema dei controlli*, in Aa.Vv., *Governo, controllo e valutazione delle società partecipate dagli Enti Locali*, settembre 2009, Libro MAP, 44.

⁵ Si veda il Parere C. conti, sez. contr. Veneto, n. 5/2009.

la dismissione delle partecipazioni societarie

La crisi economica che interessa, da tempo, l'area euro, ha ulteriormente accentuato le spinte liberalizzatrici, volte a favorire la riduzione degli ostacoli alla libera concorrenza come leva per promuovere lo sviluppo.

Per il perseguimento di tale obiettivo, sempre più soggetti auspicano una vasta dismissione delle partecipazioni societarie pubbliche, accompagnata dall'introduzione di forme di incentivazione in favore degli enti locali⁶.

2. Le partecipazioni societarie «non strettamente necessarie»

Le disposizioni di cui all'art. 3, c. 27, 28 e 29, l. n. 244/2007 (cd. Finanziaria 2008) si inseriscono proprio nell'ambito della legislazione introdotta al fine di disciplinare in maniera più stringente il fenomeno delle partecipazioni societarie per tutelare la concorrenza ed il mercato e ridurre la spesa pubblica.

Tale normativa ha imposto, per la prima volta, a tutte le amministrazioni pubbliche, con una previsione di carattere generale⁷, un esplicito divieto al mantenimento di partecipazioni societarie esistenti. La sua applicazione impone la realizzazione di un vasto programma di dismissioni nell'intero territorio nazionale che, per gli enti locali, è, anche, l'occasione per una razionalizzazione del rapporto con l'insieme dei propri organismi partecipati, in linea con gli indirizzi di mandato e secondo una visione strategica di lungo periodo.

Com'è noto, secondo le citate disposizioni, le amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 (fra le quali gli enti locali) 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, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa, invece, la costituzione di so-

⁶ Già il Rapporto di Assonime del 2008 (cit. nota 3) affermava la necessità di introdurre meccanismi di incentivazione che potessero assicurare l'effettiva attuazione della normativa di cui all'art. 3, c. 27, 28 e 29, l. n. 244/2007. Più di recente, il *Progetto delle imprese per l'Italia* sottoscritto il 30 settembre 2011 da ABI, ANIA, Alleanza delle cooperative, Confindustria e Rete Imprese Italia, invitava il legislatore a «incentivare realmente gli enti locali a dismettere le partecipazioni societarie», sottraendo integralmente ai limiti del patto di stabilità le spese per investimenti effettuate con i proventi delle dismissioni.

⁷ Per i comuni fra i 30.000 ed i 50.000 abitanti si applica, anche, lo specifico limite previsto dall'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010, conv. con l. n. 122/2010.

cietà che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società.

L'ambito applicativo della normativa richiamata esclude, quindi, le partecipazioni indirette, le società quotate nei mercati regolamentati, le società strumentali di cui all'art. 13, d.l. n. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006 (cd. decreto Bersani) e le società che svolgono servizi pubblici locali («società che producono servizi di interesse generale»)⁸.

Sul divieto stabilito dalla predetta normativa, e sulla sua compatibilità con l'autonomia costituzionalmente garantita alle Regioni e agli enti locali a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione⁹, si è discusso a lungo, ma con scarso fondamento.

La normativa in esame mira, infatti, in primo luogo, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa svolta in forma privatistica e attività di impresa degli enti pubblici, evitando che l'ente, attraverso proprie società partecipate, svolga un'attività imprenditoriale beneficiando di indebiti vantaggi, quali quelli di cui potrebbe usufruire in quanto pubblica amministrazione; la disciplina, dunque, deve essere ricondotta alla materia «tutela della concorrenza», attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2, lett. e), Cost.) che, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁰, comprende sia le misure legislative di tutela in senso

⁸ Si v., al riguardo, la Circolare ANCI del 3 novembre 2010, che ha definito l'ambito di applicazione della normativa in esame. Per una definizione della categoria dei *servizi generali*, contrapposta all'attività di produzione non strettamente necessaria al perseguimento dei fini dell'ente pubblico, si veda la già citata (nota 5) C. conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 5/2009/PAR, che, richiamando il Libro bianco sui servizi di interesse generale e la giurisprudenza comunitaria, ha chiarito che, con questa espressione, si intendono «sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Rientrano in tale categoria i servizi offerti dalle grandi industrie di rete quali energia, servizi postali, trasporti e telecomunicazioni, nonché la sanità, l'istruzione e i servizi sociali, nonché qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico. Tali servizi devono rilevare nell'ambito dei livelli istituzionali di competenza dei soggetti partecipanti e partecipati, ed avere un impatto immediato sulla collettività locale». In senso conforme anche C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, n. 548/2009/PAR e C. conti, sez. reg. contr. Abruzzo, n. 45/2011/PAR.

⁹ Cfr. L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2005.

¹⁰ In tal senso la sentenza C. cost. 8 maggio 2009, n. 148, che ha respinto la questione di costituzionalità proposta dalla Regione Veneto con riferimento all'art. 3, c. 27-29, l. n. 244/2007. La Regione Veneto sosteneva, nel ricorso, la riconducibilità di tale disciplina alla materia della «organizzazione amministrativa della Regione», attribuibile alla competenza legislativa di tipo residuale delle Regioni. Sugli ambiti della materia della «tutela della concorrenza» si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 63 del 2008 e n. 430 del 2007.

la dismissione delle partecipazioni societarie

proprio – aventi ad oggetto gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo – sia quelle di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, ovvero riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese.

L'inquadramento delle norme in esame nell'ambito della tutela della concorrenza fonda, dunque, la piena legittimazione del legislatore statale al varo di una disciplina, anche dettagliata, in materia di partecipazioni societarie degli enti locali¹¹.

Peraltro il legislatore si è limitato a stabilire i parametri generali di compatibilità, demandando all'autonoma determinazione degli enti locali – i soli a poter stabilire la “strategicità” della partecipazione¹² – la concreta verifica del loro rispetto. Le predette modalità, inoltre, sono state perseguite con modalità non irragionevoli, dal momento che il divieto stabilito dalle disposizioni in esame e l'obbligo di dismettere le partecipazioni possedute non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali.

3. L'avvio della procedura di dismissione

Entro il 31 dicembre 2010 ogni amministrazione locale era, dunque, tenuta ad effettuare una ricognizione formale delle proprie partecipazioni e a deliberare la conferma o la dismissione delle partecipazioni già esistenti e non consentite in base all'art. 3, c. 27 ss., l. n. 244/2007, nel rispetto dei criteri ivi indicati¹³. L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento

¹¹ Tale principio è stato più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (si vedano, fra le altre, le sentenze n. 411 e n. 320 del 2008).

¹² In tal senso C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, deliberazione 23/2008/ PAR.

¹³ L'Art. 3, c. 27-29, l. n. 244/2007, come modificato dall'art. 18, c. 4-*octies*, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, e dall'art. 71, c. 1, lett. b), l. n. 18 giugno 2009, n. 69, ha stabilito, infatti, che «27. Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, 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, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di am-

delle attuali devono, infatti, essere autorizzati dall'organo competente (Consiglio comunale o provinciale *ex art. 42, c. 1, lett. e*), d.lgs. n. 267/2000) con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei necessari presupposti. La valutazione circa la stretta attinenza della partecipazione societaria all'interesse pubblico deve essere fatta caso per caso, attraverso la verifica delle finalità sottese ad ogni partecipazione, e richiede un attento esame dello statuto della società, di quello dell'ente partecipante, delle funzioni e dei servizi del bilancio dell'ente, e del piano economico-finanziario¹⁴ della società.

Per quanto si cerchi di individuare in via preventiva una gamma di parametri per la valutazione della stretta necessità della partecipazione, non può che essere l'ente locale partecipante a definire, nella propria autonomia, la pertinenza della partecipazione alle proprie funzioni istituzionali, attraverso la deliberazione motivata del Consiglio, quale massimo organo di indirizzo politico-amministrativo¹⁵. Appare, infatti, limitativo anche stabilire una connessione fra la valutazione di "stretta necessità" della partecipazione – con riferimento all'oggetto sociale della società – e le sole funzioni istituzionali, proprie o delegate, attribuite all'ente locale, poiché il ruolo dei comuni e delle province, nell'attuale assetto istituzionale, è caratterizzato da

ministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

28. L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei Conti.

29. Entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. Per le società partecipate dallo Stato, restano ferme le disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni».

Il termine indicato nell'art. 3, c. 27, scadeva il 31 dicembre 2010.

¹⁴ V. cit. parere C. conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 5/2009.

¹⁵ Con una significativa pronuncia della C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, n. 23/2008 ha affermato che «il ruolo centrale dell'amministrazione locale quale interprete primario dei bisogni della collettività locale, riconosciuto anche a livello costituzionale, non può essere messo in discussione dalla mancanza di un organico quadro legislativo che individui le funzioni comunali perché, semmai, il legislatore può solo specificare quali siano gli ambiti che non rientrano nella competenza comunale. Spetta, quindi, al singolo ente valutare quali siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le politiche necessarie per soddisfarle».

la dismissione delle partecipazioni societarie

un'autonomia costituzionalmente garantita¹⁶, che ne riconosce la natura rappresentativa della comunità territoriale di riferimento. Depone, inoltre, a favore di un'ampia autonomia e discrezionalità dell'ente locale lo stesso principio di sussidiarietà verticale, ispiratore della complessiva riforma del Titolo V della Costituzione, che impone all'ente territoriale, come istituzione più vicina alla collettività, di assumere in via diretta l'esercizio di servizi pubblici essenziali, individuando, altresì, gli strumenti ritenuti idonei per garantirli ai cittadini, nei casi nei quali l'autonomia privata e i corpi intermedi, nelle loro diverse articolazioni, non siano in grado di garantirne la generale accessibilità.

Anche antecedentemente all'approvazione delle disposizioni della l. n. 244/2007, la giurisprudenza amministrativa aveva, in varie occasioni¹⁷, affermato che il ricorso, da parte dell'ente locale, allo strumento societario per l'erogazione di un servizio pubblico richiedesse un'attenta analisi del rapporto costi-benefici, che ponderasse le differenze di qualità e di efficienza del servizio reso tramite un'azienda pubblica e l'opportunità di partecipare ad una società insieme a soci privati, portatori di uno specifico *know-how* o di risorse finanziarie, il cui apporto fosse ritenuto indispensabile.

Ne deriva la necessità di adeguata e puntuale motivazione – nella deliberazione che statuisce sul mantenimento, la dismissione o l'assunzione di una partecipazione – in ordine alla scelta adottata in alternativa alle altre possibili modalità di erogazione di un servizio pubblico; e tale motivazione deve specificare sia le esigenze di pubblico interesse, sia la convenienza economica, misurata in termini di efficienza, efficacia ed economicità della gestione in un'ottica di lungo periodo¹⁸.

Il mantenimento della partecipazione, in definitiva, presuppone una concreta verifica relativa alla singola partecipazione, in rapporto alle necessità della comunità locale di riferimento, e tale valutazione deve condurre a un giudizio di opportunità – oltre che di compatibilità finanziaria – dello strumento societario per conseguire l'obiettivo che l'ente locale si prefigge¹⁹.

¹⁶ In tal senso sia il Titolo V della Costituzione, sia la legge costituzionale n. 131/2003 (cd. legge La Loggia).

¹⁷ Si vedano, tra le altre, Cons. St., sez. VI, 1° febbraio 1985, n. 130; Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374.

¹⁸ In tal senso l'orientamento consolidato della giurisprudenza contabile (si vedano C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, n. 187/2009; C. conti, sez. reg. contr. Abruzzo, n. 45/2011).

¹⁹ Per una casistica di pronunce in merito al carattere di «stretta necessità» delle partecipazioni societarie si vedano, tra le altre: C. conti, sez. reg. contr. Puglia, n. 103/2009, in materia di attività promozionali; C. conti, sez. reg. contr. Puglia, n. 3/2008, in materia di farma-

Sebbene l'eventuale mancato avvio delle procedure di dismissione, entro il termine stabilito, non determini più l'insorgenza della responsabilità erariale, per espressa abrogazione legislativa della disposizione che lo prevedeva, la delibera del Consiglio dell'ente locale deve essere comunque trasmessa alla sezione competente della Corte dei Conti²⁰. La norma, in effetti, non prevede alcuna sanzione per la mancata effettuazione della ricognizione nel termine previsto. Si aggiunga, inoltre, che, come rilevato per prima²¹ dalla C. conti – sez. reg. contr. Lombardia, n. 48/2008, il termine deve in ogni caso intendersi come ordinatorio e non perentorio; è, infatti, sufficiente che entro il termine indicato il processo di dismissione sia stato avviato, con la deliberazione di ricognizione delle partecipazioni azionarie ed eventualmente di un programma di adempimenti, mentre l'iter può concludersi anche successivamente. Ha stabilito, infatti, la predetta deliberazione che «... le pubbliche amministrazioni, entro il termine fissato per legge, devono avviare la procedura di dismissione, ma non obbligatoriamente completarne l'iter. E ciò per evitare svendite o speculazioni dei soggetti privati nella determinazione del prezzo di acquisto della partecipazione o della società in mano pubblica».

L'assunto di tale deliberazione non può che condividersi, posto che una diversa interpretazione contrasterebbe con una delle principali finalità della norma che impone la dismissione delle partecipazioni non strettamente necessarie, ovvero sia il contenimento della spesa pubblica e l'eliminazione degli sprechi attraverso un più razionale impiego delle risorse pubbliche.

Tale obiettivo sarebbe evidentemente vanificato da un'alienazione condizionata da un termine perentorio, che determinerebbe una mancanza di equilibrio della posizione delle pubbliche amministrazioni alienanti rispetto a quella dei terzi concorrenti alla gara, non vincolati ad alcun termine legale per la negoziazione. La posizione contrattuale dell'ente pubblico sarebbe, infatti, inevitabilmente debole, a causa della notevole riduzione delle possibilità di aggiudicare una gara ad un congruo prezzo di cessione.

Si consideri, inoltre, che ritenere perentorio il termine per la conclu-

cie comunali; cit. C. conti – sez. reg. contr. Lombardia, n. 48/2008, in merito a una multiutility di oggetto sociale ampio; C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, n. 187/2009, in materia di servizi di assistenza per anziani; C. conti, sez. reg. contr. Sardegna, n. 56/2009, in materia di servizio idrico integrato.

²⁰ V. art. 19, c. 2, lett. a), d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. in l. 3 agosto 2009, n. 102.

²¹ In seguito, si è pronunciato in tal senso anche C. conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 5/2009.

la dismissione delle partecipazioni societarie

sione dell'iter, avrebbe potuto causare eccessive difficoltà alle amministrazioni locali di maggiori dimensioni, che si sarebbero trovate a dover contemporaneamente gestire un elevato numero di dismissioni, senza poter oggettivamente riuscire, in tempi brevi, a concludere le procedure di cessione, anche considerando la possibilità, non certo teorica, che la gara vada deserta senza responsabilità imputabile ai soggetti pubblici operanti.

4. I termini di svolgimento della procedura di cessione delle partecipazioni non consentite: problemi aperti

Se è sufficiente che entro il 31 dicembre 2010 le amministrazioni pubbliche interessate abbiano avviato il procedimento di dismissione mediante la deliberazione consiliare di ricognizione delle proprie partecipazioni, la norma non indica il termine *ad quem* per la conclusione del procedimento, né quali conseguenze possano derivare dalla mancata definizione dell'iter. Né, peraltro, è chiarito se, a seguito della deliberazione di dismissione della partecipazione non consentita, l'amministrazione possa – in base a nuove valutazioni – modificare, successivamente al 31 dicembre 2010, le proprie decisioni.

Riguardo al termine *ad quem*, è evidente che le stesse considerazioni che hanno portato a ritenere non perentoria l'indicazione del 31 dicembre 2010 per la conclusione della procedura di dismissione – ovvero la necessità di evitare cessioni “antieconomiche” – non possono che valere anche successivamente.

L'alienazione di quote o azioni in condizioni sfavorevoli di mercato non può essere imposta a nessuna amministrazione, tanto più a un ente locale che gode di un'autonomia costituzionalmente riconosciuta e su cui gravano, come conseguenza delle ultime manovre finanziarie, pesanti vincoli di finanza pubblica; potrebbe, al contrario, configurarsi una fattispecie di danno erariale a carico di chi – in assenza della previsione legislativa di un tempo limite – procedesse all'alienazione in un contesto nel quale, secondo una valutazione effettuata con ordinaria diligenza, si ravvisassero elementi determinanti un'obiettiva e contingente svalutazione della partecipazione da cedere. Lo stesso criterio di ordinaria diligenza impone, d'altro canto, di dar corso senza ritardo alle procedure di dismissione laddove tale incerto contesto non si ravvisi, in quanto la mancata previsione di termini e sanzioni non fa venir meno il rispetto del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), da cui deriva la necessità che l'azione amministrativa sia improntata ai criteri di efficacia, ef-

ficienza ed economicità. Si consideri, poi, che, in caso di ritardi ingiustificati nell'attuazione delle procedure di dismissione, potrebbe gravare, sugli amministratori dell'ente, un'ipotesi di responsabilità amministrativa per il mantenimento in vita di partecipazioni non consentite, generanti conseguenti costi per la finanza pubblica.

Riguardo alla possibilità, per l'amministrazione titolare della partecipazione, di modificare, successivamente al 31 dicembre 2010, la determinazione assunta in ordine al mantenimento o alla dismissione, è da notare che, anche in questo caso, le disposizioni in esame non contengono esplicite previsioni in merito. Tale considerazione potrebbe, quindi, indurre a ritenere possibile adottare nuove decisioni, in contraddizione con le precedenti, pur in assenza di un cambiamento del quadro legislativo, e magari in corrispondenza all'entrata in carica di un'amministrazione di diverso orientamento programmatico, a seguito di una successiva tornata elettorale.

Il rispetto dei generali canoni ermeneutici, stabiliti dall'art. 12 delle cd. preleggi, richiede, tuttavia, una interpretazione sistematica che tenga conto della ratio della normativa in esame che, come rilevato in premessa, è ispirata sia al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, sia alla finalità di tutelare la concorrenza ed il mercato, fissando vincoli anche temporali all'assunzione delle conseguenti decisioni da parte degli enti titolari delle partecipazioni societarie.

Tali obiettivi e finalità sarebbero, evidentemente, vanificati, laddove si consentisse all'ente che ha deliberato formalmente, secondo le procedure e i termini prescritti, la dismissione di una partecipazione ritenuta "non strettamente necessaria" di deliberarne invece, in un momento successivo al termine prescritto, il mantenimento.

Sarebbe, invece, conforme alle finalità della normativa in esame, una nuova deliberazione consiliare con la quale si stabilisse di dismettere, poiché ritenuta non più strettamente necessaria, una partecipazione precedentemente confermata.

A seguito di un'analisi delle condizioni di mercato da cui emergesse l'esigenza di interventi a tutela della concorrenza o, comunque, un'alterazione della dinamica concorrenziale in un determinato settore per la presenza distorsiva di una propria società partecipata, sarebbe non solo opportuna, ma anche doverosa, una nuova deliberazione dell'organo consiliare che stabilisse la dismissione della partecipazione in oggetto, trattandosi, inoltre, di un provvedimento volto a recuperare risorse pubbliche.

5. L'iter della procedura di dismissione in società non quotate

L'esecuzione delle deliberazioni consiliari relative alle dismissioni comporta, in primo luogo, un'esatta stima del valore da cedere e, in secondo luogo, la definizione di una corretta procedura di cessione, tenuto conto che l'art. 3, c. 29, pone un unico, ma ben preciso, vincolo ovvero sia il ricorso a «procedure ad evidenza pubblica».

5.1. La stima del valore da cedere

Riguardo al primo problema – la stima del valore da cedere²² – l'ente dovrà procedere ad una rigorosa attività valutativa, volta ad accertare l'importo economico della partecipazione in esame. Le ragioni che inducono a non ritenere sufficiente il riferimento al valore nominale delle quote o azioni, sono sostanzialmente due.

In primo luogo, è necessario che il valore da attribuire alla partecipazione renda conto in maniera congrua dell'attuale andamento della società risultante dai bilanci e dagli altri documenti contabili, sotto il profilo finanziario e patrimoniale.

In secondo luogo, trattandosi di impiego di beni e risorse pubbliche, un'adeguata procedura di stima è necessaria all'amministrazione sia per acquisire un dato imprescindibile per l'istruttoria che dovrà individuare la corretta procedura di cessione, sia per garantirsi da eventuali fattispecie di responsabilità amministrativa da danno erariale, nella quale potrebbe incorrere sottostimando in modo rilevante il valore della propria partecipazione societaria ed alienandola ad un prezzo corrispondente.

Si consideri, inoltre, che non di rado gli statuti societari attribuiscono ai soci un diritto di prelazione, agli stessi patti e condizioni, nel caso di cessione, da parte di altro socio, di tutte le proprie azioni o di una loro parte. Il concreto esercizio di tale diritto può prevedere la semplice notifica dell'offerta di acquisto ricevuta; spesso, tuttavia, lo statuto societario prevede una più articolata procedura che può comprendere anche meccanismi di contestazione del prezzo offerto, in caso di offerta di un prezzo che il socio che intende esercitare l'opzione ritenga non proporzionato al reale valore delle azioni da alienare, demandando ad un soggetto terzo, anche di tipo arbitrale, la definizione ultima del valore. Per quanto l'attivazione di una tale

²² Sulla determinazione del valore delle quote da cedere v. B. Lavanda, *La cessione di quote in società pubbliche: linee guida*, in *Azienditalia*, n. 1/2011.

procedura sia difficilmente configurabile a fronte di un prezzo determinato mediante una gara pubblica esente da vizi, è di tutta evidenza che, anche per evitare una possibile dilazione dei tempi conseguente alla contestazione del socio che intende esercitare l'opzione di acquisto, è necessaria una corretta stima del valore delle azioni.

Nella vendita di partecipazioni di società non quotate, nella prassi il prezzo è solitamente determinato seguendo due distinte e alternative procedure: a) tenendo conto unicamente del patrimonio netto della società pubblica, risultante dall'ultimo bilancio di esercizio approvato dall'assemblea dei soci; b) sulla base di una più complessa perizia di stima del valore della partecipazione²³.

La determinazione del prezzo di vendita con riferimento al valore iscritto nel bilancio di esercizio della società può, però, difficilmente considerarsi esaustiva, perlomeno nel caso di partecipazione di non irrilevante valore, poiché non considera importanti parametri, fra i quali l'avviamento aziendale.

5.2. La definizione di una corretta procedura di cessione

Con riferimento al secondo problema – la definizione di una corretta procedura di cessione – al di là del richiamo testuale alle procedure ad evidenza pubblica occorre comprendere l'esatta portata del vincolo e quali ne siano le finalità, soprattutto per ammettere o escludere fattispecie nelle quali, in via di eccezione, l'ente locale, per specifiche e motivate ragioni possa, nell'esercizio della propria autonomia e discrezionalità, derogarvi.

Il problema si pone limitatamente alle partecipazioni in società non quotate nei mercati regolamentati – peraltro maggioritarie, nel caso degli enti locali – posto che, in caso di società quotate, il ricorso al mercato borsistico tramite intermediari finanziari autorizzati assolve, di per sé, alle finalità sottese all'evidenza pubblica.

Riguardo, invece, alle società non quotate occorre, preliminarmente, precisare che l'alienazione di partecipazioni societarie è una fattispecie negoziale che deve essere collocata nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, ed in particolare della compravendita.

Ne consegue che essa non rientra tra i contratti disciplinati, quanto alle procedure di affidamento, dal d.lgs. n. 163/2006 (recante "Codice dei con-

²³ V. art. 2343 c.c. (in particolare, tale articolo prevede che la relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, contenga l'attestazione e la verifica che il valore delle partecipazioni sia pari a quello ad esse attribuito).

la dismissione delle partecipazioni societarie

tratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”), che impone il ricorso all’evidenza pubblica per i contratti pubblici aventi ad oggetto forniture o servizi o l’esecuzione di opere e lavori²⁴. I negozi di compravendita di quote o azioni non rientrano nemmeno nel settore dei “contratti esclusi”, in tutto o in parte, dall’applicazione delle norme del Codice, per cui ad essi non si applica direttamente la previsione di cui all’art. 27, che si riferisce espressamente alle sole tipologie contrattuali di cui alla Parte I del Titolo II del d.lgs. n. 163/2006²⁵.

Tuttavia, a prescindere dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, sono comunque applicabili a tutti gli affidamenti contrattuali non disciplinati dal Codice dei contratti pubblici – compresi i negozi di compravendita di titoli azionari aventi come parte alienante un ente pubblico – le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea²⁶, con particolare riferimento all’art. 101 (*ex* art. 81 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), che fissa i principi da seguire per la scelta dell’altro contraente (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità).

Come chiarito dalla comunicazione della Commissione Europea del 12 aprile 2000, nella parte relativa alle esigenze di tutela della concorrenza di cui al citato *ex* art. 81 TCE, «benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: – le norme che vietano qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità [...]; le norme relative alla libera circolazione delle merci [...], alla libertà di stabilimento [...], alla libera prestazione di servizi [...], nonché le eccezioni a tali norme [...]».

In senso conforme si è pronunciata la giurisprudenza comunitaria – ed in particolare: CGCE, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria c. Post&Telekom Austria* – secondo cui le direttive europee emanate in materia di contratti pubblici devono considerarsi *self-executing* rispetto a principi sanciti dal Trattato in via generale, e pertanto applicabili a fattispecie contrattuali ulteriori rispetto a quelle da esse disciplinate, ove siano tali da attribuire ad un soggetto operante sul mercato la possibilità di un’iniziativa

²⁴ V. l’art. 3, d.lgs. n. 163/2006.

²⁵ Per un inquadramento della fattispecie negoziale in esame e, in generale, dei contratti delle pubbliche amministrazioni, si veda C. Franchini, *I contratti della Pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti della Pubblica Amministrazione*, a cura di C. Franchini, vol. I, Torino, Utet, 2007.

economica che possa determinare un vantaggio competitivo, suscitando interesse concorrenziale²⁷.

Ed anche la giurisprudenza nazionale²⁸ ha affermato la diretta applicabilità, in ambito nazionale, dei principi comunitari derivanti dal Trattato ad ogni fattispecie pur esclusa dalla disciplina delle direttive in materia di contratti pubblici, in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, oltre che di tutela della concorrenza nell'ambito dell'attività contrattuale²⁹.

Da tali principi dovrebbe discendere, quindi, l'estensione della procedura ad evidenza pubblica a tutti i casi di alienazione di partecipazioni societarie. Del resto, non solo i richiamati principi di diritto comunitario, ma anche la stessa legislazione nazionale in materia di contabilità pubblica prescrive, per ogni attività contrattuale³⁰ della pubblica amministrazione, in via generale, il ricorso a procedure concorsuali³¹ e, quindi, al mercato, mentre solo in casi eccezionali³², tassativamente previsti, sono possibili gli affidamenti mediante trattativa privata.

²⁶ Il riferimento è alla versione consolidata del TFUE, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona.

²⁷ Si veda, anche, CGCE, 25 aprile 1996, causa C-87/94, *Bus Wallons*; CGCE, ord. 3 dicembre 2001, C-59/00.

²⁸ Fra le altre, v. Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 60.

²⁹ Tale assunto è stato affermato anche dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle Politiche comunitarie n. 945 del 1° marzo 2002, la quale ha precisato che «a prescindere dall'applicazione di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 [...], da 43 a 55 [...] del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte Europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione». I citati richiami normativi fanno riferimento al non più vigente Trattato istitutivo della Comunità Europea e corrispondono, rispettivamente, agli articoli da 34 a 36, da 49 a 54 e da 56 a 62 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

³⁰ Sia che comporti un'entrata (come nel caso in esame compreso, secondo i principi della contabilità pubblica, nell'ambito dei contratti attivi), sia che comporti una spesa (art. 3, R.d. n. 2440/1923, non abrogato dall'art. 256, d.lgs. n. 163/2006, e art. 37, R.d. n. 827/1924).

³¹ Nel caso in esame, la procedura ad evidenza pubblica cui si deve ricorrere è quella del pubblico incanto, ai sensi dell'art. 73, c. 1, lett. c), R.d. n. 827/1924 e successive modifiche, da effettuarsi con il metodo delle "offerte segrete" da porre a confronto con il prezzo a base d'asta. Si vedano, in materia, anche le previsioni di cui all'art. 1, c. 2, d.l. n. 332/1994, convertito con l. n. 474/1994.

³² Si vedano, al riguardo, gli artt. 56 e 122, d.lgs. n. 163/2006.

6. I possibili temperamenti del principio dell'evidenza pubblica in caso di partecipazioni di non rilevante valore economico

Le conclusioni riportate nel paragrafo precedente sembrano difficilmente confutabili in via di principio. La prassi applicativa dimostra, tuttavia, che vi sono dei casi in cui si presenta oggettivamente l'esigenza di valutare la possibilità di individuare temperamenti al principio dell'evidenza pubblica.

Ciò può avvenire sia con riferimento alla dismissione di partecipazioni per le quali una valutazione obiettiva del contesto economico-sociale del territorio e delle condizioni di mercato faccia ragionevolmente prevedere che la gara sia destinata ad andare deserta o che un solo soggetto possa essere realmente interessato all'acquisizione della partecipazione, sia – in particolare – relativamente alla cessione di quote societarie di valore così esiguo che la corrispondente procedura ad evidenza pubblica finirebbe con il risultare certamente antieconomica.

Nel primo caso, come per ogni altro contratto pubblico da affidare, non potrà che essere la gara pubblica a certificare l'eventuale disinteresse all'acquisto della partecipazione da cedere, non potendo essere sufficiente ad attestarlo³³ una pur approfondita indagine di mercato.

Riguardo alla seconda ipotesi, occorre preliminarmente evidenziare che il fenomeno delle partecipazioni di modesto valore economico e di non rilevante ruolo strategico nella compagine societaria è assai diffuso e può riguardare, oltre ai piccoli comuni – che in Italia detengono la maggior parte delle partecipazioni³⁴ – anche enti locali di rilevanti dimensioni, come i comuni capoluogo, le associazioni di enti locali (quali le unioni di comuni o le comunità montane) e le province. Queste ultime, sia in quanto rappresentative in senso lato di ambiti territoriali ampi e compositi, sia perché titolari di competenze di area vasta, possono frequentemente trovarsi nella condizione di detenere partecipazioni, anche simboliche, in una pluralità di società interamente pubbliche o miste, costituite su iniziativa di uno o più comuni del territorio provinciale. Le procedure ad evidenza pubblica da at-

³³ Il principio è ribadito anche dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che ha affermato che «qualsiasi attività economica in grado di suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese deve, se oggetto di domanda pubblica, incontrare l'offerta privata nella sede del procedimento di evidenza pubblica» (Deliberazione AVCP, 7 ottobre 2009, n. 84).

³⁴ Secondo un'indagine pubblicata dalla Corte dei Conti (relazione allegata alla Deliberazione n. 14/AUT/2010/frg), il 60 per cento delle partecipazioni si riscontra nei piccoli comuni con meno di 5.000 abitanti e solo il 2,8 per cento è riferibile a comuni con popolazione superiore ai 100.000 abitanti.

tivare, o già attivate, per la cessione delle partecipazioni di tale specie possono, quindi, essere un significativo numero.

Come rilevato, è evidente che, in relazione a tali procedure, si presenta il problema della loro certa antieconomicità e si tratta, quindi, di stabilire se per evitare l'impiego di risorse non proporzionate al risultato atteso, si possa prescindere o, almeno, introdurre limitazioni al principio della gara pubblica.

Sul punto si è già pronunciata la Corte dei Conti³⁵ affermando la necessità di seguire procedure concorsuali pubbliche anche relativamente a partecipazioni di minimo rilievo economico, ritenendo che il principio della concorrenza e dell'evidenza pubblica si applichino anche nel caso di contratto pubblico di importo di modesta entità o, perfino, gratuito quando si offra, comunque, «un'utilità contendibile sul mercato»³⁶.

Tale contendibilità non può, peraltro, misurarsi solo sulla base del valore monetario dell'oggetto della dismissione e, quindi, dell'esiguo importo che si presume di ricavare dalla cessione, sempre che si manifestino acquirenti. Trattandosi di partecipazioni societarie occorre, invece, tenere conto anche del valore strategico delle azioni o delle quote, che può essere concreto ed attuale, o anche solo potenziale.

Ne discende, secondo il citato parere, che in applicazione dei principi di diritto comunitario recepiti dal d.lgs. n. 163/2006 sarà necessario, in ogni caso, dar luogo ad una procedura caratterizzata da pubblicità e rispettosa dei criteri di «economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità».

La predetta conclusione, per quanto giuridicamente fondata e logicamente argomentata non può, tuttavia, comportare un'apodittica adesione ad un'interpretazione eccessivamente restrittiva dei suddetti criteri e, in definitiva, dello stesso principio dell'evidenza pubblica.

Occorre, infatti, considerare, che fra i principi affermati dal Trattato sull'Unione Europea³⁷, vi è anche quello di «proporzionalità»³⁸, richiamato

³⁵ V. Parere C. conti, sez. reg. contr. Veneto, 15 novembre 2010, n. 230, con commento di M. Lucca, in *Lexitalia*, n. 1/2011).

³⁶ Cfr. anche sentenza Cons. St., n. 168/2005.

³⁷ Si veda l'art. 5 TUE, in base al quale «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità». La giurisprudenza comunitaria ha, in varie occasioni, declinato il concetto di «proporzionalità»; fra le molte pronunce in merito, si veda Corte di Giustizia, Grande Sezione, 6 dicembre 2005, in procedimenti riuniti.

³⁸ Sul principio di proporzionalità: A. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto*

la dismissione delle partecipazioni societarie

anche dall'art. 1, l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, che impone all'azione amministrativa di limitarsi, relativamente a contenuto e forma, a quanto adeguato e necessario per il conseguimento degli obiettivi prefissati, con il minore sacrificio possibile degli interessi coinvolti, e senza aggravamenti procedurali non motivati. Da tale principio deriva, quindi, che l'attività amministrativa, per essere legittima, non può prescindere da un corretto rapporto tra finalità perseguite, obiettivi conseguiti e costi sostenuti.

Se tale principio, nella sua concreta applicazione, non può giustificare, per le motivazioni riportate nel paragrafo precedente, l'esclusione del ricorso alle regole dell'evidenza pubblica anche nelle ipotesi di partecipazioni di esiguo valore, esso consente, tuttavia, all'amministrazione alienante di utilizzare in modo flessibile le tipologie di procedure pubbliche competitive esistenti, in modo da conseguire l'obiettivo di una minore onerosità, sia in termini di semplificazione del procedimento, sia con riferimento ai costi economici del medesimo.

Per la definizione della successiva procedura può, allora, essere utile ricorrere alla preventiva pubblicazione di un avviso esplorativo, finalizzato a verificare l'esistenza di soggetti interessati all'acquisto delle quote o azioni, analogamente a quanto avviene negli appalti di forniture e servizi con il ricorso alle indagini di mercato.

E in ultima analisi, almeno in linea di principio, deve comunque riconoscersi a ogni ente locale la potestà di esercitare una autonoma valutazione tecnica nello stabilire, sulla base dei criteri affermati dal diritto comunitario e dalla giurisprudenza amministrativa, se ricorrono i presupposti per l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, attraverso un'istruttoria finalizzata a verificare se l'attività contrattuale in esame abbia ad oggetto un'utilità contendibile sul mercato, tale, cioè, da attribuire all'acquirente un vantaggio competitivo anche solo potenziale e da determinare, quindi, un interesse per la concorrenza.

pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006; V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006; C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1999, 725; M.P. Chiti, G. Palma (a cura di), *Principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006 (con particolare riferimento ai contributi di A. Sandulli e G. della Cananea).

Abstract

Act n. 244/2007 (Public Finance Law for fiscal year 2008), article 3, provides for the divestment of “not essential” shareholdings owned by public local authorities in private local companies. Such a rule is intended both to reduce public expenditure and to extend the scope for market entry in activities where direct public investment cannot be justified anymore. Indeed, the range for public partnership in private companies or for full public ownership is limited to those shareholdings essential to the extent to guarantee the performance of institutional tasks. The article focuses on the complex legal and economic questions arising from the definition of an adequate procedure for the divestment of “not essential” public shareholdings. Particular attention is given to the scope of applicability of the standard rules for public procurement.

MARCO MACCHIA

COSTITUZIONALIZZARE L'EQUILIBRIO DI BILANCIO: UN CAMBIO DI REGISTRO

SOMMARIO: 1. La “costituzionalizzazione” dell’equilibrio di bilancio. – 2. Le mancate costituzionalizzazioni: due esemplificazioni. – 3. Le ragioni della costituzionalizzazione.

1. La “costituzionalizzazione” dell’equilibrio di bilancio

Con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, il Senato e la Camera hanno approvato l’introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta fondamentale¹. Per essere più precisi, non si tratta di pareggio, ma di inserimento della regola dell’equilibrio fra entrate e spese. L’art. 81 cost. viene riformulato nel senso di imporre allo Stato l’obbligo di «assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico». Quest’ultimo non costituisce ovviamente un obbligo di carattere assoluto, come tale privo di deroghe, giacché il ricorso all’indebitamento non è vietato alla radice, bensì consentito esclusivamente «previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali». Si recepiscono in tal modo le indicazioni europee sui vincoli di stabilità finanziaria, che trovano luogo nell’accordo intergovernativo denominato *Fiscal compact*², ossia il Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell’unione economica e monetaria.

¹ La modifica costituzionale entrerà in vigore l’8 maggio 2012, ma si applicherà a decorrere dall’esercizio finanziario relativo all’anno 2014.

² L’*International Agreement on a Reinforced Economic Union*, Accordo intergovernativo per il rafforzamento della disciplina di bilancio, il coordinamento e la *governance* della politica economica dei paesi europei, discusso e approvato al Consiglio europeo del 30 gennaio 2012, è stato firmato il 2 marzo 2012 da venticinque Stati dell’Unione Europea. All’art. 3 si specifica che le regole di stabilità finanziaria «shall take effect in the national law of the Contracting Parties at the latest one year after the entry into force of this Treaty through provisions of binding force and permanent character, preferably constitutional, or otherwise guaranteed to be fully respected and adhered to throughout the national budgetary processes».

Ispirata all'insegnamento di Luigi Einaudi³, la norma mira ad impedire l'abuso del finanziamento in disavanzo, pratica che negli anni ha consolidato il costante aumento dell'ammontare del debito pubblico complessivo. Per questa ragione, la sua introduzione non può che salutarsi con favore, nella misura in cui riesca nell'obiettivo di favorire la riduzione del monte del debito. Si tratta di una missione di certo non semplice, tenuto conto altresì di una certa ambiguità nei concetti impiegati dalla norma per obbligare le finanze statali all'equilibrio fra entrate e spese. Si pensi, ad esempio, alle "fasi avverse" ovvero alle "fasi favorevoli" del ciclo economico, ossia concetti che mancando di limpidezza possono prestarsi nell'ingenerare potenziali controversie⁴.

Oltre a ciò, è necessario fare un appunto al legislatore costituzionale riguardo la mancata distinzione tra tipi di spese. Appare, infatti, criticabile che la norma non inserisca, parallelamente alla regola dell'equilibrio, un principio di sana gestione finanziaria, distinguendo tra spesa per investimenti e spesa corrente e prevedendo per la prima – e negando per la se-

³ In Assemblea costituente il tema delle regole costituzionali in materia di finanza pubblica è stato affrontato nella II sottocommissione, dedicata all'ordinamento costituzionale dello Stato. Einaudi, ma anche Vanoni e Mortati si preoccuparono di assicurare il principio dell'equilibrio di bilancio, teso ad impedire spese non sostenibili dalle finanze nazionali. In definitiva, l'esito si tramutò in un obbligo formale di copertura finanziaria delle leggi, incapace come tale di conferire un limite di spesa, giacché essa poteva essere sempre ripagata mediante il ricorso al debito. Così lo interpretò anche la Corte costituzionale (sent. 7 gennaio 1966, n. 1), ribadendo il limite sostanziale che «il legislatore ordinario è tenuto a osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra entrate e spese».

⁴ La riforma demanda ad una legge ordinaria rinforzata, da approvare a maggioranza assoluta, il compito di definire quali sono gli eventi che consentono forme di indebitamento e contestuali piani di rientro, tra cui sono contemplate le recessioni economiche, le crisi finanziarie e le calamità naturali. Coerentemente con ciò, mediante una modifica dell'art. 117 Cost. l'«armonizzazione di bilanci pubblici» slitta da competenza concorrente a competenza esclusiva dello Stato. Il nuovo organismo indipendente di controllo sui conti pubblici, istituito presso le Camere alle quale spettano le funzioni «di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio», ha poi il compito di giudicare se una fattispecie rientri tra i casi di deroga.

Un simile organismo indipendente dal Governo è stato recentemente istituito anche nel Regno Unito con il *Budget Responsibility and National Audit Act 2011*, si tratta dell'Office for Budget Responsibility (OBR). È un collegio di tre esperti che ha competenze di analisi preventiva della spesa pubblica nella prospettiva della sua sostenibilità nel lungo periodo. Ha il compito di formulare stime previsionali oggettive e trasparenti in base alle quali il Tesoro provvede a definire la politica fiscale e ad assumere le decisioni che impegnano il bilancio pubblico.

costituzionalizzare l'equilibrio di bilancio

conda – forme di indebitamento tali da consentire l'ammortamento di quanto investito, in modo da perseguire politiche di sviluppo sul versante della crescita⁵.

In questa sede non si intende esaminare il contenuto e le implicazioni della riforma che è particolarmente rilevante per quantità e per qualità. Sia per il numero delle norme costituzionali coinvolte sia per l'ampiezza delle modifiche proposte. Si intende proporre solo una breve e circoscritta riflessione riguardo il senso e la portata della costituzionalizzazione della “regola aurea” del pareggio o equilibrio di bilancio. Ciò che, infatti, non risulta di immediata comprensione sta nel cambio di registro sotteso all'intervento legislativo. Mentre fino ad oggi non si è sostanzialmente avvertita la necessità di portare sul piano costituzionale regole e modi di operare dei poteri pubblici in economia, ora sembra lentamente manifestarsi l'esigenza opposta. Per cui vale la pena indagare le ragioni sulla base delle quali si presenta la necessità di inglobare nel testo costituzionale – pur assumendo il rischio di ingessare ulteriormente le politiche finanziarie nazionali – vincoli e limiti alla politica economica nazionale che di fatto sono già operanti, poiché trovano origine nelle disposizioni dell'Unione europea.

2. Le mancate costituzionalizzazioni: due esemplificazioni

La riflessione muove nello specifico da un assunto e dalla constatazione della sua recente negazione. L'assunto è che l'intervento pubblico nei processi economici ha finora avuto in Italia una forma e una consistenza che non trovavano adeguata rappresentazione nei contenuti della costituzione formale, mentre sembravano direttamente connessi con il dato costituzionale vivente, con quella che tradizionalmente viene chiamata la costituzione materiale, secondo la nota espressione di Costantino Mortati. Non a caso, tradizionalmente si tende a definire la costituzione economica con gli aggettivi di “carente” o “laconica”⁶.

⁵ La scelta di non distinguere tra spesa corrente e spesa per investimenti è stata anch'essa caldeggiata dalle istituzioni europee, al fine di impedire che potesse essere spacciata quale spesa per investimento una spesa corrente. È un problema che in Italia si è già posto relativamente all'art. 119 Cost.

⁶ Sulla pluralità di significati che può assumere l'espressione “costituzione economica”, *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, Laterza, 2011, 3; F. Cocozza, *Riflessioni sulla nozione di «costituzione economica»*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, I, Modena, Mucchi, 1992, 393 ss. Ai limitati fini dell'analisi condotta in questa sede si utilizza tale

La constatazione di contenuto opposto è che, viceversa, con la modifica costituzionale ora entrata in vigore, mirante ad introdurre la regola dell'equilibrio di bilancio, si mette in luce l'esigenza contraria di pareggiare lo scarto tra forma e sostanza, rappresentando nel testo costituzionale scritto il ruolo dello Stato, o quantomeno le garanzie spettanti ai cittadini, presenti e futuri, affinché non venga compromesso il quadro economico. A differenza del passato, si palesa pertanto la necessità di dotarsi di vincoli costituzionali espliciti.

Prima di provare ad offrire alcune brevi riflessioni per capire le ragioni che si celano dietro ad un tale mutamento dei rapporti di forza, che sono presenti nella costituzione economica, è necessario premettere una chiara spiegazione dell'assunto iniziale, solo mediante la quale diviene evidente lo scarto tra un "prima" e un "dopo". Un "prima" nel quale la costituzione materiale, ossia quella vivente, supera il dettato della norma e affonda le sue radici in luoghi diversi. Un "dopo" nel quale la costituzione materiale ha bisogno della formalizzazione nel testo scritto.

Due sono le dimostrazioni che si prestano a giustificare l'assunto iniziale. Innanzitutto, la costituzione economica di carattere interventista, ossia quell'assetto costituzionale fondato su un ruolo attivo dello Stato diretto a sovvenzionare e incentivare alcuni settori economici, si è materializzata ed ha posto le sue basi sotto lo Statuto Albertino e non, come si potrebbe pensare, per via dei contenuti costituzionali della Carta del '48.

Il modello di intervento pubblico diretto, che può essere definito semplificando "keynesiano", non muove da una previsione costituzionale, ma è precedente ad essa. La tutela degli infortuni sul lavoro e il sistema previdenziale⁷, il ruolo dello Stato come gestore nelle imprese pubbliche mediante enti di privilegio⁸, le municipalizzazioni, le partecipazioni stata-

espressione secondo un'accezione molto limitata, con la quale si indicano soltanto le norme della Costituzione in senso formale sui rapporti economici, senza considerare altre fonti normative.

Per un primo inquadramento sul tema del modello economico nel quadro costituzionale, G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *La Costituzione economica*, Padova, Cedam, 1997, 8 ss.; M.S. Giannini, *Economia (disciplina della)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 1 ss.; G. della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, il Mulino, 1998, *ibidem*.

⁷ La Cassa nazionale di previdenza è istituita nel 1898, mentre "solo" nel 1917 viene previsto per legge un sistema di iscrizione obbligatoria.

⁸ La prima impresa pubblica è la Cassa depositi e prestiti istituita nel 1863. Nel 1905 viene istituita l'Azienda delle ferrovie dello Stato. Nel 1913 l'Istituto nazionale delle assicu-

costituzionalizzare l'equilibrio di bilancio

li⁹ sono tutte avvenute sotto lo Statuto Albertino, una carta di tipo breve, che non riconosceva né i diritti sociali né l'intervento pubblico. Sotto questo profilo, non è stata dunque la Costituzione del '48 ad introdurre nel nostro ordinamento un tessuto costituzionale ispirato ad un impianto sociale e interventista.

Seconda osservazione. La costituzione economica sovranazionale, nata dall'incidenza dei vincoli europei, non ha avuto alcun riconoscimento formale nel testo costituzionale, se si escludono le limitazioni di sovranità, di carattere generale e astratto, contenute negli articoli 11 e 117 Cost. Le libertà di circolazione, la legislazione sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato, il mercato unico, la costituzione monetaria, la regolazione transnazionale, le disposizioni sulla cooperazione relative all'equilibrio finanziario e alla crescita economica, non godono di richiami scritti nel testo costituzionale¹⁰.

Si prenda, ad esempio, la politica economica degli Stati, contemplata nell'art 5 TFUE. Stando alla ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri prevista nel Trattato, tali politiche sono decise dai singoli Stati membri¹¹. Sono gli Stati a decidere, per fare alcuni esempi, sullo sviluppo tecnologico e sul ruolo della formazione, sugli interventi a sostegno dell'iniziativa imprenditoriale o della ricerca. Ma tali decisioni, come noto, non avvengono in un contesto isolato.

Sebbene infatti tali politiche siano di competenza dei singoli Stati membri, è attraverso il riconoscimento dei processi economici come "questione di interesse comune" che sono giustificati: a) la definizione a livello sovranazionale di un indirizzo di massimo per le politiche economiche, che sia tale da indicare le priorità e gli orientamenti; b) le procedure di sorveglianza da parte del Consiglio sulla situazione economica e finanziaria di ciascuno degli Stati; c) il divieto di disavanzi pubblici eccessivi e le relative procedure di controllo e di sanzione¹². E la sommatoria di tali strumenti,

razioni (INA) e così via, fino a diventare molto vasto il novero dei settori economici coperti da un'impresa pubblica.

⁹ L'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI) viene costituito in modo definitivo nel 1937 per il salvataggio delle imprese in crisi.

¹⁰ Sul tema del mercato unico, S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.; sul tema della costituzione finanziaria, G. della Canea, *Il patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2001, 5 ss.

¹¹ Sul punto, *Finanza privata e finanza pubblica. I mutui subprime e la spending review*, a cura di R. Perez, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2009. Sulla prospettiva nazionale, G. Vegas, *Il nuovo bilancio pubblico*, Bologna, il Mulino, 2010.

¹² Tali strumenti di coordinamento si spiegano con la circostanza che, se il governo dei processi economici è nazionale, sono evidenti le ricadute di essi sul mercato comune, per cui

idonei ad assicurare il coordinamento tra organi nazionali e tra livello nazionale e livello europeo, non sono conseguenza di un'attribuzione implicita, legata al ricorso alla nozione di "questione di interesse comune", ma trovano un espresso riconoscimento nella lettera del trattato, rispettivamente agli artt. 99 e 104. Eppure di tutto ciò nella costituzione nazionale non vi è minima traccia.

Pertanto, a differenza del passato, la volontà di inserire nella carta fondamentale il principio dell'obbligo dell'equilibrio di bilancio fa registrare uno scarto rispetto al precedente modo di valutare ciò che merita il livello costituzionale, perché diviene fondamentale che tale vincolo venga costituzionalizzato¹³. Non si dimostrano più sufficienti i limiti quantitativi alle finanze pubbliche nazionali posti da norme europee vincolanti (artt. 121, 126 e 136 TFUE), ma diviene necessaria la presenza nelle costituzioni statali di una norma con cui si autolimiti in modo espresso la politica finanziaria. Su questa via, la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio, provenendo da un'indicazione dell'Unione europea, si trasforma in un ulteriore vincolo di stabilità finanziaria, già recepito, pur se con tarature diverse, in Germania nel 2009¹⁴ e in Spagna nel 2011, mentre in Francia è mancante dell'approvazione definitiva da parte del Congresso¹⁵.

3. Le ragioni della costituzionalizzazione

Messo in evidenza "come era" e "come è", è opportuno ora chiarire quali sono le ragioni che si celano dietro l'introduzione del bilancio in equi-

l'Unione, senza sottrarre competenze, si è data il compito di definire le modalità attraverso le quali gli Stati coordinano le proprie politiche economiche. Questo avviene perché le politiche costituiscono una *questione di interesse comune*. Sulla scorta di ciò, sono stati previsti tre diversi strumenti di coordinamento. Il primo è la definizione di un indirizzo di massimo per le politiche economiche, tale da indicare le priorità e gli orientamenti. Il secondo sono le procedure di sorveglianza da parte del Consiglio sulla situazione economica e finanziaria di ciascuno degli Stati. Il terzo è il divieto di disavanzi pubblici eccessivi e le relative procedure di controllo e di sanzione.

¹³ Sulla necessità di un aggiornamento e di una revisione formale del testo dell'art. 41 Cost., G. di Plinio, *Mutamento costituzionale e libertà economica*, in *Il Risparmio Review*, 2011, 35 ss.

¹⁴ R. Perez, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 99 ss.

¹⁵ F. Fabbrini, *Il pareggio di bilancio nelle costituzioni europee*, in *Quad. cost.*, 2011, 933 ss.; G. delle Donne, *Le procedure di bilancio tra equilibri delle forme di governo e ricerca della stabilità economica: una ricostruzione comparatistica delle esperienze francese e tedesca*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 469 ss.

costituzionalizzare l'equilibrio di bilancio

librio come regola costituzionale che rappresenta, al tempo stesso, un cambio di registro e un'importante novità. I motivi sono numerosi e si prestano ad una lettura sotto diversi profili.

Sotto il profilo dei rapporti con le istituzioni europee e con gli altri Stati membri, l'inserimento del principio di equilibrio di bilancio nel testo costituzionale è il risultato di un mutamento dei tradizionali rapporti di obbligo in senso giuridico, che hanno finora connotato la costruzione dell'Unione. È vero che esiste in tal senso una richiesta del Consiglio Europeo, ribadita dal *Fiscal compact*¹⁶, per trasformare quello che è già un obbligo giuridico, a livello europeo, in un obbligo anche nazionale a livello costituzionale. Eppure, proprio tale richiesta fornisce la prova di come vi sia un cambio in atto, consistente nel bisogno di ricorrere agli strumenti di coercizione nazionali¹⁷. Il senso di tale costituzionalizzazione è allora innanzitutto quello di ratificare e rafforzare un impegno, rendendo trasparenti i processi decisionali degli Stati membri. Nel momento in cui il patto federativo europeo sembra entrare in crisi¹⁸, non basta più che una scelta sia imposta *dall'alto*, ma serve che i singoli Stati si adoperino appunto *dal basso* a dimostrare di voler dare ad essa adesione.

¹⁶ Come specificato nelle premesse al testo dell'Accordo intergovernativo in corso di approvazione, tale obbligo di equilibrio tiene conto che sussiste «the need for governments to maintain sound and sustainable public finances and to prevent a government deficit becoming excessive is of an essential importance to safeguard the stability of the euro area as a whole, and accordingly requires the introduction of specific rules to address this need, including a balanced budget rule and an automatic mechanism to take corrective action».

¹⁷ Anche se occorre aggiungere che, nel momento delle scelte, non si è fatto ricorso alla sanzione più incisiva e più penetrante, ossia la possibilità per la Corte dei conti di promuovere il giudizio di legittimità costituzionale per le violazioni dell'obbligo di copertura finanziaria, previsto dall'articolo 81 della Carta. Ed è un peccato perché si sarebbe trattato di un importante contrappeso all'impegno, assunto prevalentemente a livello politico, di evitare il ricorso al debito. Peraltro, in una precedente versione del disegno di legge, vi era il riferimento ad una successiva legge costituzionale, da adottare secondo la previsione dell'articolo 137 Cost., tesa a stabilire le modalità e le condizioni, nel rispetto delle quali la Corte dei conti poteva promuovere il giudizio di legittimità costituzionale per la violazione dell'obbligo di copertura finanziaria.

¹⁸ L'attacco speculativo e la diffidenza dei mercati, durante questo frangente di crisi economica, hanno messo in luce che gli Stati in squilibrio fiscale devono, quale precondizione per risolvere la crisi, mettere in ordine i loro conti, sempre che a questo si accompagni però il tentativo di adempiere anche alle altre condizioni per risolvere la crisi, come la realizzazione del fondo salva Stati (ESM), il quale manca ancora di una adeguata dotazione finanziaria, ovvero il ruolo più attivo della Banca centrale nel difendere la stabilità dei mercati finanziari.

Inoltre, approvato il *Fiscal compact*¹⁹, gli Stati sono tenuti a rispondere dinanzi alla Corte di giustizia di eventuali inadempienze all'obbligo di trasformare la *Balanced Budget Rule* in una disposizione di diritto domestico, giacché per giunta, qualora ne ricorrano le condizioni, potrà essere attivata la procedura di inadempimento *ex art. 260 TFUE*, a cui è connessa la potestà sanzionatoria del giudice europeo.

Sotto il profilo della tecnica costituzionale, come insegna l'esperienza statunitense, la scelta di costituzionalizzare implica una sfiducia verso il legislatore ordinario. Spostare ad un livello costituzionale la decisione sull'equilibrio di bilancio è funzionale al tentativo di raggiungere un obiettivo rispetto al quale il governo e il parlamento hanno finora sostanzialmente fallito. Negli Stati Uniti, infatti, la proposta di modificare la Costituzione, prevedendo il bilancio in pareggio, è stata approvata proprio all'indomani del fallimento della riforma di Gramm, Rudman, Holings (*Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act* del 1985), che prevedeva un sistema di tagli automatici, indifferentemente a tutte le spese del bilancio pubblico, il quale doveva portare alla progressiva riduzione del deficit²⁰.

Sotto il profilo politico, tale riforma costituzionale implica l'evidente intenzione di "legare le mani" ai governi di oggi, affinché non scarichino su quelli di domani i costi di politiche di indebitamento troppo gravose. Si tratta di uno degli effetti della crisi, che impone alla politica di fare un passo indietro. In pratica, al fine di non accentuare ulteriormente la dissociazione tra *politics* e *policies*, con la revisione costituzionale si viene a stipulare un patto intergenerazionale – che è un contenuto tipico delle costituzioni moderne – per frenare il più possibile l'uso di una risorsa nel tempo presente in modo da non avere conseguenze pregiudizievoli su coloro che verranno²¹.

¹⁹ Sempre richiamando le premesse al testo dell'Accordo intergovernativo in corso di approvazione, si può leggere come «compliance with the obligation to transpose the “Balanced Budget Rule” into national legal systems through binding and permanent provisions, preferably constitutional, should be subject to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union, in accordance with Article 273 of the Treaty on the Functioning of the European Union», anche perché «Article 260 of the Treaty on the Functioning of the European Union empowers the Court of Justice of the European Union to impose the payment of a lump sum or penalty on a Member State of the European Union having failed to comply with one of its judgments and that the European Commission has established criteria for the determination of the lump sum or penalty to be paid in the framework of that Article».

²⁰ Tale riforma in tema di bilancio e il suo collegamento con la regola costituzionale sono spiegati in R. Perez, *Il bilancio in pareggio: la proposta di emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 476.

²¹ N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *L'amministrazione in cammino*, rivista on line 25 ottobre 2011.

costituzionalizzare l'equilibrio di bilancio

La scelta di costituzionalizzare si spiega anche con il fatto che, come scrive Zagrebelsky, le Costituzioni hanno il dovere di allargare lo sguardo in una nuova dimensione finora ignorata, il «tempo», occupandosi delle «prevaricazioni intergenerazionali»²². Prendendo ad esempio l'enigma dell'isola polinesiana di Pasqua, l'obiettivo è impedire uno «sfruttamento imprevedibile delle risorse, con effetti funesti sulle generazioni a venire». Evitare insomma che ogni generazione si comporti come se fosse l'ultima, «trattando le risorse di cui dispone come sue proprietà esclusive di cui usare e abusare», passando in questo modo da un costituzionalismo dei diritti ad un costituzionalismo dei doveri verso le generazioni future.

Sotto il profilo dell'assetto dello Stato, tale scelta indica un nuovo valore da tutelare, a fianco alla protezione dei diritti civili e sociali. Il costituente individua così un nuovo valore meritevole di tutela, il risultato finanziario dell'equilibrio di bilancio, che deve essere protetto mediante un'operazione di sottrazione dello stesso alle quotidiane controversie politiche, bilanciandolo con altri valori di livello costituzionale e liberandolo dall'intervento manipolativo del legislatore ordinario.

In sostanza, ciò che viene costituzionalizzato non è più un diritto, una libertà, ma un dovere, un impegno a cui si sottopongono i governi di non spendere più di quanto venga incassato, che assurge ad una valenza costituzionale, consistente in una promessa a non ricorrere alle politiche di indebitamento al servizio della politica – la cui forza è data anche dalla distribuzione di quote di spesa, rappresentante uno strumento di potere – tipiche delle politiche finanziarie nazionali.

Sotto il profilo funzionale e dell'impatto che tale regola costituzionale avrà sull'ordinamento, la conseguenza del divieto del ricorso all'indebitamento si riverserà sulle amministrazioni e sui cittadini, costringendo le prime a circoscrivere e contrarre le prestazioni, spesso finanziate in deficit, che spettano ai secondi, in base alle risorse economiche a disposizione. Il diritto alla prestazione diventa in tal senso condizionato all'equilibrio di bilancio. Ciò inciderà in modo particolare sui servizi sociali, sul settore della previdenza e della sanità, giacché come noto buona parte del bilancio è destinato a finanziare la spesa sociale.

La costituzionalizzazione dei doveri comporterà, allora, la trasformazione dei diritti sociali, già garantiti dalla carta fondamentale, in «diritti finanziariamente condizionati e come tali non identificabili con i diritti fon-

²² Le citazioni sono tratte da G. Zagrebelsky, *Nel nome dei figli. Se il diritto ha il dovere di pensare al futuro*, in *la Repubblica*, 2 dicembre 2011, 55.

damentali del cittadino»²³. Difatti, «con il freno al debito e con il necessario equilibrio del bilancio, le prestazioni sociali non potranno più essere incondizionate e fondate sulle richieste del cittadino, ma collegate all'offerta di un servizio erogato, nella misura in cui l'equilibrio, tra costi e ricavi, non venga alterato, con la conseguenza che anche il diritto alla prestazione sarebbe condizionato da tale equilibrio»²⁴.

Se mettiamo perciò in parallelo i vincoli di bilancio con i diritti sociali, dato il forte nesso che passa tra i due, ci rendiamo conto che l'intervento sui primi incide in modo indiretto sui secondi, i quali godono di una posizione costituzionale, per cui è opportuno che entrambi gli interventi, sui primi e sui secondi, trovino luogo proprio in quella carta che regola «la struttura della società statale nel suo insieme e nei suoi molteplici aspetti: politico, economico, etico-sociale»²⁵.

Su questo punto è necessario aggiungere, tuttavia, che la regola che probabilmente entrerà nella Costituzione italiana non è rigida come quella approvata in Germania, che limita il ricorso al debito allo 0,35 per cento del prodotto interno lordo, assicurando viceversa una maggiore flessibilità. Il totale delle spese potrà superare il totale delle entrate, qualora ciò sia previsto da una legge approvata con una maggioranza qualificata.

Dietro tale flessibilità, si cela un timido tentativo di difesa dei diritti, dato che il testo costituzionale, congegnato in tal modo, prevede una finalità da raggiungere, senza contestualmente pietrificare l'azione indicando in modo obbligatorio i mezzi affidati al legislatore ordinario. D'altronde, l'effettività dei diritti dipenderà nel concreto da vicende collegate all'andamento incerto e mutevole dell'economia. Dipenderà dalle politiche di perseguimento dello sviluppo, di difficile previsione, le quali sono a loro volta condizionate nelle possibilità di attuazione da indirizzi di segno diverso, nonché dalle variabili di contesto economico.

In conclusione, la costituzionalizzazione implica la volontà legislativa di assegnare un valore normativo alle leggi dell'economia, a quelle regole macroeconomiche quantitative che vengono così ad influenzare il diritto costituzionale, poiché si trasformano in norme vincolanti che debbono essere rispettate dalle istituzioni di governo²⁶. Si compie, in questo modo, un

²³ F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, 1985, 54.

²⁴ Così in R. Perez, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 99.

²⁵ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 116.

²⁶ G. di Plinio, *Sulla Costituzione economica. Contributo per una teoria degli effetti costituzionali dell'economia*, in *Il Risparmio Review*, 2008, 1 ss., che specifica come in definitiva «ri-

costituzionalizzare l'equilibrio di bilancio

percorso inverso a quello evidenziato da Albert Venn Dicey nella sua opera *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra del XIX secolo*. La direzione non è quella di mostrare come la «legislative public opinion» contemplici istituti, che, pur non facendo formalmente parte del diritto, mutano i rapporti tra Stato ed economia, bensì al contrario quella di includere necessariamente nel testo costituzionale scritto anche tale «mutare dello spirito pubblico»²⁷.

Abstract

The Parliament amended Article 81 of the Italian Constitution to include the golden rule of a balanced budget. The article focuses especially on a particular aspect of that constitutional reform, linked to the different approach that the legislative body has held over time with respect to the issue of Government's role in the Economy. If until now the Parliament did not consider there was a need to incorporate public intervention in the economy in Italian Constitution, why is there now the opposite requirement? What are the reasons that support the need for explicit constitutional constraints? There is the risk to put the national economic policies in "plaster"? To these questions the article tries to give answers.

sulta costituzionalizzato il principio di *condizionamento finanziario* di tutta l'organizzazione e di tutta l'azione dei pubblici poteri, compresa la spesa per *welfare* e diritti, e compresa la loro conformazione legislativa».

²⁷ I termini e i concetti impiegati sono ripresi da un passaggio, *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, cit., 4.

COMMENTI

CORTE DI GIUSTIZIA UE – Grande Sezione – 5 aprile 2011 (causa C-119/09) – *Société fiduciaire nazionale d'expertise comptable*.

In sede di giudizio di interpretazione non spetta alla Corte verificare l'esattezza della valutazione del giudice del rinvio circa la possibilità che una norma vigente nell'ordinamento nazionale costituisca ostacolo alla completa attuazione di una direttiva il cui termine di recepimento non è ancora scaduto compromettendone seriamente il risultato, essendo rimessa siffatta valutazione all'esclusiva competenza del giudice a quo.

L'art. 24, n. 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale la quale vieti totalmente agli esercenti una professione regolamentata, come quella di dottore commercialista-esperto contabile, di effettuare atti di promozione commerciale diretta e ad personam dei propri servizi («démarchage»).

MICHELA CATRICALÀ

LA LIBERALIZZAZIONE DEI SERVIZI PRIVATI NEL MERCATO INTERNO E IL DIVIETO DI DÉMARCHAGE

SOMMARIO: 1. La Corte di Giustizia e il divieto di *démarchage*. – 2. Le lacune della sentenza: il limite dell'interesse generale... – 3. *Segue*. ... e il test di proporzionalità.

1. La Corte di Giustizia e il divieto di *démarchage*

La questione sottoposta all'esame della Corte riguarda la corretta interpretazione dell'art. 24 della direttiva 2006/123/CE¹, in particolare se la

¹ Il processo di approvazione della “direttiva Bolkestein” sulla libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi e sull'armonizzazione della legislazione in un clima di reciproca fiducia fra i Paesi (oggi direttiva 2006/123/CE) è stato molto elaborato e anche interrotto per un lungo periodo in seguito alle polemiche soprattutto di ordine politico di chi vedeva

disposizione abbia inteso abolire per le professioni regolamentate ogni divieto generale di comunicazione commerciale qualunque ne sia la forma oppure se abbia lasciato agli Stati Membri la possibilità di mantenere divieti generali per talune attività, quali il *démarchage*.

Quello specifico divieto è infatti vigente in Francia in virtù dell'art. 12 del codice di deontologia della professione di dottore commercialista approvato con decreto n. 1387/2007. Il governo francese ha emanato il decreto sentito il parere favorevole del *Conseil d'État* ma avverso lo stesso decreto proprio dinnanzi al *Conseil d'État* una società di revisione contabile ha proposto ricorso ritenendolo di ostacolo alla corretta applicazione della direttiva 2006/123. Questa volta il *Conseil d'État* in sede giurisdizionale ha investito della questione pregiudiziale la Corte di Giustizia con ordinanza di rinvio del 4 marzo 2009, ancor prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva fissato al 28 dicembre 2009².

nel documento una pericolosa deriva liberista e addirittura una delle cause di disaffezione dei cittadini nei confronti dell'idea europea, tanto da determinare il fallimento dei referendum francese e olandese sulla Costituzione. Poiché la direttiva si basava sul principio del paese di origine del prestatore dei servizi, principalmente per gli aspetti legali quali diplomi, regolamenti e autorizzazioni particolari, le preoccupazioni di *dumping* sociale e di eccessiva concorrenza da parte dei nuovi Paesi membri trovarono soprattutto in Francia e nei Paesi Bassi terreno fertile. In Francia si mitizzò la figura dell'idraulico polacco, che avrebbe distrutto gli equilibri del mercato nazionale del lavoro. In Svezia si enfatizzò il caso *Vaxholm*. In quello Stato non esiste una legge sul salario minimo, che viene invece concordato dalla libera concertazione tra sindacati e associazioni di datori di lavoro. Per questo motivo una ditta lettone, che aveva vinto un appalto di costruzione nella cittadina di *Vaxholm*, si era ritenuta autorizzata, alla luce della direttiva 96/71/CE, ad applicare il salario vigente nel proprio Paese. Forti erano comunque le preoccupazioni per l'esistenza di zone grigie nella legislazione proposta, che avrebbero portato a una corsa al ribasso delle tutele sociali. Preoccupazioni analoghe erano state espresse per quel che riguarda la tutela dell'ambiente e dei consumatori. Per rispondere a quei diffusi timori è stato approvato un testo di compromesso che elimina del tutto il principio del paese di origine e inserisce molte eccezioni alle regole di completa liberalizzazione. L'idea che si è diffusa a seguito dell'approvazione del testo oggi in vigore, recepito in Italia con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (G.U. del 23 aprile 2010, n. 94), è di attenuazione dei principi di libera concorrenza nei servizi privati del mercato interno. L'idea è stata rafforzata dal declassamento del valore concorrenziale da obiettivo a criterio nella revisione del trattato e ancora di più dalla recentissima crisi finanziaria ed economica, che ha indotto i governi di paesi membri ad adottare misure di protezione certamente non in perfetta sintonia con le regole di mercato e con i principi comunitari sugli aiuti di stato.

Cf. C. Apponi, B. Fuoco, R. Sestini, *La nuova disciplina dei procedimenti autorizzatori dopo la direttiva servizi - Guida all'applicazione del d.lgs. 59/2010*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010.

² La circostanza temporale dà luogo a una questione di ricevibilità del ricorso che il

il divieto di *démarchage*

La Corte si preoccupa di dare una corretta definizione del termine *démarchage* definendolo come atto di promozione commerciale diretta *ad personam* (alla lettera: porta a porta) dei propri servizi professionali. È da notare che l'Avvocato Generale Ján Mazák aveva dato all'oggetto del divieto il significato più rude di «accaparramento di clientela». Lo stesso Avvocato Generale, richiamando per implicito la posizione espressa dal suo collega Léger nelle conclusioni presentate il 10 luglio 2001 nella causa Arduino sulla qualità dei servizi forniti dalle professioni regolamentate³, aveva concluso che l'ordinamento comunitario non contrasta con il divieto di *démarchage*. Ritiene l'Avvocato Generale che l'accaparramento di clientela possa essere inteso come una minaccia per i valori indicati dall'art. 24 n. 2 della direttiva 2006/123 in quanto strumento di pubblicità idoneo a incidere sull'indipendenza degli esperti contabili. L'indipendenza costituisce un principio funzionale che riguarda l'essenza stessa della professione di esperto contabile. Applicando, *mutatis mutandis*, la definizione che la Corte ne ha fornito nella sentenza 9 marzo 2010, *Commissione v. Germania*⁴, l'indipendenza degli esperti contabili può essere intesa come l'esclusione di qualsiasi pressione e qualsiasi altra influenza esterna, diretta o indiretta, che possa mettere in discussione lo svolgimento imparziale del loro compito.

Ad avviso dell'Avvocato Generale il contatto diretto e personale tra un potenziale cliente e un esperto contabile, attraverso il quale quest'ultimo offre i propri servizi, sarebbe idoneo a dar vita a un rapporto di possibile influenza pur dovendosi comunque dimostrare, nel singolo caso concreto, che quel contatto sia stato tale da rendere l'attività del professionista non indipendente.

Sotto questo profilo, il divieto di accaparramento di clientela sancito nei confronti degli esperti contabili è ritenuto dall'Avvocato Generale un

giudice europeo risolve con la semplice considerazione che spetta all'organo giurisdizionale del rinvio, valutare se le norme nazionali sospette di non conformità siano idonee a compromettere il risultato prescritto dalla direttiva. In senso conforme cfr. CGUE sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, Racc. I-7411, punti 46, 47.

Tra l'altro, osserva la Corte, se un giudice nazionale ritiene rilevante per la propria decisione la questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione si presume la correttezza di quella valutazione.

Si citano in senso conforme le sentenze 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, Racc. I-9641, punto 67; 7 ottobre 2010, causa C-515/08, *dos Santos Palhota e a.*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 20, nonché 12 ottobre 2010, causa C-45/09, *Rosenblatt*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 33.

³ Sentenza 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Racc. I-1529, punto 112.

⁴ Causa C-518/07 (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 30).

contributo alla prevenzione di rischi di attentato al corretto esercizio della professione.

In senso sostanzialmente analogo si è espresso in giudizio il Governo francese.

La Corte sembra non tenere in grande considerazione la prospettazione del rischio di limitazione dell'indipendenza e segue un ragionamento quasi integralmente basato sulla lettera della direttiva.

Sostiene il Giudice europeo che, al fine di decidere se la normativa nazionale controversa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 24 della direttiva in parola, occorre anzitutto stabilire se il *démarchage* configuri una comunicazione commerciale.

La nozione di «comunicazione commerciale» è definita all'art. 4, punto 12, della direttiva 2006/123 come comprensiva di qualsiasi forma di comunicazione destinata a promuovere, direttamente o indirettamente, i beni, i servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che svolge un'attività commerciale, industriale, artigianale o che esercita una professione regolamentata.

Di conseguenza, come anche sostenuto dal Governo olandese intervenuto nel giudizio, la comunicazione commerciale comprende non soltanto la pubblicità classica, ma anche altre forme di comunicazione e di informazione destinate all'acquisizione di nuovi clienti.

Per quanto riguarda la nozione di *démarchage*, la Corte premette che né la direttiva 2006/123 né alcun altro atto normativo dell'Unione contengono una definizione della nozione, la cui portata può variare negli ordinamenti giuridici dei diversi Stati membri. Vale quindi il testo dell'art. 12 - I del codice di deontologia in questione: nel caso di specie il *démarchage* sarebbe l'atto con cui un dottore commercialista/esperto contabile prende contatto con un terzo, che non l'abbia richiesto, al fine di proporgli i propri servizi e quindi null'altro che un modo di presentarsi.

La Corte, in sintesi, sposa l'interpretazione sostenuta dalla Commissione, che lo qualifica come *marketing* diretto compreso nella nozione di «comunicazione commerciale», ai sensi degli artt. 4, punto 12, e 24 della direttiva 2006/123.

Ritiene quindi di dover solo valutare se il divieto di *démarchage* possa essere considerato un divieto assoluto in materia di comunicazioni commerciali ai sensi dell'art. 24, n. 1, di tale direttiva.

E siccome il divieto di *démarchage*, quale previsto dal citato art. 12-I, è concepito in modo ampio e comprende la proibizione di tutti i mezzi di comunicazione che consentono l'attuazione di questa forma di comunicazione commerciale lo ritiene proibito dall'art. 24, n. 1, della direttiva

2006/123, in quanto può ledere i professionisti provenienti da altri Stati membri, privandoli di un mezzo efficace di penetrazione del mercato nazionale dei servizi transfrontalieri.

2. Le lacune della sentenza: il limite dell'interesse generale...

Nulla da obiettare sul rigore logico della stringata motivazione della Corte. Ma una questione di carattere decisivo ai fini della corretta interpretazione sembra non essere stata approfondita a sufficienza. Tutte le parti in causa si erano dichiarate ben consapevoli del fatto che il divieto di *démarchage* di per sé costituisca un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Questo può valere anche per altre regole professionali volte a salvaguardare l'indipendenza, la dignità e l'integrità delle professioni regolamentate, nonché il segreto professionale. Per tale motivo, l'art. 24, n. 2, della direttiva 2006/123 impone che le regole professionali di cui trattasi siano giustificate da motivi imperativi di interesse generale e siano proporzionate. Si tratta dei due requisiti costantemente connessi con la giustificazione di ostacoli alle libertà fondamentali del mercato interno.

Esaminiamo il primo di essi: difficilmente può disconoscersi che la tutela dell'indipendenza della professione regolamentata possa in astratto rientrare tra i motivi imperativi di interesse generale ai sensi dell'art. 24, n. 2, della direttiva 2006/123 che giustificano l'imposizione delle regole deontologiche⁵. Né potrebbe negarsi che la citata disposizione rappresenti una *lex specialis* rispetto alla regola sancita dall'art. 16, n. 1, lett. b), della direttiva stessa; sicché ai fini della disciplina del contenuto e delle modalità delle comunicazioni commerciali delle professioni regolamentate, proprio perché sono ammessi motivi imperativi di interesse generale che giustificano re-

⁵ Sulla natura giuridica delle regole deontologiche cfr. per tutti Santi Romano, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, Giuffrè, 1953, g. 24; M.S. Gianini, voce *Autonomia pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1959, 356 s.; G. Zanobini, *Autonomia pubblica e privata*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Vol. IV, Padova, Cedam, 1950, 181 s. In Italia la dottrina ha affermato che l'ordinamento statale è espressione di scelte ideologiche, politiche e morali che tendono a dare una forma organizzata all'intera società cui si rivolge e per questa ragione vengono stabiliti le graduazioni, le compatibilità e i limiti di realizzabilità nei confronti dei tanti non omogenei e, spesso, contraddittori interessi che i singoli componenti il corpo sociale perseguono e, dunque, nei confronti delle attività individuali o di gruppo che se ne fanno portatrici (in tal senso G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1993, 82 s.).

strizioni al principio di libertà, occorre valutare in concreto se nella fattispecie quelle ragioni ricorressero.

Ciò soprattutto in considerazione del fatto che in giudizio più parti avevano sostenuto che la misura, sospetta di contrarietà al Trattato, fosse necessaria per la realizzazione dei legittimi obiettivi perseguiti dalla direttiva.

In Italia il requisito dell'interesse generale delle deroghe ai principi di libera concorrenza è stato assunto a base di diverse pronunce da parte dei nostri giudici per giustificare provvedimenti sanzionatori emessi nei confronti di professionisti ritenuti responsabili di accaparramento della clientela⁶.

Anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nelle proprie segnalazioni⁷ e nella propria indagine conoscitiva sui codici deontologici delle professioni regolamentate⁸ fa riferimento alla possibilità di deroghe alla libertà di concorrenza se necessarie al fine di tutelare altri valori costituzionali.

Laddove le limitazioni sono sembrate non giustificate l'Antitrust ha avviato istruttorie⁹ o è intervenuta con segnalazioni o attività di *moral suasion*¹⁰.

⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2008, n. 7274, Mass. Giur. It. 2008; Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2008, n. 9878, in *Fisco on line*, 2008, Rep. Leggi d'Italia 2008. Tutte nel senso che l'accaparramento della clientela per mezzo della pubblicità o attraverso una politica di sconti sistematici sia da considerare disdicevole perché lesiva del decoro professionale. In senso parzialmente diverso cfr. TAR Emilia Romagna Bologna, sez. II, 12 gennaio 2010, n. 16, in *Rep. Leggi d'Italia*, 2010, che ritiene legittima la pubblicità informativa dell'attività medica svolta anche in forma associata.

⁷ Segnalazione AS602 – Riforma della professione forense del 18 settembre 2009, in Bollettino AGCM n. 35/09.

⁸ Indagine conoscitiva IC34 riguardante il settore degli ordini professionali, chiusa il 15 gennaio 2009, reperibile sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it/indagini-conoscitive-db.html) all'indirizzo <http://www.agcm.it/indagini-conoscitive-db.html>.

⁹ Si è chiusa con l'accettazione dell'impegno a modificare il codice deontologico da parte dell'ordine dei medici e veterinari di Torino un'istruttoria per intesa restrittiva della concorrenza. Il risultato è stato di ampliare per quei professionisti la possibilità di fare pubblicità informativa. Nei confronti dell'ordine dei medici e odontoiatri di Bolzano analoga istruttoria si è chiusa nel 2009 con l'accertamento della restrittività ingiustificata dei limiti posti ai dentisti di pubblicare i propri prezzi sul sito di un'associazione di consumatori.

¹⁰ La *moral suasion* è stata esercitata nei confronti dei consigli notarili di Padova e Venezia che avevano censurato la pubblicità professionale in distretti diversi da quelli di appartenenza del notaio. Una segnalazione è stata invece inviata in merito a un procedimento disciplinare dell'ordine degli avvocati di Modena per le modalità di pubblicizzazione dei metodi di pagamento praticati da uno studio legale del luogo.

il divieto di *démarchage*

Su questo primo punto il Collegio non spende molte parole: in concreto sembra ammettere l'esistenza del requisito, dandolo quasi per scontato senza dar conto dell'importanza dei valori che la deroga intende tutelare. Un approfondimento sarebbe stato opportuno anche per accertare o negare in piena consapevolezza l'esistenza del secondo requisito.

3. *Segue. ... e il test di proporzionalità*

Il tema della derogabilità per motivi di interesse generale è complementare a quello della proporzionalità; tanto più una deroga è necessaria per la difesa di valori essenziali, tanto meno rigoroso diventa il giudizio di proporzionalità.

Si tratta di un argomento che ha avuto in Italia la sua più completa e sistematica elaborazione nella ben nota opera di Aldo Sandulli¹¹, nella cui disamina, tuttora attuale, si ricercano le origini del principio nel diritto comunitario e negli ordinamenti nazionali europei più simili al nostro¹².

La stessa Corte di Giustizia nel caso *Alrosa*¹³ ha configurato il criterio come principio generale del diritto dell'Unione costituente parametro per la valutazione di qualsiasi atto delle Istituzioni, incluse le decisioni della Commissione.

Di recente la V sezione della Corte di Giustizia¹⁴ ha ritenuto legittimo il divieto contenuto nell'ordinamento italiano d'iscrizione all'albo degli avvocati per dipendenti pubblici o privati con un *part time* superiore al 50%, avendo considerato che la restrizione non eccedeva quanto necessario per conseguire l'obiettivo di prevenzione dei conflitti di interesse.

Non si vuole qui sostenere che un esame più approfondito della proporzionalità del divieto di *démarchage* avrebbe condotto a una conclusione di sua compatibilità con l'ordinamento comunitario. Basti pensare, solo per fare un esempio, a come nel 2001 la Corte di Giustizia della Comunità Eu-

¹¹ A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998.

¹² Cfr. soprattutto nell'opera ult. citata la nota 34 per la dottrina tedesca; le note 37 e 176 per gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e per gli orientamenti dottrinari di commento; per la dottrina francese cfr. note 44, 82 e 83; per altre rassegne giurisprudenziali e commenti nel diritto comunitario cfr. nota 188.

¹³ CGUE, Grande Sezione, 29 giugno 2010, causa C-441/07, *Commissione c. Alrosa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2011, 250.

¹⁴ CGUE, sez. V, 2 dicembre 2010, causa C-225/09, Pres. Levits, Rel. Ilešić, Avv. Gen. Jääskinen, *Jakubowska c. Maneggia*.

ropea¹⁵ abbia ritenuto privi di fondamento tutti i motivi in virtù dei quali il Governo italiano ha impugnato la decisione della Commissione che vietava alla Repubblica italiana di applicare le regole di ripartizione del traffico aereo del sistema aeroportuale di Milano definite con decreti ministeriali che prevedevano il trasferimento di una parte del traffico aereo da Linate a Malpensa. La Corte in quell'occasione ha ritenuto che le disposizioni di trasferimento non superassero il giudizio di proporzionalità anche sotto il profilo dell'efficienza economica e finanziaria delle scelte operate, mentre i fini di valorizzazione di Malpensa si sarebbero potuti comunque conseguire con misure diverse meno invasive.

È noto infatti che il giudizio di proporzionalità comprende la verifica dell'idoneità e della necessità della scelta operata, la sua adeguatezza e il rispetto dell'obbligo di valutazione delle alternative¹⁶.

Probabilmente il divieto contestato dalla Corte avrebbe superato solo il primo di quei *test*. Un divieto troppo generale e immotivato può ritenersi idoneo rispetto al fine che si vuole perseguire, ma anche sovradimensionato, quindi non necessario nella sua ampiezza e non adeguato. Alternative si sarebbero potute conseguire con successo: ad esempio il codice avrebbe potuto vietare l'accaparramento di clientela effettuato con modalità non decorose oppure in forma tale da mettere a rischio l'indipendenza del professionista o il suo prestigio. Sarebbe stato certamente più appropriato declinare qualche esempio di *démarchage* vietato e fare riferimento a comportamenti analoghi. Certo non spetta alla Corte fornire indicazioni precise su come debba essere confezionato un codice etico e probabilmente i giudici europei hanno considerato implicite le osservazioni che precedono. Tuttavia, l'estrema sintesi con la quale è stata risolta una questione di dignità di una professione liberale lascia perplessi, soprattutto per la sensibilità mostrata da alcune giurisdizioni nazionali verso il tema.

In Italia, ad esempio, il fine di accaparramento di clientela ha fatto ritenere illecite o deontologicamente scorrette varie forme di comportamento professionale. Basti richiamare la terza sezione della Cassazione che nel 2010 ha ritenuto contraria ai principi deontologici l'attività di un professionista che utilizzava il nome di un vecchio studio e si avvaleva del-

¹⁵ Sentenza 18 gennaio 2001, C-361/98, *Gov. Italia c. Commissione CE*, in *Foro it.* 2002, n. 4, 437.

¹⁶ Cfr. A. Sandulli, *op. cit.*, 359 e ss. del contenuto del principio e della sua declinazione si sono occupati molti autori. Cfr. per tutti S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, Giuffrè, 2008.

il divieto di *démarchage*

l'opera di un procacciatore di clienti¹⁷ e le Sezioni Unite che nel 2005¹⁸ hanno giudicato illecito non solo l'accaparramento effettivo di clientela, ma addirittura il semplice tentativo: nel caso di specie il professionista si era rivolto per acquisire nuovi clienti ad agenzie, che non avevano posto in essere azioni utili al fine. Si è infatti sostenuto che l'accaparramento di affari sia un illecito di pericolo e non di danno, in quanto contrario ai principi di correttezza professionale. Nella fattispecie i giudici hanno ritenuto che la condotta del professionista concretizzasse anche una forma di concorrenza sleale e *ratione materiae* gli interessi tutelati impongono di abbassare la soglia della tutela¹⁹; sicché si deve intervenire contro una condotta di per sé illecita a prescindere dagli effetti.

Ancora le Sezioni Unite²⁰ hanno ritenuto che costituisca accaparramento vietato di clientela l'attività dell'avvocato che stabilisce un recapito professionale presso un'agenzia di infortunistica stradale.

Per quanto riguarda l'accaparramento mediante artificiosa riduzione dei prezzi, vanno ricordate anche la III e la I sezione della Cassazione che, nel 2008 e nel 1983²¹, hanno ritenuto che il *dumping* interno costituisca una pratica comunque scorretta dal punto di vista professionale integrando un'ipotesi di concorrenza sleale. Principio che è stato ribadito dalla sez. III nel 1991²², in virtù della quale anche la consulenza gratuita da parte del professionista può legittimare l'irrogazione delle sanzioni previste per l'accaparramento di clientela. Unica eccezione ammessa dalla Cassazione, sez. II²³, è il caso di una prestazione gratuita ispirata da un intento di liberalità derivante comunque da motivi meritevoli di tutela che escludano di per sé ogni "secondo fine".

Le Sezioni Unite nel 2000²⁴ hanno giudicato legittima la sanzione dell'avvertimento all'avvocato che aveva chiesto ad alcuni enti locali di conoscere i nominativi dei dipendenti interessati all'applicazione di un principio

¹⁷ Cass. civ., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 3, in *Giust. Civ. Mass.* 2005, 1.

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 20 maggio 2005, n. 10601, in *Giust. Civ. Mass.* 2005, 7/8.

¹⁹ Cfr. per tutte in senso conforme Cass. civ., sez. un., 23 novembre 1995, n. 12103, in *Giust. Civ. Mass.* 1995, fasc. 11.

²⁰ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2005, n. 309, in *Giust. Civ.* 2005, 5, I, 1193.

²¹ Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2008, n. 9878, in *Fisco on line* 2008; Cass. civ., sez. I, 21 aprile 1983, n. 2743, in *Foro it.* 1983, I, 1864. Cfr. ancora in senso conforme Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2008, n. 7274, in *Notariato*, 2008, 4, 373 con nota di Fimmanò.

²² Cass. civ., sez. III, 29 novembre 1991, n. 12883, in *Giust. Civ. Mass.* 1991, fasc. 11.

²³ Cass. civ., sez. II, 1° dicembre 1995, n. 12421, in *Giust. Civ. Mass.* 1995, fasc. 12.

²⁴ Cass. civ., sez. un., 10 agosto 2000, n. 566, in *Giust. Civ. Mass.* 2000, 1474.

affermatosi in sede giurisprudenziale in materia di premio di servizio: un'attività, dunque, solo prodromica rispetto a quella tipica dell'accaparramento.

La Cassazione penale nel 2005²⁵ ha considerato la sussistenza del requisito della cd. doppia ingiustizia per la configurabilità del reato di abuso d'ufficio contestato a un ufficiale di polizia giudiziaria che aveva avviato numerosi soggetti con i quali era entrato in contatto per ragioni del suo ufficio a uno studio legale, così procurando vantaggi a un professionista in violazione del divieto di accaparramento.

Ancora più severa è la giurisprudenza del Consiglio nazionale forense²⁶ che addirittura ha considerato come accaparramento una serie di interviste alla stampa rese con toni enfaticanti le capacità e le tecniche processuali del difensore. Lo stesso Consiglio ha ritenuto illecito disciplinare l'ospitalità gratuita concessa da un professionista nel proprio studio a una sede del Codacons²⁷ e ha sanzionato con l'avvertimento l'avvocato in cerca di continui contatti con i mass media al solo fine di ottenere pubblicità personale²⁸.

Il requisito dell'indipendenza che i codici etici intendono tutelare è particolarmente importante in quasi tutte le professioni regolamentate. Certamente l'avvocato deve avere libertà di scelta sul miglior modo di difendere il cliente, il notaio sul tipo di atto da rogare, l'ingegnere e l'architetto sui calcoli per la stabilità dell'opera. Indipendente deve essere anche il giudizio del revisore contabile soprattutto per la rilevanza esterna che la sua valutazione può assumere. Si può quindi comprendere la preoccupazione dell'ordine dei commercialisti francesi rispetto al rischio che il *démarchage* comprometta la soddisfazione di un'esigenza comunque considerata dall'ordinamento europeo come valore da tutelare anche in deroga ad altri principi.

Nella fattispecie il giudizio che si richiedeva alla Corte non era la comparazione tra libertà di competizione e indipendenza dei professionisti al fine di stabilire quale debba prevalere. Il nodo da sciogliere consisteva nella valutazione della proporzionalità di un divieto generale di *démarchage* in qualsiasi forma rispetto al fine liberalizzatore della direttiva. Si sarebbe forse giunti alla medesima conclusione cui giunge la Corte: così generalizzato il divieto osta all'applicazione della direttiva perché nella sua formulazione non risponde, come già evidenziato, al criterio di proporzionalità. Nel

²⁵ Cass. pen., sez. VI, 6 luglio 2005, n. 36592, in *Riv. Pen.* 2006, 1, 55.

²⁶ Cons. nazionale forense, 30 ottobre 1996, in *Rass. Forense* 1997, 552.

²⁷ Cons. nazionale forense, 8 marzo 2001, in *Rass. Forense* 2001, 736.

²⁸ Cons. nazionale forense, 28 dicembre 2005, n. 233, in *Rass. Forense* 2007, 1, 376.

il divieto di *démarchage*

rapporto tra cliente e professionista se è quest'ultimo a muovere il primo passo non necessariamente perderà di decoro o di autonomia tecnica e di giudizio. La motivazione della sentenza però sarebbe risultata più convincente.

Abstract

The European Court of Justice has ruled that the current French ban on professional canvassing pursuant to article 12 of the qualified accountants' code of professional conduct is an obstacle to the proper enforcement of the Directive on services in the internal market, 2006/123/EC, by preventing fair competition between individual professionals.

In the commentary the question is asked as to whether the grounds underlying the ruling took adequate account of the existence of requirements to justify imposing particularly severe professional rules, such as the existence of compelling reasons in the public interest, and the proportionality of the restrictions placed on fundamental freedoms in the internal market.

The commentary concludes that the prohibition challenged by the Court probably only passed the first of these tests.

La disciplina delle Autorità d'ambito territoriale ottimale rientra nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, di competenza legislativa esclusiva statale: infatti, attraverso l'individuazione di un'unica Autorità d'ambito, si consegue la razionalizzazione del mercato e, grazie all'allocazione ad esse delle competenze sulla gestione, si razionalizza l'uso delle risorse e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della "biosfera" intesa «come "sistema" [...] nel suo aspetto dinamico». Lo Stato ha, pertanto, piena facoltà di disporre – come ha fatto con la norma impugnata – la soppressione delle Autorità d'ambito. La stessa norma censurata, tuttavia, nel prevedere che «le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza», riserva al legislatore regionale un'ampia sfera di discrezionalità, consentendogli di scegliere i moduli organizzativi più adeguati a garantire l'efficienza del servizio idrico integrato e del servizio di gestione ugualmente integrato dei rifiuti urbani, nonché forme di cooperazione fra i diversi enti territoriali interessati.

FEDERICO CAPORALE

LA SOPPRESSIONE DELLE AUTORITÀ D'AMBITO
E LA CONSULTA: LE PROSPETTIVE
NELLA REGOLAZIONE LOCALE DEI SERVIZI IDRICI

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale n. 128/2011 e la soppressione delle Autorità d'ambito. – 2. Brevi nozioni sulle Autorità d'ambito. – 2.1. La competenza geografica delle Autorità d'ambito. – 2.2. La competenza funzionale delle Autorità d'ambito. – 2.3. Autorità di regolazione nazionale e locale: un caso di tragedia degli anticomuni. – 3. La soppressione delle Autorità d'ambito: tra contenimento della spesa e (non) riforma dei servizi idrici. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 128/2011 e la soppressione delle Autorità d'ambito

Con la sentenza n. 128 del 2011, la Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sulla disciplina dei servizi idrici, precisandone il riparto di competenze tra Stato e regioni nella loro organizzazione e gestione.

Il giudizio costituzionale ha avuto ad oggetto l'art. 1, c. 1 *quinquies*, del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, nella parte in cui, al fine di ridurre la spesa pubblica, la norma in parola disponeva la soppressione delle Autorità d'ambito Territoriale Ottimale (d'ora in avanti, Autorità d'ambito) e la nullità degli atti da esse compiuti, decorso il termine perentorio assegnato alle regioni per adeguare la propria normativa¹.

La Corte costituzionale è stata adita a seguito di ricorso proposto dalla Regione Veneto, con il quale si lamentava la violazione degli artt. 97, 117, 118 e 119 Cost.

In primo luogo, la ricorrente riteneva che la norma citata, rubricata «Interventi urgenti sul contenimento delle spese negli enti locali» e che modificava l'art. 2, l. n. 191/2009 (c.d. Legge Finanziaria per il 2010), dovesse considerarsi ascrivibile alla materia del coordinamento della finanza pubblica (esplicitamente escludendo che essa afferisse invece alle materie di tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza), nell'ambito della quale la competenza statale dovrebbe limitarsi al potere di dettare principi fondamentali e non a decidere in luogo delle regioni quali voci di spesa debbano esser comprese, come avvenuto nel caso di specie.

In secondo luogo, la disposizione veniva censurata perché ritenuta lesiva della competenza legislativa residuale regionale in tema di servizio idrico e delle forme di cooperazione degli enti locali, nonché del «potere regionale di allocare le funzioni amministrative nelle materie regionali»².

In terzo luogo, la ricorrente impugnava la norma, ritenendo che la soppressione delle Autorità d'ambito privasse le regioni di un modulo organizzativo efficace, minando l'efficiente gestione dei servizi idrici e contravvenendo, dunque, al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione. Peraltro, l'assenza di una disciplina transitoria ed il termine perentorio fissato per la validità degli atti delle Autorità d'ambito

¹ Mette conto precisare che il termine per l'adeguamento della normativa regionale, più volte prorogato, è oggi fissato in data 31 dicembre 2012, ex art. 13, c. 2, l. n. 216/2012.

² Cfr. C. cost., 13 aprile 2011, n. 128, ritenuto in fatto § 1.3.

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

avrebbero aggravato le conseguenze della predetta disposizione, giacché si sarebbe corso il rischio di una grave lacuna normativa in caso di inadempienza delle amministrazioni regionali, inficiando la gestione dei servizi idrici tanto a discapito delle società affidatarie che dell'utenza. La regione osservava, altresì, che l'abolizione delle Autorità d'ambito, giustificata dall'esigenza di un risparmio di spese, non poggiava in realtà su «alcuna base seria di analisi»³, poiché non sopprimeva le funzioni di gestione (ed i relativi costi), ma disponeva semplicemente una rimodulazione coatta del modello gestionale.

Tale ultima argomentazione svela i timori, fondati, della ricorrente: l'impossibilità, a seguito della entrata in vigore della predetta normativa, di proseguire nella utilizzazione delle vecchie forme di cooperazione, anche qualora il loro operato fosse stato, incontestabilmente, efficace ed efficiente.

La Presidenza del Consiglio esponeva, al contrario, che la soppressione delle Autorità d'ambito dovesse considerarsi di pertinenza statale quale logica conseguenza del potere di istituirle; che la disciplina dei servizi idrici afferisse alla competenza esclusiva statale (essendo compresa all'interno delle nozioni di funzioni fondamentali degli enti locali, tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza e determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, con prevalenza rispetto alla materia del coordinamento della finanza pubblica), poiché ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, la qualificazione legislativa non consentiva di attribuire alle norme una natura diversa da quella risultante dalla loro oggettiva sostanza; che la norma, anche qualora fosse ritenuta ascrivibile alla materia del coordinamento della finanza pubblica, manteneva in capo alle regioni un ruolo fondamentale sul piano della organizzazione dei servizi idrici e di gestione dei rifiuti.

La Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima la predetta normativa, dichiarando non fondate le censure della Regione Veneto relative al riparto di competenze legislative e inammissibile quella inerente al buon andamento della pubblica amministrazione⁴.

La Consulta ha peraltro accolto, in via di fatto, le doglianze della difesa

³ Cfr. C. cost., 13 aprile 2011, n. 128, ritenuto in fatto § 1.4.

⁴ La inammissibilità di tale ultima doglianza consegue, secondo una pacifica e consolidata giurisprudenza costituzionale, a un difetto di legittimazione della regione, che può censurare le leggi dello Stato solo in base a parametri relativi al riparto delle competenze legislative, fra i quali non rientra, evidentemente, la lamentata violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione. Sul punto, cfr. *ex plurimis* C. cost., n. 33/2011; C. cost., n. 156/2010; C. cost., n. 52/2010; C. cost., n. 40/2010; C. cost., n. 237/2009; C. cost., n. 107/2009; C. cost., n. 289/2008; C. cost., n. 216/2008.

regionale, ribadendo, da un lato, che la disciplina delle Autorità d'ambito rientra nelle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, di competenza legislativa esclusiva statale⁵, e confermando, dall'altro, un'ampia sfera di discrezionalità al legislatore regionale nella scelta del modulo organizzativo del servizio idrico⁶.

L'individuazione di una unica Autorità per ciascun Ambito Territoriale Ottimale (ATO) consente, in ragione delle funzioni ad essa delegate, la razionalizzazione del mercato, dell'uso delle risorse naturali, dell'interazione e degli equilibri fra le diverse componenti della biosfera, risultando afferente alla tutela della concorrenza e dell'ambiente⁷. Lo Stato, secondo i giudici costituzionali, ha dunque piena facoltà di disporre la soppressione delle Autorità d'ambito, ma le regioni possono scegliere i moduli organizzativi – e le forme di gestione tra i diversi enti locali – maggiormente idonei a garantire l'efficienza del servizio idrico integrato.

Da ciò può dunque desumersi, per le regioni, la possibilità di sostituire le abrogate Autorità d'ambito con modelli organizzativi similari, tanto sotto il punto di vista delle funzioni ad essi assegnate, che sotto l'aspetto dell'area territoriale di loro competenza.

Prima di proseguire nel commento della sentenza, è d'uopo proporre qualche considerazione sulla inclusione del potere di soppressione delle Autorità d'ambito nelle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente. Da un punto di vista astratto, infatti, non v'è dubbio che alcune delle competenze di cui esse erano titolari, ad esempio la redazione del piano d'ambito e la determinazione della tariffa, costituiscano momenti di estrema importanza nella definizione delle politiche ambientali e nella promozione della concorrenza a livello locale.

Tuttavia, le imprecisioni che caratterizzano la norma oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, e, principalmente, l'assenza di disposizioni specifiche nel caso di mancato adempimento, da parte delle regioni, delle prescrizioni statali entro i termini perentori previsti dalla l. n. 42/2010, possono rivelarsi, all'opposto, un pericolo per la protezione degli interessi ambientali e per la organizzazione dei servizi idrici. Esse hanno prodotto, infatti, una «incertezza nel quadro giuridico di riferimento» che ha ostacolato i procedimenti di finanziamento in corso⁸ e potrebbe prevedibilmente de-

⁵ Cfr. C. cost., n. 246/2009. Sul riparto di competenze legislative in riferimento ad altre attività di regolazione dei servizi idrici, cfr. C. cost., n. 142/2010; n. 29/2010.

⁶ Cfr. C. cost., n. 128/2011, considerato in diritto, § 2.

⁷ Cfr. C. cost., n. 128/2011, considerato in diritto, § 2.

⁸ In questo senso, cfr. Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Re-*

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

terminare la riduzione del numero degli operatori economici interessati alla gestione dei servizi idrici⁹.

Ciò porta a concludere che la norma in parola, nelle more della sua attuazione da parte delle singole regioni, abbia conseguito l'effetto di diminuire la efficacia dell'azione regolatoria locale a "tutela della concorrenza".

Tali considerazioni possono essere solo parzialmente superate dalla osservazione, più pratica che teorica, invero, che il legislatore ha più volte prorogato i termini previsti e, almeno sino al 31 dicembre 2012, ha consentito alle regioni ritardatarie di mantenere in vigore il precedente assetto regolatorio¹⁰. Anzi, all'opposto, la prassi delle proroghe sistematiche è censurabile per due ordini di ragioni: in primo luogo poiché, così facendo, il legislatore ha semplicemente dilatato le previsioni transitorie, senza offrire quella stabilità normativa necessaria per poter pianificare gli ingenti investimenti e le complesse attività di ristrutturazione delle reti di cui abbisognano, in molte realtà locali, i servizi idrici; in secondo luogo, perché, perdonando i ritardi delle amministrazioni locali, ha negato in radice gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica posti a fondamento del provvedimento.

Il ricorso allo strumento della proroga appare, peraltro, ancor più deleterio, dal momento che sono stati dissipati i dubbi circa l'ammissibilità dell'esercizio del potere sostitutivo statale in caso di ulteriore inerzia del legislatore regionale.

Facoltà, questa, esplicitamente ammessa dal d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 27/2012¹¹, ma cui si poteva giungere già in via interpretativa, secondo quanto disposto dall'art. 120 Cost.

Le funzioni precedentemente svolte dalle Autorità d'ambito soddisfano, infatti, la tutela di livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti sociali della persona, come dimostrano una congerie di compiti ad esse at-

lazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici, Roma 22 luglio 2010, 50, ove si sottolinea: «La norma ha notevolmente accentuato l'incertezza del quadro giuridico di riferimento, ostacolando anche alcuni procedimenti di finanziamento in corso».

⁹ Innumerevoli gli studi relativi agli effetti economici di "cattive" regole. Con specifico riferimento ai servizi idrici ed al rischio regolatorio percepito dalle società private, cfr. L. Anwandter, P. Rubino, *Rischi, incertezze e conflitti di interesse nel settore idrico italiano: analisi e proposte di riforma*, in *Materiali Uval*, 2006, n. 10, 31 ss.; R. Posner, *The economics structure of the law*, Cheltenham (Uk)/Northampton (Ma, USA), Edwar Elgar Publishing, 2000; e M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma, Laterza, 2002. Da ultimo si veda anche M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2012.

¹⁰ Cfr. art. 13, c. 2, l. n. 216/2011; Precedenti proroghe erano state disposte dall'art. 1, d.l. n. 225/2010 e dal d.P.C.M. 25 marzo 2011, n. 51902.

¹¹ Cfr. art. 25, c. 1, d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 27/2012.

tribuiti, fra i quali, ad esempio, la redazione e l'aggiornamento del piano d'ambito e la potestà sanzionatoria nei confronti del gestore, in caso di mancato raggiungimento dei livelli minimi di servizio¹².

Alla medesima conclusione si può pervenire, del resto, rileggendo una risalente sentenza della Corte costituzionale, che, per l'autorità del suo redattore – Giovanni Cassandro – e la qualità della sua forma espressiva, costituisce una delle più belle pagine moderne in materia di acque. In essa, ancora di grande attualità nonostante lo scorrere del tempo ed il mutare delle sensibilità sociali, delle realtà economiche e dei riferimenti normativi, anche costituzionali, si osserva come la pianificazione della gestione delle acque – in quel caso si trattava della rete acquedottistica – assicuri i rifornimenti idrici agli abitanti della Repubblica, garantendone, dunque, la soddisfazione di un bisogno primario e fondamentale¹³.

Nel corso del presente commento, pertanto, si approfondiranno la natura, le funzioni e l'evoluzione storica delle Autorità d'ambito dei servizi idrici – tralasciando la materia dei rifiuti urbani, che pare esser stata tenuta in minor considerazione nelle argomentazioni della ricorrente e della Corte costituzionale – al fine di offrire alcune notazioni critiche conclusive sulla decisione in commento.

2. Brevi nozioni sulle Autorità d'ambito

Le Autorità d'ambito erano le forme legislativamente previste per l'esercizio in via coordinata delle funzioni di regolazione, programmazione ed organizzazione dei servizi idrici, nonché di controllo e sanzione delle società fornitrici.

Esse erano, infatti, la struttura associativa cui partecipavano obbligatoriamente i comuni con popolazione superiore ai mille abitanti compresi nell'estensione dell'ATO di riferimento; avevano il compito di redigere ed aggiornare il piano d'ambito¹⁴, svolgere le procedure di affidamento della gestione del servizio idrico integrato¹⁵, predisporre la convenzione di gestione¹⁶ e verificare l'adempimento agli obblighi ivi stabiliti, provvedendo a svolgere le opportune attività ispettive e a comminare le relative sanzioni¹⁷.

¹² Cfr. art. 149, 151 lett. o), e 152, d.lgs. n. 152/2006.

¹³ Cfr. C. cost., n. 4/1964, considerato in diritto, § 1.

¹⁴ Cfr. art. 149, d.lgs. n. 152/2006.

¹⁵ Cfr. art. 150, d.lgs. n. 152/2006.

¹⁶ Cfr. art. 151, d.lgs. n. 152/2006.

¹⁷ Cfr. art. 152, d.lgs. n. 152/2006.

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

Al fine di meglio comprendere la portata dell'intervento normativo e della successiva sentenza, pare opportuno analizzare le Autorità d'ambito, con riguardo a tre differenti profili: un primo, di carattere geografico, connesso alle peculiari caratteristiche dei servizi idrici; un secondo, inerente alle funzioni, economiche ed ambientali, ad esse assegnate; un terzo, relativo al coordinamento della loro attività con gli organismi regionali e con i soggetti statali cui compete la regolazione dei servizi idrici.

2.1. La competenza geografica delle Autorità d'ambito

L'ATO è stato l'istituto attraverso cui il legislatore, con la l. n. 36/1994, ha inteso innovare l'organizzazione e gestione del servizio idrico italiano. Una corretta delimitazione delle sue dimensioni, come chiaramente e da più parti ribadito, è, infatti, la basilare condizione per l'efficacia ed efficienza del servizio¹⁸.

Al fine di superare la caotica (e diseconomica) frammentarietà delle precedenti gestioni¹⁹, si intendeva trasferire le funzioni organizzative dei servizi idrici dal livello comunale ad uno sovracomunale, caratterizzato da una certa omogeneità degli indici geografici ed economici, in modo da realizzare pienamente il principio costituzionale di adeguatezza²⁰.

¹⁸ Cfr. *ex multis*, A. Giolitti, *Il servizio idrico in Italia: un'analisi empirica sull'efficienza dei gestori*, Moncalieri (To), Ceris-Cnr, Working Paper, 2010, n. 2; G. Fraquelli, V. Moiso, *The management of cost efficiency in the Italian Water Industry*, Moncalieri (To), Hermes, Working Paper, 2005, n. 8; A. Capriello, G. Fraquelli, *Il Gestore Unico del Servizio Idrico Integrato*, Moncalieri (To), Hermes, Working Paper n. 5/2002.

¹⁹ Gli obiettivi perseguiti dal legislatore erano essenzialmente connessi: superare la frammentazione delle gestioni, numericamente troppo elevate, ed affidare ad un unico gestore per ogni ambito territoriale la totalità delle attività comprese nei servizi idrici (captazione, adduzione, distribuzione, fognatura e depurazione) al fine di realizzare opportune economie di scala, ridurre il costo di fornitura dei servizi ed ottimizzare le prestazioni delle società affidatarie. Sui servizi idrici in generale, cfr., *ex multis*, F. Costantino, *La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, in *rivistaaic.it*; M.A. Sandulli, *Il servizio idrico integrato*, in *Federalismi.it*; A. Massarutto, *La cultura del fare (e del disfare): il cantiere infinito della riforma dei servizi idrici*, in *An. giur. econ.*, 2010, n. 1, 99-126; D. Argento, *Il dominio del cambiamento nella governance del servizio idrico: una comparazione fra Italia e Paesi Bassi*, Padova, Cedam, 2008; G. Citroni, A. Lippi, *La politica di riforma dei servizi idrici. Istituzioni, processi e poste in gioco*, in *Ist. fed.*, 2006, n. 2, 239-275; A. Fioritto, *I servizi idrici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 3229-3255; G. Bottino, *I servizi idrici*, Milano, Giuffrè, 2002; Id., *La riforma dei servizi idrici in Italia: riflessioni e spunti comparativi*, a cura di L. Guffanti e M. Merelli, Milano, EGEA, 1997.

²⁰ Cfr. A. Iunti, *Le Autorità d'ambito tra normativa statale e scelte del legislatore regionale*, in *Ist. fed.*, 2008, supplemento al n. 4, 81-82.

federico caporale

L'ambizioso obiettivo era, in sostanza, quello di ridurre l'elevatissimo numero di gestori presenti sul territorio e creare le condizioni per il verificarsi di economie di scala, che avrebbero dovuto essere idonee a garantire maggiore efficienza, economicità ed efficacia delle gestioni²¹.

Il legislatore era conscio, infatti, della rilevanza degli elementi sociali, geografici e culturali nella gestione e nella economia dei servizi idrici. Sia sufficiente, in tal senso, ricordare come la prevalenza di determinati usi dell'acqua piuttosto che di altri (agricoli, industriali, commerciali, domestici), la conformazione fisica di un dato territorio (altimetria e dislivelli, volume delle acque fluenti o stagnanti), gli elementi di carattere sociale ed urbanistico (la densità di popolazione, il numero e la grandezza dei centri urbani, la loro lontananza dalle risorse idriche principali) influenzino profondamente la gestione delle risorse idriche, modificando in maniera incidente il costo di produzione e distribuzione dei servizi.

Mette conto ricordare che, già all'inizio del XX secolo, a dimostrazione della inerenza al governo delle acque di una pluralità di indici eterogenei, la nozione di corso d'acqua era stata progressivamente sostituita nella dottrina²², nella giurisprudenza²³ e nella legislazione italiana²⁴, dal concetto di bacino idrografico.

²¹ In senso contrario alla necessità di aumentare l'estensione dell'ambito territoriale oggetto di una unica gestione per il conseguimento di una maggiore efficienza, cfr. i contributi di A. Massarutto, *Il grande pennello e il rasoio di Occam*, in *Il ciclo integrato delle acque. Regole di mercato e modelli operativi a confronto, atti del convegno del 15 dicembre 2000*, a cura di Id., Milano, Franco Angeli, 2001, 64-92; Id., *La riorganizzazione del servizio idrico in Friuli-Venezia Giulia: il caso della provincia di Udine*, in *Privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici: prospettive per il Nord Est*, a cura di Id., Udine, Forum, 2004, 47-99; Stone & Webster Consultants for Ofwat, *Investigation into evidence for economies of scale in the water and sewerage industry in England and Wales – Final Report – January 2004*, London, Stone & Webster Consultants, 2004, 51.

²² Cfr. F. Ruffolo, *Sui bacini dell'Italia centrale e meridionale e la legge del 1884 sulla derivazione delle acque pubbliche*, Milano, 1906, 1-8; Id., *Sulla nuova proposta di legge relativa alle pubbliche acque*, Napoli, 1907, 17 ss.; C. Baldi, *Acque pubbliche: manuale pratico alfabetico*, Torino, 1911, 64-67; G. Valenti, *Le ragioni economiche di un nuovo regime delle acque*, in *Il problema idraulico e la legislazione sulle acque*, a cura del Gruppo Nazionale di Azione Economica, Roma, 1916, 39-54 e V. Scialoja, *La legislazione sulle acque*, *ivi*, 57-69.

²³ Cfr. Corte di Appello di Napoli, 18 marzo 1907, in *Giur. it.*, 1907, I, II, 814-823; Corte di Appello di Brescia, 21 aprile 1908, in *Foro it.*, 1909, I, 255-258; Corte di Cassazione di Torino, 2 luglio 1910, in *Foro it.*, 1910, I, 1394-1400; Cons. St., 3 febbraio 1911, in *Giur. it.*, 1911, III, 191-193.

²⁴ Cfr. d.lgs. 20 novembre 1916, n. 1664; reg. 24 gennaio 1917, n. 85; R.d. 19 ottobre 1919, n. 2161; R.d. 14 agosto 1920, n. 1285; R.d. 11 dicembre 1933, n. 1775.

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

Esso, infatti, ha una ampiezza ben maggiore del mero riferimento alle caratteristiche fisiche del corso d'acqua, giacché tiene in considerazione non solo volume, portata e pressione delle acque, ma anche le condizioni economiche, sociali e culturali del territorio ove esse scorrono.

Successivamente, ad ulteriore conferma della rilevanza assunta dagli aspetti sociali e geografici e dalle relative implicazioni economiche, il concetto di bacino idrografico è stato adottato anche nei principali accordi internazionali per la gestione delle risorse idriche, superando il riferimento alle frontiere amministrative e politiche²⁵.

Nel nostro ordinamento, l'ATO è stato disciplinato per la prima volta dall'art. 35, l. n. 183/1989, rimasto tuttavia sostanzialmente inapplicato, anche in ragione dell'assenza di una puntuale definizione giuridica e di una completa disciplina dei suoi caratteri fondamentali.

Come anticipato, la l. n. 36/1994, nell'ottica di riformare radicalmente l'organizzazione dei servizi idrici, riprese ed integrò le disposizioni relative all'ATO, precisando, in particolar modo, le modalità di determinazione della sua estensione territoriale.

Venivano tenuti in considerazione, infatti, tre criteri fondamentali: uno di carattere fisico-geografico, «l'unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui»; due di carattere economico-imprenditoriale, il «superamento della frammentazione delle gestioni», che intendeva segnare il cambio di prospettiva rispetto al passato, ed il «conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base di ripartizioni amministrative», al fine di dettare linee guida forti nell'indirizzare la gestione futura delle risorse idriche²⁶.

Risulta evidente, dunque, come già nella determinazione della estensione territoriale dell'ATO vi sia il tentativo di bilanciare due esigenze, non necessariamente contrapposte: gestire in maniera efficace ed efficiente i servizi idrici e tutelare e salvaguardare le risorse idriche.

Impostazione, questa, ricavabile anche dal diritto europeo, il quale ha posto la nozione di bacino idrografico – slegata, peraltro, da qualsivoglia riferimento di carattere politico-amministrativo²⁷ – al centro della gestione dei servizi idrici, con riferimento sia agli aspetti ambientali che economico-organizzativi di essi²⁸.

²⁵ Cfr. art. 11, Carta Europea dell'Acqua del 1968; par. 13 e 14, Carta Europea delle risorse idriche del 2001.

²⁶ Art. 8, l. n. 36/1994.

²⁷ Art. 2, n. 13, e 3, dir. 2000/60/Ce.

²⁸ Cfr., in particolare, art. 4, 5, 11 e 13, dir. 2000/60/Ce.

Il legislatore nazionale, riordinando la materia con l'emanazione del d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'Ambiente), sembrava aver segnato un nuovo cambiamento di passo: i tre criteri enumerati nella citata l. n. 36/1994 erano stati depurati da qualsiasi riferimento di carattere politico-amministrativo. Era stato, infatti, obliterato il rinvio alle «ripartizioni politico-amministrative» per la individuazione delle adeguate dimensioni gestionali di essi²⁹, realizzando quanto, con grande lucidità, Vittorio Scialoja aveva suggerito già ai primi del Novecento³⁰.

Tuttavia, appena poco più di un anno dopo, con la l. n. 244/2007 (c.d. Legge Finanziaria per il 2008), il legislatore, nonostante autorevoli opinioni contrarie³¹, aveva nuovamente attribuito valenza primaria al criterio amministrativo (a discapito di quelli fisico-geografici ed economico-imprenditoriali), ritenendo che la delimitazione dell'ATO dovesse esser effettuata tenendo in considerazione principalmente l'estensione del territorio provinciale³².

Da ultimo, il d.l. n. 1/2012 ha determinato una nuova inversione di tendenza, tornando a far riferimento, principalmente, agli indici di carattere economico-imprenditoriale: entro il 30 giugno 2012, le regioni dovranno delimitare gli ATO privilegiando l'esigenza di realizzare «economie di scala» e di «massimizzare l'efficienza del servizio». Il rilievo dato al «territorio provinciale» risulta, pertanto, essere residuale e secondario³³.

Le regioni potrebbero preferire assegnare alle province, o ad altri organismi di dimensione provinciale, le funzioni regolatorie precedentemente svolte dalle Autorità d'ambito, al fine di mantenere l'allineamento tra competenza geografica del soggetto regolatore e territorio entro il quale una

²⁹ L'art. 147, d.lgs. n. 152/2006 non menzionava, infatti, fra i criteri utili a definire le «adeguate dimensioni gestionali» degli ATO, le «ripartizioni politico-amministrative» preesistenti, innovando sensibilmente, dunque, la disciplina dell'art. 8, l. n. 36/1994.

³⁰ «Noi non possiamo per il regime delle acque attenerci a circoscrizioni territoriali, le quali sono tracciate indipendentemente da questa condizione di cose. Quando noi diamo nelle nostre leggi al prefetto il diritto di concedere le derivazioni ed un'alta sorveglianza in questa materia, evidentemente erriamo, perché il prefetto è il prefetto della provincia, ed i bacini, per il regime delle acque, possono ottimamente non coincidere con la provincia. Dunque è necessario che la circoscrizione idraulica sia fatta su basi idrauliche» scriveva V. Scialoja, *La legislazione sulle acque*, cit., p. 67.

³¹ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Segnalazione del 22 novembre 2007 in merito alle disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge Finanziaria 2008)*.

³² Art. 2, c. 38, l. n. 244/2007.

³³ Art. 25, c. 1, d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 27/2012.

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

unica società è responsabile della gestione del servizio idrico³⁴. Qualora esse dovessero operare una scelta diversa, si dovrà comprendere come i nuovi soggetti regolatori, magari di dimensione regionale, potranno rapportarsi alle minori dimensioni territoriali degli ATO.

L'incertezza del quadro giuridico attuale³⁵ costituisce, dunque, occasione per la ristrutturazione del sistema di regolazione locale e per ridisegnare i confini degli ATO, con maggiore ossequio ai principi legislativi del 1994 e del 2006³⁶.

2.2 Le competenze funzionali delle Autorità di Ambito

Come anticipato, alle Autorità d'ambito erano assegnate le principali funzioni di regolazione e programmazione della gestione, nonché di selezione, controllo e sanzione della società affidataria: dovevano essere, dunque, le garanti della salvaguardia dell'ambiente, della efficacia ed efficienza gestionale, della tutela degli interessi sociali connessi all'acqua, delle esigenze economiche correlate alla fornitura dei servizi idrici in forma imprenditoriale.

Per quanto attiene ai compiti di programmazione è sufficiente richiamare la competenza nella redazione e nell'aggiornamento del piano d'ambito, atto con il quale viene effettuata la ricognizione delle infrastrutture esistenti; il programma degli interventi necessari a mantenere, adeguare, ristrutturare gli impianti, nonché a costruirne di nuovi, e la previsione degli investimenti necessari; il piano economico-finanziario, nel quale sono previsti i costi di gestione ed investimento e le entrate tariffarie; la scelta del modello gestionale ed amministrativo, con il quale si individua la struttura operativa del soggetto gestore.

³⁴ Circolare ANEA del 30 marzo 2010, *Un primo commento sulla soppressione delle Autorità d'ambito*, 4-5; A. Iunti, *Le Autorità d'ambito tra normativa statale e scelte del legislatore regionale*, cit., 103. Del resto, tale evenienza era già emersa, come risulta da Comitato per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici. Situazione rilevata al 31 dicembre 2007*, Roma, marzo 2008, 1.

³⁵ Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici*, Roma, 22 luglio 2010, 50.

³⁶ Un giudizio, autorevole e fortemente negativo, sulla precedente delimitazione degli ATO si rinviene, *ex multis*, in Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici*, Roma, 22 luglio 2010, 57 ed in S. De Felice, *I profili di regolazione nella legislazione del servizio idrico integrato*, in *Rafforzare le funzioni pubbliche in una nuova regolazione per il settore idrico: il quadro comunitario e nazionale*, seminario di studio, Roma, 23 aprile 2010, 30.

Si tratta, evidentemente, di un atto di rilevanza assoluta, da cui dipende l'efficacia e l'efficienza della futura attività di fornitura³⁷. Esso, infatti, individua le deficienze e i pregi dell'organizzazione del servizio idrico a livello locale, programma gli interventi destinati a migliorarlo, determina l'entità della tariffa, individua gli obiettivi a breve, medio e lungo termine, avendo cura di soddisfare gli interessi correlati alla tutela dell'ambiente e della concorrenza³⁸.

Per tale ragione era prevista una intensa attività di cooperazione con l'allora Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse Idriche³⁹, incrementata a seguito della istituzione dell'Agenzia Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche e vigente ancora oggi, nonostante la soppressione di quest'ultima⁴⁰, tanto in occasione della redazione del piano d'ambito (il potere di dettare prescrizioni vincolanti sugli elementi economici e tecnici di esso dovrebbe essere trasferito alla Autorità per l'energia elettrica e il gas)⁴¹, quanto della determinazione della tariffa⁴².

Le Autorità d'ambito decidevano, altresì, la forma di gestione del servizio idrico, e avevano in carico lo svolgimento delle procedure di affidamento, potendo discrezionalmente valutare se aggiudicare la gestione del servizio mediante gara pubblica, ovvero a società miste o *in house*⁴³.

Quanto ai poteri di regolazione, esse redigevano ed adottavano le convenzioni mediante le quali era disciplinato il rapporto giuridico con il ge-

³⁷ Cfr. L. Baldelli, G. Muraro, *L'offerta e la regolazione dei servizi idrici: l'esperienza italiana*, in *I servizi idrici tra mercato e regole*, a cura di G. Muraro e P. Valbonesi, Roma, Carocci, 2003, 358 ss.; A. Bonanni, M. Gastaldi, C. Rocca, *Riorganizzazione e gestione del servizio idrico integrato*, Milano, Franco Angeli, 2003, 60-66; F. Lorenzotti, *Commento all'articolo 9 c. 1*, in *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di U. Pototschnig, E. Ferrari, Padova, Cedam, 2000, 98.

³⁸ Cfr. C. cost., n. 142/2010, considerato in diritto § 2.1.2 e n. 246/2009, considerato in diritto § 13.1.

³⁹ D. lgs. n. 152/2006, art. 161, c. 4, lett. b), come modificato dal d.lgs. n. 4/2008.

⁴⁰ Cfr. d.l. n. 70/2011, art. 10, c. 11-28; d.l. n. 201/2011, art. 21, c. 13-20.

⁴¹ D.l. n. 70/2011, art. 10, c. 14, lett. f). Tanto lo schema di decreto licenziato, il 6 aprile 2012, dal Consiglio dei Ministri quanto la bozza emendata dalla Conferenza delle regioni e province autonome (deliberazione 12/67/CU9/C5) lo assegnano alla AEEG (art. 3, lett. e).

⁴² D.l. n. 70/2011, art. 10, c. 14, lett. e), già nel d.lgs. 152/2006, art. 154 c. 4. In questo caso, lo schema di decreto del Consiglio dei Ministri ripartisce i compiti di determinazione tariffaria tra Ministero dell'Ambiente (che ne definisce i criteri di una pluralità di componenti *ex art. 1, lett. d) ed e) e AEEG (art. 3, lett. c) e d)*; mentre la bozza emendata dalla Conferenza delle regioni e province autonome li assegna *in toto* alla AEEG (art. 3, lett. e).

⁴³ Mette conto ricordare che la C. cost., n. 62/2012, ha ribadito che l'aggiudicazione della gestione del servizio è competenza esclusiva delle Autorità d'ambito, che il legislatore regionale non può in alcun modo arrogarsi.

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

store del servizio ed erano stabiliti i relativi obiettivi di *performances*. Data l'estrema rilevanza di questo atto⁴⁴, è ancora una volta previsto un modello di coordinamento dell'azione pubblica, attraverso l'attribuzione al regolatore nazionale del potere di redigere una o più convenzioni tipo⁴⁵.

Da ultimo, alle Autorità d'ambito erano assegnate fondamentali funzioni di controllo e sanzione, che si sostanziavano nella facoltà di accedere alle infrastrutture idriche e verificarne lo stato, e nel potere di comminare sanzioni – sino alla risoluzione e alla revoca dell'affidamento – qualora il soggetto gestore fosse inadempiente agli obiettivi previsti nella convenzione, ed in special modo non raggiungesse i livelli minimi di servizio. Era, anche in questo caso, prevista una disciplina che favoriva il coordinamento con l'allora Commissione Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche (in caso di inerzia delle Autorità d'ambito, era previsto un intervento sostitutivo congiunto della regione e della Commissione⁴⁶), modificata a seguito dei recenti interventi legislativi, con i quali è stata dotata la AEEG di amplissimi poteri autonomi di sanzione⁴⁷.

Il quadro giuridico evidenziava, dunque, il ruolo nevralgico delle Autorità d'ambito, cui non faceva seguito, tuttavia, alcuna garanzia di indipendenza né adeguate competenze tecniche⁴⁸, né dotazioni strutturali e di personale idonee⁴⁹.

Al contrario, le Autorità d'ambito avevano una composizione chiara-

⁴⁴ Cfr. L. Anwandter, P. Rubino, *op. cit.*, 31 ss.; Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, Atto di indirizzo in tema di controlli, sanzioni e revisioni nel contratto di servizio, delibera n. 2, del 3 marzo 2005.

⁴⁵ D.l. n. 70/2011, art. 10, c. 14, lett. b), già nel d.lgs. n. 152/2006, art. 161, c. 4 lettera c). Tale potere è assegnato, dallo schema di decreto del Consiglio dei Ministri, all'AEEG (art. 3, lett. b); molto più complicata, invece, la bozza emendata dalla Conferenza delle regioni e province autonome, che prevede anche la partecipazione della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e del Ministero dell'Ambiente (art. 1, lett. b).

⁴⁶ D. lgs. n. 152/2006, art. 152, c. 3 e art. 161, c. 4 lett. ff).

⁴⁷ D.l. n. 70/2011, art. 10, c. 14, lettera a). Anche in questo caso, le bozze del decreto licenziate dal Consiglio dei Ministri e dalla Conferenza delle regioni e province autonome assegnano alla AEEG identiche potestà sanzionatorie (art. 3, lett. a) ed l).

⁴⁸ Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici*, Roma 22 luglio 2010, 58-59. Ciò ha determinato, peraltro, diversi fallimenti regolatori, per i quali si veda, ad esempio, quanto illustrato da G. Abrate, G. Fraquelli, *Domande e tariffe nel settore idrico italiano: un'analisi di sensitività sui Piani d'Ambito*, Moncalieri (To), Hermes, Working Paper 5/2006.

⁴⁹ Cfr. ANEA, *Il governo pubblico del servizio idrico integrato*, Roma, 8 Luglio 2010; Id., *I servizi idrici a quindici anni dalla riforma*, Roma, 25 giugno 2009.

mente politica: esse erano espressione delle amministrazioni comunali comprese all'interno dell'ATO di competenza.

Situazione ancor più grave, questa, nell'ipotesi di affidamento della gestione del servizio *in house* ovvero ad una società mista: in tal caso si determinava, in via di fatto, la confusione tra le funzioni di controllo e gestione: gli organismi di regolazione locale e le società affidatarie del servizio sono, infatti, espressione della medesima maggioranza politica⁵⁰.

Per quanto concerne il livello di regolazione statale, il presente commento intende dedicarsi esclusivamente ai profili pertinenti al coordinamento tra soggetti regolatori diversi.

Pertanto, non saranno trattate le vicende connesse al succedersi dei regolatori nazionali, né i profili di indipendenza di essi, per i quali si rinvia ai primi, validi, contributi pubblicati⁵¹; né verrà discusso, caso per caso, quale sia il soggetto statale più adatto ad esercitare le funzioni regolatorie.

Mette conto ricordare che, contestualmente alla soppressione dell'Agazia, il legislatore ha previsto l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri al fine di ripartirne le competenze tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) ed il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare⁵².

In proposito, è sufficiente sottolineare, sinteticamente, che lo schema di decreto licenziato dal Governo appare confuso e caotico⁵³: esso assegna al Ministero funzioni tecniche estremamente delicate e nevralgiche per una corretta regolazione dei servizi idrici – quali la definizione dei criteri per la determinazione di alcune voci di costo inserite in tariffa e di quelli per favorire il risparmio idrico, nonché la fissazione dei livelli minimi di servizio

⁵⁰ Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, n. 5788/2011, il quale richiama la «tendenziale situazione di conflitto di interessi immanente alla particolare configurazione delle parti contrattuali dell'atto transattivo [l'Autorità d'ambito e una società mista a capitale pubblico maggioritario], entrambi per la maggior parte controllati dagli stessi, identici enti territoriali comunali». Le considerazioni dei giudici di Palazzo Spada possono ovviamente esser replicate per una società affidataria *in house*, interamente controllata dagli enti locali. Cfr. anche Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici*, Roma 22 luglio 2010, 60.

⁵¹ G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 229-236; Id., *L'Agazia per l'acqua*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1077-1085; Id., *Acqua e poste: l'ibrido delle due Agenzie*, in *firstonline.info* e D. Agus, *Le agenzie per le risorse idriche e per il settore postale. L'importanza di chiamarsi Autorità*, in *nelmerito.com*.

⁵² D.l. n. 201/2011, art. 21, c. 19.

⁵³ Si fa riferimento allo schema di decreto reso pubblico in data 6 aprile 2012.

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

– per le quali sarebbe preferibile individuare un soggetto indipendente, competente ed autorevole⁵⁴.

Deve darsi conto, peraltro, che l'AEEG, con deliberazione 74/2012/R/IDR del 1° marzo 2012, ha ritenuto tali compiti pienamente afferenti alle attività di regolazione, pur precisando di voler proseguire l'attività di collaborazione con il Ministero, al fine di poter stabilire con maggior cura le competenze di entrambi⁵⁵.

Lo schema di decreto assegna, invece, alla AEEG una congerie di poteri, afferenti a quattro diverse tipologie: di controllo sulle autorità locali e sulle società affidatarie⁵⁶; di sanzione delle società affidatarie⁵⁷; di segnalazione ed indirizzo (formulando pareri in materia di servizio idrico e proposte di revisione della disciplina vigente e redigendo una relazione annuale al Governo ed al Parlamento)⁵⁸; di regolazione (predisponendo una o più convenzioni-tipo per l'affidamento del servizio, definendo le componenti di costo della tariffa ed il metodo tariffario, adottando direttive per la trasparenza della contabilità dei gestori, procedendo ad attività di raccolta ed elaborazione di dati statistici e conoscitivi relativi alla gestione ed alla qualità dei servizi idrici)⁵⁹.

Tale schema di decreto è stato ampiamente emendato dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome, la quale ha posto rimedio alla frammentazione delle competenze a livello nazionale, accentrando nella

⁵⁴ Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, art. 1, lett. *c)*, *d)*, *e)*, *f)* e *g)*.

⁵⁵ Autorità per l'Energia elettrica e il gas, Deliberazione 74/2012/R/IDR del 1 marzo 2012, considerato che, lett. *a)*, *c)*, *f)* e n. 5.

⁵⁶ Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, art. 3, lett. *e)* e *f)*.

⁵⁷ Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, art. 3, lett. *a)* e *l)*.

⁵⁸ Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, art. 3, lett. *h)*, *i)* e *m)*.

⁵⁹ Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, art. 3, lett. *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, *g)*, *n)*. Mette conto precisare che l'attività di raccolta di dati, a differenza di quanto talora osservato in dottrina, attiene alle funzioni di regolazione giacché essa è necessaria per la *yardstick competition*, su cui il settore idrico si fonda. Si deve sottolineare, altresì, che i dati raccolti e la loro elaborazione sono oggetto di accesso generalizzato per l'utenza: tale istituto è, per contenuto, nuovo ed ulteriore rispetto a quanto ricavabile già in base alla disciplina dell'accesso in materia ambientale, giacché riguarda anche gli aspetti economico-organizzativi (ovviamente con esclusione di quelli coperti da segreto industriale) della attività della società affidataria.

AEEG, ed ha ampliato il ruolo e le responsabilità riservati alle regioni, su cui, ai fini del presente commento, è meritorio soffermarsi.

Nell'ottica delle amministrazioni regionali e delle province autonome, infatti, la redazione delle convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra autorità competenti all'affidamento del servizio dovrebbe seguire ad un labirintico procedimento, che vede coinvolte la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, l'AEEG ed il Ministero dell'Ambiente⁶⁰.

Esso, lungi dal semplificare e rendere maggiormente efficienti le attività di controllo e regolazione, prevede oneri ulteriori a carico del potere pubblico nazionale, ed assegna un potere di veto alle amministrazioni regionali, insinuando inammissibili valutazioni politiche all'interno di funzioni tecniche.

Altrettanto stigmatizzabile è la previsione della obbligatoria acquisizione della valutazione delle regioni al fine della verifica della corretta redazione del piano d'ambito. La previsione, pur apprezzabile in ossequio ai principi di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa e di leale collaborazione tra livelli di governo, appare, invero, cagione di gravi incertezze interpretative⁶¹. In ragione della inscindibile natura tecnica e politica del piano d'ambito ed in assenza di una puntuale specificazione del livello di cogenza delle valutazioni degli enti locali, risulta, infatti, difficile stabilire quando l'AEEG possa esercitare questo potere di controllo indipendentemente dalle – o contro le – valutazioni degli enti locali, e quando, invece, sia tenuta ad uniformarsi ad esse.

Appare astrattamente meno grave, ma comunque meritoria di una riflessione attenta, l'introduzione dell'obbligo di definire, d'intesa con le regioni e con le province autonome di Trento e di Bolzano, i programmi e le iniziative da porre in essere a garanzia degli interessi degli utenti: tali attività, infatti, hanno una incidenza sociale – ed una minore, seppur non irrilevante, componente tecnica – tali da legittimare il ruolo di indirizzo politico svolto dagli enti locali⁶².

⁶⁰ Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica, come emendato dalla Conferenza delle regioni e province autonome (12/67/CU9/C5), art. 1, c. 1, lett. b).

⁶¹ Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il emendato dalla Conferenza delle regioni e province autonome (12/67/CU9/C5), art. 3, c. 1, lett. e), che dimentica, peraltro, di menzionare le province autonome di Trento e Bolzano.

⁶² Schema di dPCM che individua le funzioni di regolazione del servizio idrico inte-

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

L'eventuale adozione della bozza di decreto licenziata dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome, aumentando le competenze regionali in materia di servizi idrici, causerà un ulteriore aggravio di un sistema regolatorio che, come si dimostrerà nel prossimo paragrafo, risulta già essere farraginoso, confuso e complesso.

La disarmonica coabitazione di livelli di governo diversi, infatti, delinea un modello di organizzazione, gestione e controllo dei servizi idrici «gotico e deforme», connotato da «un disordine barocco» più che dalla semplicità e chiarezza di cui la regolazione pubblica necessita⁶³.

2.3. Autorità di regolazione nazionale e locale: un caso di tragedia degli anti-comuni

Dunque, la rilevanza e la complessità delle funzioni assegnate alle Autorità d'ambito rendevano tali organismi pubblici essenziali ai fini della regolazione e della efficiente organizzazione dei servizi idrici.

Le frequenti sovrapposizioni di competenze e di poteri con l'allora Commissione Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche e con le autorità di vigilanza istituite da alcune amministrazioni regionali⁶⁴, d'altro canto, hanno reso il sistema di controllo, regolazione e sanzione dei servizi idrici farraginoso e contorto.

In questo senso, è sufficiente richiamare le frequenti controversie, relative alle determinazioni tariffarie e alla redazione del piano d'ambito⁶⁵, che hanno coinvolto le Autorità d'ambito e la Commissione Nazionale, con l'effetto di minare irrimediabilmente la credibilità dei due regolatori⁶⁶.

grato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il emendato dalla Conferenza delle regioni e province autonome (12/67/CU9/C5), art. 3, c. 1, lett. o).

⁶³ Non me ne voglia P. Verri, *Pensieri sullo stato politico del milanese del 1790*, in P. Verri, *Scritti vari*, a cura di C. Carcano, Firenze, Le Monnier, 1854, Vol. II, 35, a cui queste felici parole sono sottratte.

⁶⁴ Sulle autorità regionali di regolazione, cfr. A. Saviotti, *Il controllo del SII nelle normative regionali: un'analisi comparativa*, in *Acqua. Fra incidenza sociale ed efficienza gestionale*, a cura di A. Riccaboni, Firenze, Il Ponte Editore, 2003, 354-374. Per le diverse esperienze regionali cfr. Piemonte, l. r. n. 13/1997; Lombardia, l. r. n. 26/2003; Friuli-Venezia Giulia, l. r. n. 13/2005; Emilia Romagna, l. r. n. 25/1999; Lazio, l. r. n. 26/1998; Abruzzo, l. r. n. 2/1997; Puglia, l. r. n. 28/1999; Calabria, l. r. n. 10/1997.

⁶⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 5788/2011; TAR Umbria, sez. I, n. 126/2011; TAR Lazio, Latina, n. 529/2011; TAR Lazio, Latina, n. 357/2011; TAR Toscana, n. 6863/2010.

⁶⁶ Diverse controversie hanno avuto luogo anche a seguito della sovrapposizione di competenze tra Autorità d'ambito e amministrazioni regionali. Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez.

Può affermarsi che il regime istituzionale disegnato dal legislatore, caratterizzato da competenze spesso sovrapposte o condivise fra più autorità pubbliche e da una scarsa chiarezza nella attribuzione di alcune facoltà decisionali, rappresenti un esempio lampante di *tragedy of the anticommons* di natura burocratica⁶⁷.

Infatti, tutti i più rilevanti poteri di regolazione e sanzione partecipano delle conflittuali competenze dell'allora Commissione e delle Autorità d'ambito, a risolvere le quali è chiamato il giudice amministrativo, in assenza di una espressa e coerente gerarchia funzionale rinvenibile nel dettato normativo. Tali poteri, quasi di veto reciproco, determinano, talora, l'inerzia del modello regolatorio.

Per quanto concerne la individuazione della tariffa, ad esempio, competono al livello statale la predisposizione della formula tariffaria e la sua articolazione e alle Autorità d'ambito la specifica determinazione di essa, ma non viene chiarito quale dei due organismi debba prevalere in caso di conflitto⁶⁸.

Con riferimento alla redazione del piano d'ambito ed alla convenzione di gestione, il recente d.l. n. 70/2011 (convertito con l. n. 106/2011) sembra, in assenza di una prassi consolidata, aver assegnato una primazia al regolatore statale, giacché il mancato rispetto delle «prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali» dettate è divenuto ragione di inefficacia degli atti delle Autorità d'ambito⁶⁹.

V, n. 4901/2011, che trae spunto dalla difformità esistente tra la convenzione tipo redatta dalla regione e quella effettivamente sottoscritta dalla Autorità di Ambito di Latina; TAR Campania, sez. I, n. 2589/2011; TAR Lombardia, sez. Milano, n. 4896/2009.

⁶⁷ Sulla *tragedy of the anticommons* nella burocrazia, con un esempio tratto proprio dal sistema amministrativo italiano, cfr. J. Buchanan, Y. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, originariamente edito in *Journal of Law and Economics*, 2006, 1-13, ed ora ripubblicato in *Commons and Anticommons*, a cura di M. Heller, Cheltenham (UK)/Northampton (Ma, USA), Edward Elgar Publishing, 2009, vol. I, 469-481.

⁶⁸ La questione è resa fortemente complessa dal discorde tenore delle disposizioni relative alla determinazione della tariffa, che attribuiscono una certa preponderanza alle Autorità d'ambito, e dalla specifica assegnazione al regolatore nazionale del potere di dettare prescrizioni vincolanti sugli elementi tecnici ed economici del piano d'ambito. Infatti, esso, nella parte dedicata agli aspetti di carattere economico-finanziario, contiene valutazioni e indicazioni che incidono profondamente nella fissazione della tariffa. Cfr., in proposito, la discorde giurisprudenza del TAR Toscana, sez. II, n. 6863/2010, diritto § 5-8, e del TAR Umbria, n. 126/2011, fatto e diritto § 4. La sentenza del TAR Toscana è stata recentemente riformata dal Cons. St., sez. VI, n. 5788/2011.

⁶⁹ D.l. n. 70/2011, art. 10, c. 14, lett. e). La disciplina del d.lgs. n. 152/2006, art. 154, c. 4, lett. b), non prevedeva, in via espressa, la sanzione dell'inefficacia degli atti delle Autorità

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

Quanto ai poteri sanzionatori, il d.l. appena menzionato sembra, invece, aver aggravato le occasioni di conflitto tra autorità locali e regolatore nazionale: basti citare il potere autonomo di sanzione, salvo alcune eccezioni, trasferito all'AEEG per le medesime fattispecie di inadempimento (il mancato rispetto dei livelli minimi di servizio, ad esempio) per le quali era già previsto un eguale potere per le Autorità d'ambito⁷⁰. Dovrà, dunque, verificarsi in che modo potrà trovarsi conciliazione qualora le autorità locali e quella nazionale dovessero divergere sulla illiceità della condotta del gestore ovvero applicare sanzioni diverse per il medesimo illecito.

In tale ultimo caso, emergerebbero due rilevanti problemi: la necessità di motivare la diversità delle sanzioni adottate – diversità non solo quantitativa, ma addirittura qualitativa⁷¹ – e l'ammissibilità di una duplice sanzione della medesima natura per la commissione di un unico illecito, in spregio al basilare principio del *ne bis in idem*⁷².

Da ultimo, mette conto segnalare che il legislatore ha, recentemente, dotato il regolatore nazionale (ora AEEG) della facoltà di invitare le autorità locali a comminare la sospensione o decadenza dalla concessione⁷³, senza considerare, tuttavia, gli effetti che tale coordinamento forzato potrebbe provocare qualora l'organismo locale non intendesse dar seguito alla proposta da esso formulata.

In tal caso, il mero obbligo di motivazione del diniego non sarebbe sufficiente a giustificare, rispetto all'utenza, un tanto incidente conflitto dei po-

d'ambito in caso di inosservanza delle prescrizioni della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche. La dicitura è confermata nello schema di decreto licenziato dal Consiglio dei Ministri e nella versione emendata dalla Conferenza delle regioni e province autonome (art. 3, lett. e). La giurisprudenza aveva argomentato, in via di fatto, la primazia delle statuizioni del regolatore nazionale su quello locale, cfr. TAR Umbria, n. 126/2011, fatto e diritto § 4, seppur con esclusione di quanto afferente alla determinazione della tariffa, come rilevato nella precedente nota.

⁷⁰ D.l. n. 70/2011, art. 10, c. 14, lett. a). Della disciplina prevista negli schemi di decreto elaborati dal Consiglio dei Ministri e della Conferenza delle regioni e province autonome si è detto alla nota 57.

⁷¹ Si può optare, infatti, tanto per l'adozione di sanzioni pecuniarie che per la sospensione o decadenza dalla concessione (limitatamente all'ipotesi di reiterazione delle violazioni).

⁷² Sull'applicabilità del principio penalistico del *ne bis in idem* alle sanzioni amministrative cfr. E. Camilli, *Le sanzioni nella transizione verso la liberalizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1179-1186.

⁷³ D.l. n. 70/2011, art. 10 c. 14, lett. a). Anche questo potere è espressamente previsto in ambedue le versioni pubbliche dello schema di decreto cui si è fatto frequente riferimento (art. 3, lett. a).

teri dello Stato, né a limitare il danno inferto alla credibilità delle due autorità, statale e locale.

Una ulteriore ragione di pessimismo riguarda il flusso di informazioni tra Autorità d'ambito e regolatore nazionale: anche questo semplice e basilare rapporto tra i due organismi è stato gravemente insufficiente. Molte istituzioni locali, ad esempio, non hanno provveduto all'invio delle informazioni relative alla gestione dei servizi idrici, pregiudicando l'efficace realizzazione della *yardstick competition* su cui la regolazione del settore idrico si fonda⁷⁴.

3. La soppressione delle Autorità d'ambito: tra contenimento della spesa e (non) riforma dei servizi idrici

Il principale obiettivo di una riforma del sistema di regolazione locale sembra dunque non doversi concretizzare nella mera soppressione delle Autorità d'ambito, ma in una riorganizzazione delle funzioni da esse svolte.

Tuttavia l'obiettivo non sembra esser stato neppure avvicinato, giacché la norma non affronta il tema delle competenze degli organismi locali di regolazione, integralmente rimaste nella disponibilità delle regioni, che dovranno assegnarle, con una estesa discrezionalità, al soggetto che riterranno più opportuno (potendo anche confermare, dunque, il precedente impianto regolatorio)⁷⁵.

Assunto, questo, confermato dalla recente decisione n. 62/2012 della

⁷⁴ *Ex multis*, cfr. M. Benvenuti, E. Gennari, *Il servizio idrico in Italia: stato di attuazione della legge Galli ed efficienza delle gestioni*, Questioni di Economia e Finanza n. 23, Roma, Banca d'Italia, 2008, 7 e 24. Sulla *yardstick competition*, cfr. A. Shleifer, *A theory of yardstick competition*, in *Rand Journal of Economics*, 1985, 319-327.

⁷⁵ Le scelte operate dalle amministrazioni regionali sono state fortemente eterogenee. La conferma del precedente impianto gestionale è stata operata dalle regioni Friuli-Venezia Giulia, l. r. n. 22/2010; Emilia Romagna, l. r. n. 14/2010 e n. 10/2008; Umbria, l. r. n. 4/2011 e n. 23/2007. La regione Puglia, con la l. r. n. 9/2011, ha confermato l'estensione regionale della precedente autorità, modificandone, tuttavia, gli organi ed il funzionamento. La regione Marche, con la l. r. n. 20/2010, ha deciso di dare incarico, annualmente e fino alla approvazione di una riforma strutturale sulla organizzazione del servizio idrico, a commissari straordinari, sino alla cui nomina eserciteranno funzioni sostitutive i presidenti delle Autorità d'ambito. La regione Liguria (l. r. n. 23/2010) ha deciso di affidare i compiti regolatori direttamente alle province. Per la costituzione di un unico regolatore di grandezza regionale hanno optato le amministrazioni dell'Abruzzo (l. r. n. 9/2011), del Molise (l. r. n. 8/2009), della Calabria (l. r. n. 34/2010), e della Toscana (con l. r. n. 65/2010, che fissa, tuttavia, solo i principi generali cui deve esser orientato un prossimo provvedimento legislativo).

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

Corte costituzionale, la quale ha espressamente stabilito che «alla legge regionale spetta soltanto di disporre l'attribuzione delle funzioni delle sopresse Autorità d'Ambito territoriale ottimale», in ossequio alla normativa nazionale vigente⁷⁶. Ciò porta a concludere che il legislatore regionale non possa assumere su di sé ovvero ripartire tra più soggetti, siano essi già esistenti ovvero creati *ex novo*, le funzioni precedentemente esercitate dalle Autorità d'ambito, giacché essere devono rimanere assegnate in capo ad un unico soggetto.

La disposizione normativa oggetto della decisione della Consulta in commento, nata per esigenze di contenimento della spesa pubblica (una *ratio* pratica, dunque), e non già per incrementare l'efficienza dei servizi idrici, non affronta affatto il nodo gordiano della caotica allocazione delle competenze tra livelli di governo.

In tal senso, essa certamente intercetta un problema reale: il mantenimento delle Autorità d'ambito, e dunque solo di un livello, quello locale, dell'apparato di regolazione dei servizi idrici, ha, per l'utenza, all'incirca un costo eguale al sovvenzionamento dell'intero sistema di regolazione inglese⁷⁷.

Ma lo stesso scopo di riduzione della spesa pubblica sembra trovare scarsa realizzazione per due ordini di ragioni.

In primo luogo, sarebbe stata necessaria una riforma strutturale delle funzioni spettanti al sistema regolatorio locale e centrale: i costi relativi alle competenze assegnate agli organismi locali che sostituiranno le Autorità d'ambito non sono stati eliminati, né ridotti.

In secondo luogo, una effettiva riduzione degli oneri pubblici si conseguirebbe solo affidando ad un soggetto istituzionale già operativo (ad esempio le province) le funzioni precedentemente assolte dalle Autorità d'ambito. Se, come stabilito dalla Consulta e come si è già verificato in fatto, le regioni potranno confermare il vecchio apparato organizzativo, difficilmente l'obiettivo di riduzione delle spese potrà esser realizzato⁷⁸. Infatti, ad

⁷⁶ Cfr. C. cost., n. 62/2012, considerato in diritto, §§ 3-3.2.

⁷⁷ Il costo medio annuo sostenuto da ciascun abitante per il mantenimento delle Autorità d'ambito nell'anno 2008 è stato pari a 0,98 €, come riportato dal Comitato per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, Vol. I, Roma luglio 2009, 69 e confermato anche in Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici*, Roma 22 luglio 2010, 59. Nel medesimo anno, il mantenimento della OFWAT, l'Autorità indipendente cui competono la quasi totalità dei compiti regolatori in materia di servizi idrici in Inghilterra, costava mediamente ad ogni cittadino 0,75£. Cfr. Ofwat, *Annual Report 2008-2009*, Birmingham, Ofwat, 2009, 21.

⁷⁸ Cfr. Friuli-Venezia Giulia, l. r. n. 22/2010; Emilia Romagna, l. r. n. 14/2010 e n. 10/2008; Umbria, l. r. n. 4/2011 e n. 23/2007.

esse è lasciata la facoltà di modificare semplicemente il nome o poche caratteristiche secondarie degli organismi di regolazione esistenti, ovvero istituire nuove strutture pubbliche, a meno di non voler intendere che la norma abbia implicitamente introdotto l'obbligo di prevedere la gratuità delle cariche ricoperte dai membri degli organi di indirizzo politico-amministrativo⁷⁹.

La disposizione menzionata non contribuisce, inoltre, a rendere più chiaro un meccanismo già confuso, laddove abroga l'art. 148 del Codice dell'Ambiente, che stabiliva i principi strutturali essenziali per gli organismi locali di regolazione⁸⁰: l'obbligo di partecipazione dei Comuni ed il conseguente sistema di quote nella gestione, il trasferimento delle funzioni regolatorie, la personalità giuridica⁸¹.

Tale vuoto normativo lascia alle regioni la piena disponibilità delle forme e dei modi della regolazione locale⁸²: si potrebbe verificare, dunque, il caso di una autorità locale priva di struttura autonoma, che non garantisca ai Comuni effettiva ed adeguata partecipazione (ad esempio, mediante il trasferimento delle funzioni precedentemente esercitate dalle Autorità d'ambito alla amministrazioni provinciali o regionali). Benché il servizio idrico (non la sua regolazione) debba essere ancora effettuato con riferimento agli ATO, è venuto meno, a seguito della abrogazione del testo normativo, il principale fondamento normativo cui la giurisprudenza si era richiamata nello statuire l'obbligatoria partecipazione dei Comuni ad esso⁸³.

⁷⁹ Circolare ANEA del 30 marzo 2010, Un primo commento sulla soppressione delle Autorità d'ambito, p.6.

⁸⁰ Cfr., *ex multis*, gli autorevoli commenti di Circolare ANEA del 30 marzo 2010, *Un primo commento sulla soppressione delle Autorità d'ambito*, 2-3 e Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici*, Roma 22 luglio 2010, 50.

⁸¹ Per alcuni interessanti rilievi sulla attribuzione della personalità giuridica alle Autorità d'ambito, cfr. L. Pitzurra, G. Grossi, *Governance istituzionale per il servizio idrico integrato*, in *Ambiente e Sviluppo*, n. 1/2008, 18-22.

⁸² Per un risalente contributo relativo alle modalità di cooperazione tra gli enti locali ed alla dimensione gestionale più opportuna, cfr. G. Caia, *Organizzazione territoriale e gestione del servizio idrico integrato*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1996, 747-765.

⁸³ La questione è stata oggetto di una consolidata giurisprudenza: cfr. TAR Lombardia, sez. Brescia, n. 2238/2009; TAR Piemonte, sez. I, n. 1019/2009; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 18797/2008; Cons. St., sez. V, n. 4281/2008; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 5968/2008. Mette conto segnalare, da ultimo, Cons. St., sez. V, n. 4901/2011, in cui viene riconosciuta, seppur con stringenti limiti, la facoltà di un Comune di non approvare la convenzione sottoscritta dalla Autorità d'ambito.

4. Considerazioni conclusive

In primo luogo, dunque, la disposizione oggetto del giudizio in commento non coglie il suo obiettivo dichiarato, il contenimento della spesa pubblica, in ragione delle continue proroghe dei termini per il suo adempimento e della mancata riorganizzazione delle competenze funzionali assegnate alle Autorità soppresse.

In secondo luogo, essa, in ragione dell'incertezza ed oscurità che ne caratterizzano il disposto, rischia di compromettere, almeno temporaneamente, la efficiente gestione dei servizi idrici e di peggiorare il modello regolatorio, già troppo complesso e ricco di imperfezioni e disfunzioni.

Sarebbe auspicabile, *pro futuro*, un riassetto delle funzioni regolatorie, con l'istituzione di una autorità nazionale specifica, indipendente ed autorevole⁸⁴, articolata in dipartimenti con competenze di studio, analisi e ricerca di carattere locale, in grado di tenere nella opportuna considerazione le peculiarità di ciascun ATO⁸⁵. Ciò consentirebbe di conciliare le esigenze di coordinamento nazionale della regolazione settoriale con il carattere locale dei servizi idrici, di ridurre la struttura amministrativa e gli oneri economici che ad essa conseguono, di garantire maggiore indipendenza e com-

⁸⁴ In questo senso, si vedano, *ex multis*, G. Napolitano, *Per un'Autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, in *Rafforzare le funzioni pubbliche*, cit., 4-24; L. Anwandter, P. Rubino, *op. cit.*, 11-20. Indipendente non poteva considerarsi, del resto, la Agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche, istituita con il d.l. n. 70/2011, art.10, c. 11-28. Il controllo governativo era, infatti, incidente, come dimostrato dalla breve durata del mandato dei suoi componenti; dalla possibilità di essere riconfermati al termine del primo mandato; dall'attribuzione al Consiglio dei Ministri del potere di sciogliere l'Agenzia; dal controllo amministrativo e contabile esercitato da un Collegio di Revisori, i cui membri erano nominati dal Ministero dell'Economia. L'Agenzia non era neppure sufficientemente tutelata dal rischio della *regulatory capture* in ragione dall'esiguità del periodo, successivo alla scadenza dell'incarico, in cui si faceva divieto di intrattenere rapporti professionali con imprese operanti nel settore dei servizi idrici. Tra i primi commenti, cfr. G. Napolitano, *L'Agenzia per l'acqua*, cit.; G. Napolitano, *Acqua e poste*, cit. e D. Agus, *op. cit.*

⁸⁵ Si preferisce, dunque, una struttura unitaria, diversamente da quanti ritengono di dover mantenere una differenziazione soggettiva e strutturale tra regolatore nazionale e locale, cfr., ad esempio, ANEA, *I servizi idrici a quindici anni dalla riforma*, Roma, 25 giugno 2009, 11-13; L. Danesi, M. Passarelli, P. Peruzzi, *Quale livello di regolazione per i servizi idrici?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2/2008, 389-415; ANEA, *Acqua, per tutelare l'utente, rafforzare la regolazione pubblica*, Roma, 11 luglio 2007, 9-11. Ridurre all'interno del medesimo ente le componenti regolatorie locali e nazionali consentirebbe di obbligare la coordinazione tra i diversi livelli, favorire la ricomposizione degli eventuali conflitti ed evitare la perdita di credibilità conseguente a divergenze di opinione manifestate pubblicamente.

petenza tecnica, nonché un più capillare controllo dell'opinione pubblica, favorendo quindi la realizzazione della *yardstick competition*⁸⁶. Si raggiungerebbe, altresì, una ottimale conciliazione tra i criteri di ripartizione delle competenze tra enti territoriali ed istituzioni centrali, ampiamente discussi dagli studiosi dell'analisi economica del diritto pubblico⁸⁷.

Infatti, il superamento della dimensione locale delle attività di regolazione e controllo e la concentrazione delle competenze regolatorie in una autorità nazionale non sarebbero precluse dalla natura locale dei servizi idrici: come recentemente statuito dal Consiglio di Stato, questa non dipende dalla natura del soggetto deputato alla organizzazione di esso (gli enti locali, seppure nella forma associata delle Autorità d'ambito), ma dalla dimensione territoriale entro la quale esso è effettivamente fornito (l'ATO)⁸⁸.

Nel contempo, sarebbe opportuno distinguere puntualmente i compiti di natura tecnico-economica (quali la determinazione delle tariffe, la durata degli affidamenti, il controllo della gestione) da quelli di carattere politico-sociale (la preferenza per alcuni usi dell'acqua piuttosto che altri, i sussidi sociali per alcune fasce di reddito) al fine di preservare il ruolo nevralgico degli enti locali nell'organizzazione dei servizi idrici⁸⁹.

In tal senso, la sentenza in commento ha il merito di limitare i possibili, dirompenti, effetti della soppressione delle Autorità d'ambito sul sistema di regolazione dei servizi idrici.

Riconoscendo l'afferenza della disposizione alla materia della concorrenza e dell'ambiente, la Consulta ribadisce il ruolo del legislatore statale nel delineare i profili normativi essenziali dei servizi idrici, e conferma una giu-

⁸⁶ Cfr. A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, Bologna, il Mulino, 2011, 196 e 226.

⁸⁷ Cfr. G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009, 302 ss.

⁸⁸ Cons. St., sez. VI, n. 5788/2011. Per l'opinione contraria, cfr. J. Bercelli, *Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico italiano*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2001, 62-123.

⁸⁹ In questo senso, si veda anche G. Fiengo, *Principi semplici e non derogabili dell'attività di regolazione*, in *Rafforzare le funzioni pubbliche*, cit., 34-38. In ogni modo, mette conto segnalare l'opinione di J. Bercelli, *op. cit.*, 98-105, che ritiene che la «funzione di controllo e vigilanza sia elemento essenziale della titolarità di un servizio pubblico locale» (102). L'autore ritiene fondamentali, ai fini della organizzazione dei servizi pubblici locali, non solo le attività di indirizzo e di orientamento, di carattere principalmente politico, ma anche quelle di matrice tecnica, quali il controllo e la vigilanza, concludendo che esse debbano essere affidate, integralmente e contemporaneamente, agli enti locali. Tale impostazione pare essere smentita dall'evidenza empirica registrata in altri settori regolati, come quelli di distribuzione del gas e della energia elettrica.

la soppressione delle autorità d'ambito e la consulta

risprudenza ormai pacifica⁹⁰. Contemporaneamente, tuttavia, riafferma, *rebus sic stantibus*, l'ampia discrezionalità regionale, anche al fine di correggere, e colmare, le lacune lasciate dalla menzionata disposizione normativa.

C'è da augurarsi, ora, che siano le regioni ad esercitare tale facoltà in maniera utile alla collettività ed efficace per il buon funzionamento dei servizi idrici.

Abstract

Starting from the Italian Constitutional Court's decision n. 128/2011, the author examines the effects of the abolition of the Autorità d'ambito Territoriale Ottimale (the regional/subregional regulators of water industry) on the regulatory system in force. After having studied their origins, their purposes and the geographical extent of their jurisdiction, the author analyses their duties, discussing the one-legged coordination with the existing regulatory system of water industry. Then, he shows that the regulation of water services is inefficient, because of: a) the fragmentation of responsibilities among a plethora of subjects, with many overlaps and gaps; b) the disharmonic allocation of functions between different layers of government; c) the uncertain identification of the body which must exercise decision-making powers. The authors gathers that the Italian regulatory system of water industry is an example of the tragedy of the anticommons in the bureaucracy. He concludes that the suppression of the Autorità d'ambito does not appear, ex se, able to reach the aim of cutting the public spending and to improve the faulty existing regulatory system of water industry, which, instead, must be rapidly reformed.

⁹⁰ Sui servizi idrici, cfr., altresì, C. cost., n. 62/2012; n. 187/2011; n. 325/2010; n. 142/2010; n. 29/2010; n. 246/2009; n. 335/2008.

La proprietà pubblica delle reti implica, indubbiamente, l'assoggettamento di queste – e, dunque, anche delle reti idriche – al regime giuridico del demanio accidentale pubblico, con conseguente divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica. Il c. 1 dell'art. 143, d.lgs. 152/2006 conferma la natura demaniale delle infrastrutture idriche, dettando una specifica normativa di settore. È evidente, perciò, l'incompatibilità del regime demaniale stabilito dall'art. 23-bis, c. 5, d.l. n. 112/2008 e dall'art. 143, c. 1, d.lgs. n. 152/2006 con il conferimento in proprietà previsto dall'art. 113, c. 13 Tuel.

LAURA MUZI

LA DISCIPLINA STATALE SUI BENI
DESTINATI AL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO:
RIFLESSIONI SULLA NOZIONE GIURIDICA DI DEMANIALITÀ

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale si confronta con lo statuto proprietario delle reti idriche. – 2. La sorte dell'art. 113 Tuel alla luce dei più recenti interventi normativi e dell'esito del referendum abrogativo del 2011. – 2.1. Le modalità di gestione del servizio del servizio idrico integrato. – 2.2. La proprietà delle reti e delle infrastrutture serventi. – 3. La necessaria condizione giuridica pubblica dei beni serventi il servizio idrico integrato.

1. La Corte costituzionale si confronta con lo statuto proprietario delle reti idriche

Con la sentenza del 25 novembre 2011, n. 320¹, la Corte costituzionale ha sancito l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 117, c. 2, Cost. dell'art. 1, c. 1, lett. t), l.r. Lombardia 27 dicembre 2010, n. 21, recante «Modifiche alla l.r. 12 dicembre 2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di inte-

¹ Per un primo commento alla sentenza vedasi L. Longhi, *Le reti idriche: beni patrimoniali, beni demaniali o... beni comuni?*, in *Giust. amm.*, 1, 2012.

resse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche) in attuazione dell'art. 2, c. 186-*bis*, della l. 23 dicembre 2009, n. 191» per la parte in cui introducono i c. 2 e 4 nell'art. 49 della l.r. 12 dicembre 2003, n. 26.

Sulla base dei suddetti commi, il legislatore regionale fissava una disciplina relativa alla organizzazione del servizio idrico integrato tale per cui si attribuiva la possibilità agli enti locali di costituire una società patrimoniale d'ambito, unica per ogni ATO, cui i comuni partecipanti – rappresentativi di almeno i due terzi del numero dei comuni d'ambito – avrebbero dovuto conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, nel caso di partecipazione diretta, ovvero del relativo ramo d'azienda, in quello di partecipazione indiretta (art. 49, c. 2). Secondo la normativa impugnata, la società patrimoniale d'ambito avrebbe dovuto, in ogni caso, porre le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione del gestore del servizio idrico integrato, nonché provvedere ad espletare le gare per l'affidamento del medesimo servizio, le attività di progettazione preliminare delle opere infrastrutturali e il relativo collaudo, qualora in tal senso disposto dall'ente responsabile dell'ATO (art. 49, c. 4).

Il Presidente del Consiglio dei ministri, nell'impugnare tali disposizioni, ne lamentava il contrasto con due norme statali, adottate nell'esercizio della propria competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, c. 2, Cost., vale a dire i c. 5 e 11 dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, nonché l'art. 143, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n.152. Dal canto suo, la Regione Lombardia, nell'effettuare le scelte sopra indicate, le legittimava facendo espresso richiamo all'art. 113, c. 13, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267² (Tuel), di cui la disciplina regionale – data la competenza esclusiva statale rispetto alla materia in questione – doveva considerarsi attuazione.

L'art. 49, l.r. 26/2003, rubricato «[o]rganizzazione gestionale del servizio idrico integrato», sin dalla sua originaria formulazione, aveva previsto

² Il quale stabiliva che «[g]li enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera *a*) del c. 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al c. 5».

che le autorità d'ambito organizzassero il servizio secondo le modalità gestionali di cui all'art. 2 della medesima legge regionale. Quest'ultima disposizione prevedeva la possibilità che società patrimoniali di capitali con partecipazione totalitaria di capitale pubblico incedibile avessero il conferimento della proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni afferenti a servizi pubblici locali di rilevanza economica. Era ivi stabilito, inoltre, che gli enti locali potessero disporre la separazione fra l'attività di gestione delle reti e di erogazione del servizio – così come previsto dal legislatore statale con le modifiche al Tuel apportate dalla l. 28 dicembre 2001, n. 448³ – aggiungendo che, in tal caso, la gestione delle dotazioni patrimoniali spettasse, di norma, ai proprietari delle stesse. Quella che all'art. 2 della l.r. 26/2003 era enunciata come mera possibilità, diventava però obbligo nel contesto del servizio idrico integrato, secondo quanto previsto dall'art. 49. Ne conseguiva, dunque, la necessaria separazione tra l'attività di gestione delle reti e quella di erogazione del servizio e la spettanza della prima ai soggetti proprietari, vale a dire alle società patrimoniali a totale partecipazione pubblica di cui all'art. 2.

Con le modifiche introdotte al testo della l.r. 26/2003 dalla l.r. 21/2010 veniva cancellato ogni riferimento alle autorità d'ambito, in osservanza di quanto disposto dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, relativamente alla loro soppressione, mentre veniva aggiunto – all'impugnato art. 49, c. 2 – un esplicito riferimento alla possibilità che gli enti locali costituissero una società patrimoniale secondo le modalità fissate dal c. 13 dell'art. 113 Tuel. In tal modo il legislatore regionale intendeva plausibilmente far salva una scelta gestionale relativa alle reti ed impianti idrici compiuta in vigenza delle disposizioni di cui al ricordato art. 35, della l. n. 448/2001 – già modificative dell'art. 113 – e di cui, nel frattempo, era divenuta incerta la sorte a seguito dell'adozione dell'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, così come modificato dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135.

La Corte costituzionale ha ritenuto, però, fondate le ragioni esposte dalla difesa dello Stato nell'impugnare quelle norme, accogliendone il ricorso. L'argomentazione svolta dal giudice costituzionale chiarifica che, al momento dell'adozione della norma regionale, la disposizione di cui al c. 13 dell'art. 113 del Tuel sopra richiamata dovesse considerarsi effettivamente

³ Si ricorda che il c. 3, da quella introdotto, recitava infatti: «[l]e discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali [...] può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi».

abrogata dall'art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008. Né possono trarsi ragioni contrarie dalla circostanza per cui il regolamento di delegificazione attuativo di tale norma, vale a dire il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, non menzioni proprio il citato comma⁴. Infatti, ricorda la Corte, l'art. 23-*bis* ha previsto due diverse modalità di abrogazione delle norme previgenti, di cui una – al c. 10, lett. *m*) – espressa e affidata al governo, tramite l'esercizio del proprio potere regolamentare; l'altra tacita – e contenuta al successivo c. 11 – in cui si fa riferimento al solo art. 113 del Tuel, stabilendone l'abrogazione per le parti incompatibili con le disposizioni del medesimo art. 23-*bis*. Per tale ragione «il fatto che il menzionato regolamento di delegificazione non abbia ricompreso il c. 13 dell'art. 113 del Tuel tra le norme abrogate non esclude che l'effetto abrogativo si sia già verificato a far data dalla promulgazione della *lex posterior* (art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008)», dal momento che quest'ultima limita qualsiasi riferimento alla proprietà delle reti a quanto stabilito al suo c. 5, il quale afferma che questa debba essere pubblica e che solo la loro gestione possa essere affidata a soggetti privati.

Il giudice costituzionale rigetta poi anche altre due obiezioni presentate dalla difesa della Regione Lombardia. A suo parere, in primo luogo, il fatto che la società patrimoniale d'ambito fosse costituita nella forma di una società a capitale interamente pubblico, di cui si escludeva espressamente la cedibilità, non garantirebbe ai beni conferiti nella sua proprietà, la conservazione del regime giuridico proprio dei beni demaniali. Infatti la Corte ricorda come le nozioni di patrimonio sociale e di capitale sociale siano affatto sovrapponibili; essendo il primo rappresentato dal complesso dei rapporti giuridici imputabili alla società, il secondo costituendo invece «l'espressione numerica del valore in denaro di quella frazione ideale del patrimonio sociale netto (dedotte cioè le passività) che è fissata nell'atto costitutivo e non è distribuibile ai soci». Ne consegue che dall'incapacità del secondo non deriva alcun analogo effetto giuridico per i beni costituenti il primo; questi ultimi continuano a circolare liberamente e costituiscono, inoltre, parte integrante della garanzia generica dei creditori ai sensi dell'art. 2740 c.c. Per tali ragioni è argomentato nella sentenza che una partecipa-

⁴ A ben vedere l'art. 12, c. 1, lett. *a*), d.P.R. n. 168/2010, contenente «Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-*bis*, c. 10, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133» circoscrive l'effetto abrogativo espresso del regolamento medesimo ai soli c. 5, 5-*bis*, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-*bis*, 15-*ter* e 15-*quater*, dell'art. 113 del Tuel.

zione pubblica, pur totalitaria, non pregiudica l'ordinaria disciplina di circolazione dei beni di cui consta il patrimonio sociale.

D'altro canto, viene esclusa anche la possibilità di un'applicazione in via analogica della disposizione contenuta all'art. 7, d.l. 15 aprile 2002, n. 63, che, nel costituire la Patrimonio dello Stato s.p.a., anch'essa – come noto – società a capitale interamente pubblico, escludeva espressamente un mutamento della qualificazione giuridica dei beni ad essa attribuiti. Come osservato dalla più attenta dottrina, la norma richiamata rappresenterebbe una «clausola di salvaguardia»⁵, volta ad introdurre una speciale disciplina del regime proprietario con riferimento ai soli beni demaniali dello Stato. Essa sarebbe perciò una “deroga singolare”, inidonea ad essere applicata estensivamente o analogicamente anche ai beni demaniali degli enti locali oggetto delle disposizioni impugnate.

2. La sorte dell'art. 113 Tuel alla luce dei più recenti interventi normativi e dell'esito del referendum abrogativo del 2011

2.1. Le modalità di gestione del servizio del servizio idrico integrato

Il primo motivo d'interesse rispetto alla sentenza in esame risiede senza dubbio nell'opera di chiarificazione che la Corte compie rispetto alla sorte dell'art. 113 del Tuel, a seguito dell'esito del referendum popolare svoltosi il 12 e 13 giugno dello scorso anno. Infatti, nella pronuncia si avverte che «il più volte menzionato c. 13 dell'art. 113 del Tuel non ha ripreso vigore a séguito della dichiarazione... dell'avvenuta abrogazione dell'intero art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008», ribadendo quanto già affermato nella sentenza n. 24 del 2011⁶, con la quale era stato ritenuto ammissibile il primo quesito referendario, relativo proprio all'abrogazione di detta norma.

Tuttavia il giudice costituzionale compie un ulteriore passo avanti, agevolando l'opera dell'interprete nell'individuare la disciplina applicabile al settore del servizio idrico integrato. Nella citata sentenza n. 24 del 2011

⁵ Così G. Napolitano, *La Patrimonio dello Stato S.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in *Riv. dir. Civ.*, 2004, 2, 542.

⁶ Ove, peraltro, veniva richiamata anche la precedente giurisprudenza (sentt. nn. 40/1997 e 31/2000) relativa al “principio della non reviviscenza”. Per un'analisi di detta sentenza si rinvia a A. Lucarelli, *L'insussistenza di impedimenti di natura comunitaria all'ammissibilità del quesito n. 1: il ridimensionamento della tutela della concorrenza nel diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 1, 2011, 273 e ss.

questi si soffermava, infatti, nella individuazione della cosiddetta normativa di risulta con riguardo alla gestione di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, ritenendo che, proprio in ragione della non reviviscenza dell'art. 113 del Tuel, fossero le norme comunitarie vigenti in materia a dover trovare applicazione, scongiurando il paventato timore di un vuoto normativo.

Con la sentenza *de qua* la Corte amplia il suo discorso e lo aggiorna rispetto alle novità legislative nel frattempo intercorse. Come noto, infatti, il c. 28 dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), a sua volta rivisto dall'art. 9 della l. 12 novembre 2011, n. 183, ha riprodotto pressoché letteralmente il contenuto dell'art. 23-bis, c. 5, del decreto Ronchi. Tuttavia, osservano i giudici della consulta, ciò non comporta alcun cambiamento per il servizio idrico integrato che rimane perciò soggetto alla disciplina comunitaria con riguardo alle modalità di affidamento della sua gestione. Infatti, il ripristino del principio valente per i servizi pubblici locali di rilevanza economica – e abrogato a seguito del referendum – secondo il quale «[f]erma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati», non è comunque applicabile al settore idrico⁷ per espressa previsione del c. 34 dello stesso art. 4 del decreto correttivo di agosto alla legge di stabilità.

Certamente in questo modo, e almeno per il momento, la Corte viene sollevata dall'onere di dover verificare la costituzionalità di tale opera di ingegneria legislativa rispetto al parametro dell'art. 75 Cost. Ciò nonostante sembra il caso di ricordare che tale disposizione – oggetto, come noto, di recente impugnazione da parte delle regioni Puglia e Marche – proprio nell'introdurre suddetta clausola di esclusione, dimostrerebbe come il legislatore abbia fatto sua una lettura discutibile dell'esito del referendum e tale per cui il primo ed il secondo quesito debbano essere interpretati come non reciprocamente disgiunti ed autonomi, bensì l'uno funzionale all'altro. Perciò tali regioni, nell'argomentare i propri rispettivi ricorsi⁸, deducono come dallo scorporo del servizio idrico integrato all'applicazione di dette norme, trasparirebbe il disconoscimento di tale autonomia, in qualche modo avvalorando l'ipotesi di incostituzionalità dalla disposizione per elusione dell'esito referendario.

⁷ Sono altresì esclusi i servizi di distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica e la gestione delle farmacie comunali.

⁸ Vale a dire il n. 124 del 10 ottobre 2011 e il n. 138 del 22 novembre 2011.

2.2. La proprietà delle reti e delle infrastrutture serventi

Ciò non di meno – e a prescindere dalla conclusione della *querelle* di cui sopra – con la sentenza n. 320/2011 viene fornita l'occasione alla Corte per specificare anche un altro delicato aspetto riguardante i servizi pubblici locali, vale a dire quale sia la normativa di risulta con riferimento alla proprietà delle reti e delle infrastrutture del servizio idrico integrato, confermando che il regime giuridico di tali beni sia da ricondurre alla categoria del demanio eventuale pubblico⁹. Infatti, sempre a partire dalla irreversibilità dell'abrogazione dell'art. 113 Tuel, viene affermato come l'unico riferimento normativo a cui è possibile fare ricorso per sciogliere tale nodo siano le disposizioni contenute all'art. 143, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, le quali, prevedendone appunto la natura demaniale, ne sanciscono perciò l'inalienabilità, se non nei modi e limiti stabiliti dalla legge¹⁰.

Tale conclusione non può che essere apprezzata da parte dell'osservatore anche alla luce dell'importante risultato ottenutosi con il d.lgs. n. 152/2006, cui va riconosciuto il merito di averne unificato i regimi in precedenza disciplinati secondo modelli differenziati¹¹. Paradossalmente, però sembrerebbe che proprio quell'articolo 23-*bis*, di cui il comitato referendario chiedeva l'abrogazione allo specifico intento di limitare gli eccessi delle cosiddette "privatizzazioni" della *gestione* dei servizi pubblici locali, sia il fondamento argomentativo sulla base del quale la Corte rigetta, nel caso in

⁹ M. Renna, *Beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006. Una ricostruzione più ampia del tema necessita un rinvio ad alcuni capisaldi del pensiero giuridico giuspubblicistico: M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*. Milano, Giuffrè, 1969; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983. Volendo compiere una ricostruzione, sia pur estremamente semplificata delle vicende relative al demanio acquedottistico, occorre chiarire che con l'adozione delle leggi attuative delle norme costituzionali in materia di forma di stato regionale, nella fattispecie con la l. 16 maggio 1970, n. 281, si includevano, tra i beni statali che avrebbero costituito il demanio regionale, anche gli acquedotti, mentre il trasferimento delle relative funzioni sarebbe avvenuta solo con il successivo d.P.R. 15 gennaio 1972, n.8, il quale, all'art. 2, faceva riferimento a quelle concernenti «gli acquedotti locali e comprensoriali i quali interessino il territorio di una sola regione». Sul tema si veda V. Cerulli Irelli, S. Pelillo, *Acquedotti e canali pubblici*, in *Enc. giur.*, I, 1988, 1 e ss.

¹⁰ L'art. 143, d.lgs. n. 152/2006 recita: «Gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». A tale proposito è poi opportuno ricordare che l'art. 947 del Codice civile al suo ultimo comma dispone che «in ogni caso è esclusa la sdemanializzazione tacita dei beni del demanio idrico».

esame, la legittimità costituzionale di una norma regionale che dispone il conferimento della *proprietà* delle reti e degli impianti afferenti al servizio idrico ad una società di diritto comune, sebbene a capitale interamente pubblico, offrendo spunti di riflessione con riguardo al dibattito che ha avuto luogo nel corso della campagna referendaria. Infatti, a partire dall'entrata in vigore del decreto Ronchi, viene eliminata dal nostro ordinamento la possibilità di trasferire a società di capitali la proprietà delle reti, percorso che la Regione Lombardia aveva intrapreso con convinzione come soluzione gestionale che le aveva permesso di superare la forma dell'azienda speciale, nel momento in cui il legislatore nazionale premeva in tal senso.

A ben vedere, la *ratio* che aveva indotto il legislatore del 2001, con la l. n. 448¹², ad introdurre con l'art. 35 una deroga quale quella contenuta al c. 13 dell'art. 113 Tuel, era di garantire un raccordo con la situazione già esistente in numerose realtà locali. Questa, determinatasi in vigenza del precedente regime giuridico¹³, era tale per cui i beni strumentali al servizio pubblico locale erano già stati oggetto di conferimento a società miste, per cui, avendone gli enti locali già formalmente perduto la titolarità, era consentita la loro intestazione a società di capitali, di cui però essi dovevano detenere la maggioranza, dichiarata incredibile. Tanto che, si osservava, ne risultava in definitiva un regime giuridico di "nuova tipizzazione" per i beni in questione, specie quando, come nel servizio idrico integrato, le reti e gli impianti fossero già coperti dal regime demaniale. In tali casi, dalla lettura congiunta dei c. 2 e 13 dell'art. 113, Tuel, conseguiva «la possibilità di conferire nelle società la proprietà anche di quelle reti ed impianti che abbiano natura demaniale. La deroga all'ordinario regime appar[endo] giustificata dai caratteri peculiari delle società, strumenti associativi di organizzazione delle funzioni degli enti soci»¹⁴.

¹¹ A. Bartolini, *Le acque tra beni pubblici*, in *Giust. amm.*, 2006, VI.

¹² È con questa legge che finalmente fa capolino il principio della tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali, che si espresse su tre linee direttive: la separazione tra la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali dalla loro gestione e dall'erogazione del servizio.

¹³ Di cui agli artt. 51 ss., l. 15 maggio 1997, n. 127 che prevedevano meccanismi volti a favorire la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni. Da ciò era conseguito che, specie per i comuni più grandi, la costituzione di veri e propri gruppi di società aveva determinato dei «seri ostacoli economici allo scorporo delle reti dalla gestione». M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, II, 121 ss., in part. 122.

¹⁴ M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in (a cura di) S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, tomo III, Milano, Giuffrè, 2003, 2596.

Siffatta deroga sarebbe stata comunque pienamente legittima alla luce della natura strumentale di tali società rispetto agli scopi dell'ente locale, tesi avvalorata dal fatto che fosse possibile attribuire loro anche il compito di espletare le gare per l'attribuzione della gestione del servizio. Tuttavia, nella sua prima formulazione, la norma non sembrava del tutto convincente¹⁵; si osservava che richiedendo una capitalizzazione in maggioranza e non nella sua totalità di provenienza degli enti locali, fosse inadeguata a garantire il controllo pubblico della gestione della società e comportasse anche un'indiretta cessione dei beni essenziali alla prestazione dei servizi.

Proprio accogliendo tali osservazioni, il legislatore avrebbe successivamente provveduto a correggere in tal senso, tramite l'art. 4, d.l. 2003 n. 269, la disposizione di cui all'art. 113, c. 13, Tuel, prevedendo che il conferimento della proprietà delle reti potesse avvenire solo in favore di società a capitale interamente pubblico, aprendo alla possibilità di partecipazione anche a enti di natura differente, dunque non esclusivamente locale. Tale scelta veniva considerata "felice" proprio perché avrebbe consentito la soluzione dei problemi sopra richiamati «rendendo effettiva la dichiarazione di incedibilità dei beni strumentali al servizio»¹⁶. Ma alla luce di quanto sostenuto dal giudice costituzionale nella sentenza in commento occorre chiedersi se davvero tale soluzione sia da considerare – da sola – così garantista.

Come si osserva opportunamente nella sentenza *de qua* «la sola partecipazione pubblica, ancorché totalitaria, in società di capitali, non vale, dunque, a mutare la disciplina della circolazione giuridica dei beni che formano il patrimonio sociale e la loro qualificazione». Dunque, sebbene debba ritenersi che il divieto di cessione delle reti e degli impianti che il c. 2 dell'art. 113 imponeva agli enti locali possa (o meglio, potesse) essere inteso come vincolante anche per le società intestatarie – così da dover ritenere nulli, per contrarietà a norme imperative di l. ex art. 1418 c.c. quei negozi giuridici che ne comportassero il trasferimento – ciò non toglie che si debba prestare attenzione anche a quelle vicende societarie che si pongono al di là dell'esercizio dell'autonomia negoziale, specie nei confronti degli eventuali soggetti creditori (il riferimento è all'art. 2740 c.c.) onde garantire in ogni caso la vigenza dell'imprescindibile vincolo di destinazione per tali beni.

¹⁵ *Ibidem*, 2594, ma si vedano anche le osservazioni in ID., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 123.

¹⁶ Ivi, 124, nello stesso senso anche M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004, 146.

3. La necessaria condizione giuridica pubblica dei beni ser- venti il servizio idrico integrato

Sappiamo che, a rigor di logica, dalla liberalizzazione dei servizi pubblici, inclusi quelli locali, deriverebbe la sostanziale indifferenza rispetto al momento dell'appartenenza dei beni, occupando invece una posizione ben più rilevante «la disciplina dell'esercizio dei diritti relativi all'uso dei beni e alla circolazione di quei diritti»¹⁷, in vista della tutela di tutto il ventaglio dei possibili interessi coinvolti. Eppure, con questa sentenza la Corte sembra voler cogliere l'occasione per mettere in evidenza la non automatica percorribilità di una soluzione, quale quella un tempo prevista dal c. 13 dell'art. 113 del Tuel, in assenza di un idoneo appiglio normativo. Ciò significa che, seppur in linea di principio una disposizione possa ritenere del tutto equivalente e “pienamente fungibile”, ai fini della tutela dell'integrità e della destinazione delle infrastrutture, l'appartenenza di tali beni a queste società ovvero al patrimonio indisponibile o anche al demanio eventuale degli enti locali¹⁸ essa deve sempre e comunque essere contenuta in una fonte normativa primaria statale – pena una illegittima frammentazione dell'ordinamento civile – ed essere tale da contenere opportune garanzie circa la destinazione d'uso dei beni.

Ne consegue che, allo stato attuale, e in ragione di quanto previsto non solo sul piano nazionale, a seguito dell'abrogazione di detta disposizione, ma anche su quello comunitario¹⁹, viene di fatto ribadita l'insottraibilità al regime della proprietà pubblica della risorsa idrica e delle relative infrastrutture. E con ciò è data conferma al fatto che mai, anche nella vigenza dell'art. 23-*bis* (vale a dire di una normativa più pro-concorrenziale rispetto a quella comunitaria, la quale rappresentava, secondo la sent. 325/2010 della Corte medesima, solo un “minimo inderogabile”) sia venuto meno il principio della non cedibilità a privati della proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate ai servizi pubblici locali, già stabilito dall'art. 113, c. 2, Tuel²⁰: sotto quest'ottica, lo stesso art. 23-*bis*, al c. 5, ribadiva tale principio.

¹⁷ Così G. della Cananea, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus*, I, 2011, 111.

¹⁸ M. Renna, *La regolazione amministrativa*, cit., 146.

¹⁹ Vedasi la direttiva 2000/60/Ce, il cui primo considerando ricorda che l'acqua è «un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale».

²⁰ Ove poteva leggersi: «Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al c. 1, salvo quanto stabilito dal c. 13».

Ebbene, un tale discorso varrebbe a maggior ragione per le acque e per le infrastrutture afferenti al servizio idrico integrato, rispetto alle quali la Corte mette ben in evidenza come, al di là di quanto disposto dalle controverse norme appena richiamate – e quindi a prescindere da qualsiasi loro possibile lettura nel dibattito relativo alla gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica – vige nel nostro ordinamento un principio pacifico: quello della loro pubblicità²¹. Ed esso trova appiglio proprio nel citato art. 143, d.lgs. 152/2006 nonché nel nostro Codice civile e specificatamente nell'art. 822, espressamente richiamato in detta disposizione, e nei successivi artt. 823 e 824. Tale principio non può essere derogato dal legislatore regionale, se non qualora ciò sia esplicitamente reso possibile da una norma statale, pena la violazione della competenza esclusiva, di cui all'art. 117, c. 2, lett. l), riguardante l'ordinamento civile dello Stato. Ed in tal senso già si era pronunciata la Corte costituzionale nella sent. n. 246 del 27 luglio 2009, ove affrontando in maniera collaterale il problema della gestione delle infrastrutture idriche, strumentali all'erogazione del relativo servizio, comunque affermava che la disciplina di tali dotazioni sia riconducibile «in prevalenza» alla competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. l)²².

Sembra quanto mai opportuno richiamare, da ultimo, anche quanto osservato dalla Corte di cassazione in una sua recente giurisprudenza²³ in tema di demanio pubblico. Sebbene ivi si riconosca che l'ipotesi di casi di gestione patrimoniale dei beni pubblici non possa essere aprioristicamente esclusa, viene d'altra parte analogamente affermato che essa, «lungi però dal diventare “sistemica” nella normativa civilistica ed anzi configurando una diversità di enunciati tra codice civile e leggi ordinarie», non può prescindere da una disposizione di legge idonea a fungere da base giuridica in tal senso; base giuridica che nel caso in esame evidentemente mancherebbe, in quanto abrogata. Inoltre, ad essere degno di nota, è anche l'innovativo quadro giuridico della demanialità che sortisce da tale pronuncia e che sembra procedere proprio nella direzione della valorizzazione della dimensione finalistica dei beni riconducibili a tale categoria, vale a dire quella attinente

²¹ Vale appena il caso di ricordare, che il quesito referendario ha avuto come oggetto un tema ben diverso dal regime proprietario delle acque, mai messo in discussione, quale quello della riapertura del nostro ordinamento a forme di gestione pubblica del servizio idrico integrato.

²² V. anche E. Sticchi Damiani, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *An. giur. econ.*, 2010, 163.

²³ Cass., sent. 14 febbraio 2011, n. 3665.

alla «realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità».

Ora, il momento di connessione tra la sentenza appena citata e quella in commento può essere colto nel fatto che la riconduzione delle reti e le altre infrastrutture idriche nell'ambito del demanio pubblico è funzionale alla tutela dell'acqua e del suo complessivo ciclo di rigenerazione, quindi alla garanzia di un diritto fondamentale ad un bene primario per la vita umana, così come stabilito dalla stessa Corte costituzionale²⁴. Per quanto riguarda le risorse idriche, con l'art. 144, c. 1, del codice ambientale ha avuto luogo il momento conclusivo del processo di pubblicizzazione delle acque avviatosi già prima della legge Galli e coincidente con la loro inclusione nel demanio idrico statale. Si legge in quella disposizione che «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato». Come è stato opportunamente notato, «[s]i tratta di una precisazione (il riferimento alla demanialità) che, seppur non innovativa dal punto di vista sostanziale, è molto importante sul piano semantico, volendosi segnalare la centralità dell'acqua nell'ambito delle proprietà pubbliche»²⁵. A loro volta, gli impianti acquedottistici – tradizionalmente distinti in quelli di attingimento, di trattamento, di trasporto e di distribuzione – svolgono una funzione fondamentale per la preservazione di un tale bene primario, come si evince chiaramente considerando che tra essi sono ricomprese le opere necessarie per «proteggere e conservare la disponibilità e la qualità delle acque medesime»²⁶.

Sono dunque da accogliere quelle osservazioni che mettono in evidenza quanto flebile diventi perciò la distinzione tra demanio idrico ed acquedottistico, a favore di una nuova figura che in termini convenzionali potrebbe definirsi come “demanio idrico integrato”²⁷. Alla luce di ciò, sembra evidente che la natura demaniale delle reti ed infrastrutture idriche abbia carattere sostanziale e non meramente giuridico-formale, in quanto anch'essa funzionale ad interessi della collettività, rispetto ai quali l'appartenenza all'ente esponenziale è “necessaria” e rivolta *in primis* ad assicurare il

²⁴ Tra le principali pronunce, va ricordata la sentenza C. cost. 19 luglio 1996, n. 259, in cui i giudici hanno ritenuto che quanto disposto dalla legge Galli all'art. 1, c. 1, riguardo alla pubblicità di tutte le acque, superficiali e sotterranee, fosse un modo per dare attuazione «ad uno dei valori fondamentali dell'uomo».

²⁵ Ivi, 1056.

²⁶ V. Cerulli Irelli, S. Pelillo, *Acquedotti e canali pubblici*, cit., 1.

²⁷ A. Bartolini, *Le acque tra beni pubblici*, cit.

riflessioni sulla nozione giuridica di demanialità

«mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione»²⁸.

Eppure, tali considerazioni sul piano giuridico devono essere confrontate con la realtà economica del servizio idrico integrato: da un lato si staglia il carattere, che ad esso è proprio, di monopolio naturale – determinato proprio dalla difficile duplicazione delle reti – dall'altro preme l'esigenza, nel nostro paese, di consistenti interventi di manutenzione e miglioramento delle infrastrutture idriche, cui si era ritenuto dare in parte risposta proprio attraverso la forma societaria²⁹. A questo punto, ribadita la natura demaniale delle reti, ci si deve insomma interrogare sul ventaglio di scelte percorribili in relazione alla tipologia dei soggetti cui conferire la loro gestione. In assenza di un'apposita previsione di legge statale – data la non applicabilità dell'art. 4, c. 28, d.l. 138/2011 – quale margine di manovra rimane agli enti, che via via subentreranno alle autorità d'ambito, di determinare le modalità di gestione delle reti? Se queste dovessero, come è plausibile pensare, andare di pari passo con l'assegnazione dell'erogazione del servizio, allora sarebbe anche prospettabile un ritorno a forme di gestione diretta, quali quelle consentite dall'azienda speciale³⁰. D'altra parte, non bisogna dimenticare come un ruolo determinante nella scelta tra pubblico e privato, soprattutto a seguito del referendum, lo svolgeranno i criteri per la determinazione delle tariffe³¹ aspetto che potrebbe condurre a scelte quasi obbligate.

Abstract

As to the Constitutional court decision n. 320/2011 those infrastructures serving the water supply have public ownership and cannot be property of a company, even if its capital is totally public and no private shareholder will ever be admitted. In a regional legal system, as the Italian one is, no regional law can go against this

²⁸ Cass., n. 3665/2011, cit.

²⁹ Come ricorda Merusi, i problemi legati alla finanza pubblica hanno pesato non poco in relazione al processo di privatizzazione delle aziende speciali. F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, 46-8.

³⁰ Sul tema v. la recentissima sentenza della C. cost., 7 marzo 2012, n. 62.

³¹ Sul problema delle tariffe, che esigerebbe adeguata trattazione in autonoma sede, si rimanda a: M. Atelli, *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2010, 221-32; A. Marangoni, *I benefici di una efficace gestione dell'acqua per l'Italia*, in *Economia e servizi*, 2/2011, 209-29; A. Massarutto, *I conti senza l'oste: chi pagherà l'acqua dopo il referendum di giugno 2011?*, ivi, 231-252.

laura muzi

principle unless declared constitutional unlawful. This follows from the infringement of the civil order unity, that fall within the exclusive legislative competences of the statal law giver. Nor a previous statal provision of law can come back into life as a result of a referendum. Consequently, water and all the related infrastructures cannot be privatized as a consequence of the special public relevance they have in italian legal order. Nonetheless some issues, related to investment funding and management providing, are still open.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ALESSANDRA ALBANESE è professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

FEDERICO CAPORALE è dottorando di ricerca in “Universalizzazione dei sistemi giuridici: teoria, scienza, storia del diritto” presso l'Istituto Italiano di Scienze Umane - Università di Roma La Sapienza.

ENRICO CARLONI è professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Perugia.

MICHELA CATRICALÀ è dottorando di ricerca in “Diritto pubblico” presso l'Università di Roma Tor Vergata.

GINEVRA CERRINA FERONI è professore ordinario di diritto costituzionale italiano e comparato presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Firenze.

MARCO MACCHIA è ricercatore di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata.

ENRICO MARMUGI è funzionario della Direzione Generale della Provincia di Siena.

LAURA MUZI è dottorando di ricerca in “Diritto ed economia dell'ambiente” presso l'Università di Roma Tor Vergata.

ALESSANDRO PETRETTO è professore ordinario di economia pubblica presso la Facoltà di Economia dell'Università di Firenze.

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ è Catedrático de Derecho administrativo e Direttore del Departamento de Derecho Público Especial dell'Universidad de La Coruña.

LORENZO SALTARI è professore associato di istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Palermo.

DANIELA SORVILLO è funzionario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

STEFANO TARULLO è professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli.

Finito di stampare nel mese di settembre 2012
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli

